COLECCIÓN DERECHO Y JUSTICIA GLOBAL
Número 4

DERECHO Y JUSTICIA GLOBAL

# EL ESTADO DE DERECHO DOBLEGADO
# LAS TERGIVERSACIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

Director:
Ramsis Ghazzaoui

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.L.

# El estado de derecho doblegado
## Las tergiversaciones de la justicia constitucional en Iberoamérica

RAMSIS GHAZZAOUI
Director

**CONSEJO EDITORIAL**

**Dirección:**
– Antonio López Castillo
– José Luis García Guerrero

**Vocales:**
– Alberto López Basaguren
– Andrea Cardone
– Ascensión Elvira Perales
– Cristina María Machado de Queiroz Leitao
– Calogero Pizzolo

**Secretaria (pro tempore):**
– Ramsis Ghazzaoui

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Coordinador:**
– Ramsis Ghazzaoui

**Miembros:**
– Jairo Andrés Castaño Peña
– Francisco Javier Romero Caro
– Claudio di Maio
– Tomás Bastarreche Bengoa
– Natalia Andrea Castro Niño
– Ricardo Rojas Leon
– Miguel Ángel Sevilla Duro

COLECCIÓN DERECHO Y JUSTICIA GLOBAL

**EL ESTADO DE DERECHO DOBLEGADO: LAS TERGIVERSACIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA**

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Cualquier sugerencia o error observado rogamos nos sea comunicado mediante email a comtip@universitas.es

© José Mario Achoy Sánchez
© Marco Antonio Baldivieso Jinés
© Allan R. Brewer-Carías
© José Rolando Cardenas Gonzales
© Sandra Viviana Díaz-Rincón
© Gonzalo García Pino
© Ramsis Ghazzaoui
© Carlos Alberto Goitia Caballero
© Carla Huerta Ochoa
© Mariella Kraus
© Luiz Guilherme Marinoni
© Karlos Navarro Medal
© Andrés Sebastián Oleas Uvidia
© Marisol Peña Torres
© César Stuardo Rivera Licona
© Alfonso Santiago
© Fernando Soto Palomino

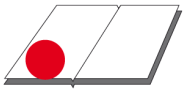
© EDITORIAL UNIVERSITAS, S.L.
C/ Sor Ángela de la Cruz, 43 - 28020 Madrid
Tel. 91 563 36 52
HTTP://www.universitas.es
E-mail: universitas@universitas.es

ISBN: 978-84-7991-682-4
Depósito Legal: M-9374-2026
Edición: Abril 2026

Imprime:
Solana e hijos, A.G., S. A. U. San Alfonso, 26 - La Fortuna (Leganés) - Madrid
Impreso en España / Printed in Spain

Colección Derecho y Justicia Global
Director Antonio López Castillo
Director (Series) José Luis García Guerrero

Autores:
**José Mario Achoy Sánchez**
**Marco Antonio Baldivieso Jinés**
**Allan R. Brewer-Carías**
**José Rolando Cardenas Gonzales**
**Sandra Viviana Díaz-Rincón**
**Gonzalo García Pino**
**Ramsis Ghazzaoui**
**Carlos Alberto Goitia Caballero**
**Carla Huerta Ochoa**
**Mariella Kraus**
**Luiz Guilherme Marinoni**
**Karlos Navarro Medal**
**Andrés Sebastián Oleas Uvidia**
**Marisol Peña Torres**
**César Stuardo Rivera Licona**
**Alfonso Santiago**
**Fernando Soto Palomino**



EDITORIAL UNIVERSITAS, S.L.

# ÍNDICE

# Índice

**PRESENTACIÓN** 17

**PRIMERA PARTE**
**CONTRIBUCIONES GENERALES**

**SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA Y SU DESINTEGRACIÓN BAJO EL RÉGIMEN AUTORITARIO**
*Allan R. Brewer-Carías* 27
1. Principios del estado de derecho 31
   A. La existencia de una Constitución como norma suprema 31
   B. La soberanía popular y la representatividad democrática 33
   C. El principio de la separación de poderes 33
   D. La declaración de derechos fundamentales 34
   E. El principio de legalidad 34
   F. El control jurisdiccional de los actos del Estado 35
2. La desintegración de los principios del estado de derecho 35
   A. La desconstitucionalizacion del Estado 35
   B. La desdemocratización y la búsqueda de eliminación de la democracia representativa 38
   C. La demolición del principio de la separación de poderes 44
   D. La deshumanización del Estado y la ausencia de garantías de los derechos humanos y libertades ciudadanas 53
   E. El abandono del principio de la legalidad y la consecuente ausencia de mecanismos de control judicial del Poder 59
3. Apreciación final 65

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO FRENTE AL LEGISLADOR**
*Gonzalo García Pino* 69

1. Introducción: los límites de la política y el control preventivo de constitucionalidad 71

2. Más allá de la «tercera cámara» 73
3. Seis tesis sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador y los seis casos que lo refrendan 74
Bibliografía 100

**DESCONSTITUCIONALIZACIÓN EN BOLIVIA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR SU ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL**
*Carlos Alberto Goitia Caballero* 103
1. Planteamiento 105
2. Acotando el concepto de «desconstitucionalización» 107
3. El tránsito de Estado de derecho a Estado constitucional de derecho 112
4. El órgano de control constitucional boliviano: de Tribunal Constitucional a Tribunal Constitucional Plurinacional 114
5. Las decisiones jurisdiccionales constitucionales emblemáticas en la «desconstitucionalización» en Bolivia 117
A. El derecho humano a la reelección indefinida 118
B. Permanencia en el cargo cuando se postula a otro cargo electivo 123
C. La «autoprórroga» de mandato en las altas Cortes 124
D. Una persona puede, al mismo tiempo, presidir el Poder Ejecutivo y el Legislativo 126
E. Anulación de la censura a ministros del Ejecutivo 129
6. Conclusiones 131
Bibliografía 132

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ESTADO DE DERECHO EN CENTROAMÉRICA**
*José Mario Achoy Sánchez*
1. Cuestionamiento de partida 137
2. Auge y desarrollo de la justicia constitucional en Centroamérica 139
3. Las tergiversaciones de la jurisprudencia constitucional en Centroamérica: una visión desde el Estado de Derecho 144
4. La justicia constitucional como vehículo para la erosión democrática y el Estado de Derecho en Centroamérica 151
5. Reelección presidencial: una distorsión entre el bloque de convencionalidad y la justicia constitucional 156
Bibliografía 163

**DE-CONSTITUCIONALIZACIÓN Y FRAGILIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PERÚ** *José Rolando Cardenas Gonzales* 167
1. Introducción 169
2. El Tribunal Constitucional y el Estado de Derecho 171
3. La dinámica de la crisis constitucional y el marco institucional peruano 174
4. La reconfiguración del control constitucional a través de la jurisprudencia 177
A. La disolución del Congreso y el origen «caos» constitucional 177

B. La institucionalización del predominio legislativo 179
C. La crisis del 7 de diciembre y la judicialización de la excepción 181
D. Independencia judicial e intervención política de la Junta Nacional de Justicia 183
E. La contrarreforma de la Ley Universitaria y el principio de irretroactividad 184
5. Patrones jurisprudenciales y consecuencias constitucionales 187
6. El futuro de la jurisdicción constitucional en democracias frágiles 190
7. Conclusiones 192
Bibliografía 193

**JUSTICIA PENAL, ENTRE EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL Y LA INSTRUMENTALIZACIÓN EN COLOMBIA**
*Sandra Viviana Díaz-Rincón* 199
1. Introducción 201
2. Metodología 203
3. Resultados 204
4. Discusión 206
5. Conclusión 211
Bibliografía 212

**SEGUNDA PARTE**
**ESTUDIOS DE CASOS**

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA: ENTRE LA ILEGITIMIDAD Y LA TERATOLOGÍA JURÍDICA**
*Marco Antonio Baldivieso Jinés* 219
1 Contexto 221
2. Derecho a la reelección sempiterna 224
2.1. La democracia 224
2.2. Los principios democráticos de Alternancia y Renovación 231
3. Jurisprudencia 233
3.1. Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril 236
3.2. Sentencia Constitucional Plurinacional 84/2017 de 18 de noviembre 239
3.3. Opinión Consultiva 28/21 de 7 de junio de 2021, Corte IDH 246
3.4. Sentencia Constitucional Plurinacional 1010/2023-S4 de 28 de diciembre 257
3.5. Auto Constitucional Plurinacional 83/2024-ECA de 1 de noviembre 262
3.6. Sentencia Constitucional Plurinacional 7/2025 de 13 de mayo 265
4. Conclusiones 272
Bibliografía 275

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS EN MATERIA AMBIENTAL**
*Mariella Kraus* 281
1. Consideraciones iniciales 283
2. El Tribunal constitucional y el control de constitucionalidad en materia ambiental en Portugal 284
   2.1. Características del Tribunal Constitucional portugués 284
   2.2. El control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional portugués 287
3. Decisiones del tribunal constitucional portugués en materia ambiental 289
   3.1. Sentencia n.º 83/2022: el caso del lobo ibérico 290
   3.2. Sentencia n.º 867/2021: el caso de maltrato a animales de compañía 292
   3.3. Otros casos de relevancia ambiental 295
4. Consideraciones finales 298
Bibliografía 302

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NRO. 2006-18-EP/24 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN – CONFLICTOS LABORALES SERVIDORES PÚBLICOS CON EL ESTADO – NO PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN NI LA LEY, PARA DETERMINAR SI CONSTITUYE UNA FORMA DE SUPRA INCLUSIÓN**
*Andrés Sebastián Oleas Uvidia* 307
1. Introducción 309
2. Tutela Judicial como derecho constitucional y su ejercicio en la jurisdicción 311
3. Acción de protección o Acción subjetiva de plena jurisdicción en conflictos laborales de servidores públicos con el Estado 316
4. La figura de la supra inclusión e infra inclusión 324
5. Contexto y análisis de la sentencia nro. 2006-18-ep/24 327
   5.1. Antecedentes del caso 327
   5.2. Análisis del razonamiento jurídico empleado por la Corte Constitucional 327
   5.3. ¿Existió una supra inclusión normativa o interpretativa? 336
6. El impacto de la supra inclusión en los derechos de los servidores 340
   6.1. Efectos prácticos de la sentencia en el ejercicio del derecho al trabajo y conexos 340
   6.2. Se cumple el rol de igualar las condiciones de los trabajadores y servidores públicos 342
7. Conclusiones 343
Bibliografía 343

**LA SENTENCIA N.º 504 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2009 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICA Y LA REELECCION PRESIDENCIAL EN NICARAGUA**
*Karlos Navarro Medal* 347

1. La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico nicaragüense 349

2. Sentencia n.º 504 del 19 de octubre de 2009 que suspende de aplicación el artículo 147 de la constitución en el que se prohíbe la reelección presidencial 354
2.1. La Constitución de 1987 y la prohibición de la reelección presidencial 354
2.2. Sentencia N.º 504 del 19 de octubre de 2009 que suspende de aplicación el artículo 147 de la Constitución 354
2.3. Consecuencias de la Sentencia N.º 504 del 19 de octubre de 2009 358

**LA ZIGZAGUEANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA SOBRE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y SU POSIBLE IMPACTO EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL EN ESTA MATERIA (1983-2024)**
*Alfonso Santiago* 361
1. Presentación 363
2. Primera etapa: 1983-1994 365
2.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante este primer período 366
2.2. Síntesis de la primera etapa 369
3. Segunda etapa 1994-2006 369
3.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante esta segunda etapa 372
3.2. Síntesis de la segunda etapa 386
4. Tercera etapa 2006-2024 386
4.1. Algunos datos sobre la actuación de la CBP y de las Cámaras del Congreso con relación al control de los DNU 388
4.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante este tercer período 389
4.3. Síntesis de la tercera etapa: 395
V. Conclusiones 396

**LA COSA JUZGADA FRENTE A LA DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: EL CASO DE BRASIL**
*Luiz Guilherme Marinoni* 399
1. La intangibilidad de la cosa juzgada frente a la decisión de inconstitucionalidad en el derecho comparado 401
2. La tutela de la cosa juzgada material en la Constitución brasilera 405
3. Las decisiones emitidas en el RE 590809 y en el AR 2297: la garantía constitucional de la cosa juzgada como obstáculo a la acción rescisoria fundada en precedentes en el Supremo Tribunal Federal 407
4. Las tres recientes tesis afirmadas en el AR 2876: la negativa de la garantía constitucional de la cosa juzgada material 408
5. El olvido de la proporcionalidad 410
6. ¿Posibilidad de impugnación de sentencia basado en una posterior decisión de inconstitucionalidad? 413

**ESTADO DE DERECHO Y EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES. EL DESPROPÓSITO DE LA INACABABLE MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA**
*Carla Huerta* 419
1. Planteamiento y contexto de la cuestión 421
2. El estado de derecho como parámetro de evaluación 423
3. La Constitución: objeto de la reforma y criterio de control 425
4. La reforma de la Constitución mexicana 427
5. Control de constitucionalidad en México 430
6. La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales 434
7. Análisis de la acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas 165/2024, 166/2024, 167/2024 y 170/2024 438
8. Regresión y riesgos para el estado de derecho en México 441
9. Perspectivas para la Constitución y el estado de derecho 445
Bibliografía 446

**FRAUDE PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD/ CONSTITUCIONALIDAD EN LA SENTENCIA SCO-0243-2015 SOBRE LA REELECCIÓN EN HONDURAS**
*César Stuardo Rivera Licona* 449
1. Introducción 451
2. Materiales y métodos 453
3. Resultados y discusión 454
   A. Hechos y normas objeto de pronunciamiento 454
      1. Análisis de los errores conceptuales y procesales 455
         a) La petición de inaplicabilidad «abstracta» versus su naturaleza concreta 455
         b) El uso del término «recurrentexs» en una «acción» de inconstitucionalidad 456
         c) La confusión entre interés personal e interés funcional 456
   B. Problema jurídico 457
      1. El problema jurídico planteado 457
      2. Las garantías procesales en la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras 458
         a) La transmutación de la vía procesal *in procedendo* 459
   C. Tesis del fallo 460
      1. Análisis del fallo y su parte dispositiva 460
         a) El principio de congruencia procesal 461
         b) Evaluación crítica de la decisión de la sala 461
         c) La clave hermenéutica: contexto político y la doctrina de la «desviación de poder» 462
      2. La aplicación de la doctrina de la desviación de poder 463

a) La perversión del derecho dúctil: de la flexibilidad a la disolución 464
b) La demolición judicial de las «cláusulas pétreas» 464
3. La abdicación de la «Justicia Constitucional» 465
a) El perjudicial legado de SCO-0243-2015 y las vías para la restauración 465
b) la reprimenda del sistema interamericano y sus límites 466
c) Efectos materiales de la sentencia 466
4. Conclusiones 468
Bibliografía 470

**EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PROBLEMAS: LA JURISPRUDENCIA DE ADMISIBILIDAD EN LAS ACCIONES DE INAPLICABILIDAD EN CHILE**
*Marisol Peña Torres* 475
1. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile: Antecedentes 477
2. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. Características y examen de admisibilidad 484
A. La acción de inaplicabilidad instituida por la reforma de 2005 484
B. Admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad 486
3. El derecho de acceso a la justicia y su relación con el examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad 489
A. Derecho de acceso a la justicia y admisibilidad de acciones constitucionales 489
B. El progresivo aumento de inadmisibilidades de acciones de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional chileno 492
4. Conclusiones 499
Bibliografía 500

**LA COMPETENCIA FISCAL EN INVESTIGACIONES DE ALTOS FUNCIONARIOS A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO N° 152/2025**
*Fernando Soto Palomino* 503
1. Introducción 505
2. Antecedente histórico 506
2.1. Los orígenes de la responsabilidad presidencial en la república temprana (1823–1860) 506
2.2. La Constitución de 1860 y la consolidación de la inmunidad restringida 507
2.3. El artículo 117 de la Constitución de 1993 508
2.4. Diálogos con el derecho comparado 510
3. Análisis objetivo 512
3.1. Hechos y procedimiento 512

4. Cuestiones jurídicas planteadas ante el TC 513
5. Fundamentos estructurales 514
6. Efectos procesales inmediatos 515
6.1. Análisis doctrinal 516
A. Análisis del conflicto competencial 516
B. La inmunidad presidencial en la tradición constitucional peruana 517
C. Crítica doctrinal histórica 517
D. Hermenéutica constitucional aplicada 518
E. El antejuicio político 519
F. Debate doctrinal contemporáneo 519
G. Propuesta doctrinal 520
7. Protocolos procesales sugeridos 521
8. Conclusión 521
Bibliografía 522

**EL SECUESTRO DE LA SOBERANÍA POPULAR: EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, ARTÍFICES DE LA MUERTE DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA**
*Ramsis Ghazzaoui* 525
1. Introducción 527
2. El sistema electoral venezolano. Bases normativas 529
3. El proceso electoral presidencial del 28 de julio de 2024. Prolegómenos 535
4. El órgano electoral ante los resultados comiciales: el desconocimiento y secuestro de la elección presidencial 544
5. El Tribunal Supremo de Justicia y su sala electoral. La consolidación del fraude 548
6. Conclusiones 561
Bibliografía 562

# Presentación

# Presentación

En un mundo cada vez más interconectado y convulso, donde las democracias enfrentan desafíos inéditos, el Estado de Derecho emerge no solo como un pilar fundamental de la convivencia civilizada, sino como un baluarte contra las derivas autoritarias y las manipulaciones del poder. Sin embargo, en las últimas décadas, hemos sido testigos de un socavamiento sistemático de este principio en diversas regiones del globo. Desde el ascenso de regímenes populistas en Europa del Este, pasando por la erosión de instituciones judiciales en Asia y África, hasta las tensiones en democracias consolidadas como Estados Unidos –donde decisiones judiciales controvertidas han polarizado el debate sobre la independencia del poder judicial–, el Estado de Derecho se ve amenazado por tergiversaciones que van desde la instrumentalización de la justicia para fines políticos hasta la reinterpretación arbitraria de normas constitucionales. Este fenómeno global no es mero accidente; responde a dinámicas de poder que buscan debilitar los contrapesos institucionales, erosionar la separación de poderes y socavar la supremacía de la Constitución como norma suprema.

En Iberoamérica, esta realidad adquiere contornos particularmente alarmantes. La región, marcada por una historia de transiciones democráticas frágiles tras dictaduras y conflictos internos, ha experimentado un retroceso preocupante en el respeto al Estado de Derecho. Países como Venezuela, Nicaragua y Bolivia ilustran cómo órganos judiciales constitucionales han sido capturados por ejecutivos autoritarios, permitiendo la perpetuación en el poder a través de reinterpretaciones forzadas de la Constitución, como la habilitación de reelecciones indefinidas o la anulación de mecanismos de control. En México, reformas recientes han generado debates sobre la independencia judicial, mientras que en Perú y Honduras, sentencias controvertidas han facilitado la desconstitucionalización y la fragilidad democrática. Incluso en naciones con tradiciones más estables, como Chile, Argentina o Colombia, la jurisprudencia constitucional ha zigzagueado, influida por presiones políticas, lo que ha minado la seguridad jurídica y la estabilidad que el Estado de Derecho exige.

Según informes de organizaciones como Freedom House y el World Justice Project, Iberoamérica ha visto un declive en indicadores de *rule of law*, con un aumento

en la corrupción judicial, la impunidad y la judicialización de la política, exacerbados por crisis económicas, polarización social y la pandemia de COVID-19, que sirvió de pretexto para expansiones de poderes ejecutivos. Es en este contexto de urgencia que surge la obra colectiva *El Estado de Derecho doblegado: las tergiversaciones de la justicia constitucional en Iberoamérica*, bajo mi dirección.

Como analista e investigador en Derecho Constitucional comparado, he reunido a un grupo distinguido de académicos, juristas y especialistas de diversos países iberoamericanos para analizar, desde una perspectiva crítica y comparativa, cómo la justicia constitucional –esa herramienta diseñada para salvaguardar los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes– ha sido distorsionada en la región. El libro no solo documenta casos emblemáticos de manipulación jurisprudencial, sino que propone reflexiones teóricas y prácticas para restaurar la integridad del Estado de Derecho.

A través de un enfoque multidisciplinario, que integra derecho comparado, teoría constitucional y análisis histórico-político, esta obra busca contribuir al debate académico y público, alertando sobre los riesgos de una «desconstitucionalización» que amenaza la esencia misma de la democracia.

El volumen se estructura en contribuciones temáticas que abarcan una amplia gama de países y problemáticas, desde Argentina hasta Venezuela, pasando por Centroamérica, Bolivia, Chile, Honduras, Nicaragua, Brasil, Perú, Ecuador, México, Colombia, Portugal y más. Cada capítulo examina casos concretos de tergiversaciones en la jurisprudencia constitucional, destacando cómo éstas han facilitado el socavamiento del Estado de Derecho.

A continuación, ofrezco un panorama detallado de las contribuciones, agrupadas temáticamente para mayor claridad:

## I. PERSPECTIVAS REGIONALES Y COMPARATIVAS SOBRE LA EROSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Primero, una visión panorámica de la justicia constitucional en Centroamérica, a cargo de José Mario Achoy Sánchez en «Justicia Constitucional y Estado de Derecho en Centroamérica». Achoy cuestiona el auge y desarrollo de esta justicia en la subregión, analizando tergiversaciones jurisprudenciales que han erosionado la democracia, con énfasis en la reelección presidencial como distorsión entre el bloque de convencionalidad y la justicia constitucional. Esta contribución subraya cómo, en países como Nicaragua y Honduras, la jurisprudencia ha servido de vehículo para la concentración de poder, reflejando un patrón iberoamericano de instrumentalización judicial.

En una línea similar, Carlos Alberto Goitia Caballero aborda la «Desconstitucionalización en Bolivia a través de la jurisprudencia emitida por su órgano de control cons-

titucional». Goitia explora el tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional, detallando decisiones emblemáticas del Tribunal Constitucional Plurinacional, como la habilitación de la reelección indefinida, la permanencia en cargos durante postulaciones y la «autoprórroga» de mandatos. Estas prácticas ilustran una «desconstitucionalización» que ha debilitado los principios democráticos en Bolivia, con paralelos en otros contextos autoritarios.

Marco Antonio Baldivieso Jinés complementa este análisis en «El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: entre la ilegitimidad y la teratología jurídica», enfocándose en la reelección sempiterna y sentencias controvertidas como la 84/2017 y la 1010/2023, contrastadas con opiniones de la Corte IDH. Baldivieso critica la ilegitimidad de estas decisiones, que violan principios de alternancia y renovación democrática, contribuyendo a la fragilidad institucional en la región.

## II. CASOS EMBLEMÁTICOS DE TERGIVERSACIONES EN LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y LA INMUNIDAD

Varios capítulos se centran en la reelección presidencial como eje de distorsión constitucional. César Stuardo Rivera Licona examina el «Fraude procesal en la jurisdicción constitucional: un análisis del control de convencionalidad/constitucionalidad en la sentencia SCO-0243-2015 sobre la reelección en Honduras». Rivera desglosa errores conceptuales y procesales en esta sentencia, que demolió «cláusulas pétreas» mediante una interpretación dúctil del derecho, facilitando la reelección indefinida y abdicando de la justicia constitucional genuina. Karlos Navarro Medal analiza la «Sentencia N.º 504 del 19 de octubre de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la reelección presidencial en Nicaragua». Navarro contextualiza la jurisprudencia nicaragüense y critica cómo esta sentencia suspendió el artículo 147 de la Constitución, permitiendo la reelección de Daniel Ortega y consolidando un régimen autoritario, con consecuencias devastadoras para el Estado de Derecho. En Perú, Fernando Soto Palomino aborda «La competencia fiscal en investigaciones de altos funcionarios a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 152/2025». Soto ofrece un análisis histórico y doctrinal de la inmunidad presidencial, criticando el conflicto competencial y proponiendo protocolos para restaurar el equilibrio, en un contexto de tradición constitucional peruana marcada por inmunidades restringidas.

## III. INTERACCIONES ENTRE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LEGISLADORES

Gonzalo García Pino, en «El Tribunal Constitucional chileno frente al legislador», explora los límites del control preventivo de constitucionalidad, proponiendo seis tesis sobre la relación entre el Tribunal y el Congreso, refrendadas por casos emble-

máticos. Esta contribución destaca cómo el Tribunal ha ido más allá de una «tercera cámara», influyendo en la política y arriesgando el equilibrio de poderes. Marisol Peña Torres complementa con «El derecho de acceso a la justicia constitucional en problemas: la jurisprudencia de admisibilidad en las acciones de inaplicabilidad en Chile». Peña analiza el aumento de inadmisibilidades en acciones de inaplicabilidad, relacionándolo con el derecho de acceso a la justicia y criticando cómo esto limita el control constitucional, en un país con una reforma de 2005 que buscaba fortalecerlo. En Argentina, Alfonso Santiago examina «La zigzagueante doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema argentina sobre los decretos de necesidad y urgencia y su posible impacto en la práctica constitucional en esta materia (1983-2024)». Santiago divide el análisis en etapas históricas, sintetizando cómo la jurisprudencia ha variado, impactando la práctica constitucional y reflejando inestabilidades en el Estado de Derecho.

## IV. ANÁLISIS DE CASOS EN BRASIL, ECUADOR, MÉXICO Y COLOMBIA

Luiz Guilherme Marinoni discute «La cosa juzgada frente a la decisión de inconstitucionalidad: el caso de Brasil», comparando con derecho internacional y criticando tesis del Supremo Tribunal Federal que niegan la garantía de la cosa juzgada, olvidando la proporcionalidad y permitiendo impugnaciones basadas en decisiones posteriores. José Rolando Cardenas Gonzales en «De-constitucionalización y fragilidad democrática de la justicia constitucional en Perú», analiza crisis como la disolución del Congreso y la judicialización de excepciones, con patrones jurisprudenciales que institucionalizan el predominio legislativo. Andrés Sebastián Oleas Uvidia examina la «Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 de la Corte Constitucional del Ecuador», cuestionando si constituye una supra inclusión en conflictos laborales de servidores públicos, impactando derechos al trabajo e igualando condiciones con trabajadores privados. Carla Huerta, en «Estado de Derecho y el control de las reformas constitucionales. El despropósito de la inacabable modificación de la Constitución mexicana», critica la hiper-reformabilidad mexicana y analiza acciones de inconstitucionalidad recientes, advirtiendo riesgos de regresión para el Estado de Derecho. Sandra Viviana Díaz-Rincón analiza «Justicia penal, entre el garantismo constitucional y la instrumentalización en Colombia», discutiendo cómo la justicia penal ha sido instrumentalizada, erosionando el garantismo y afectando el Estado de Derecho.

## V. DIMENSIONES AMBIENTALES Y AUTORITARIAS

Mariella Kraus ofrece «Control de constitucionalidad y el papel del Tribunal Constitucional portugués en materia ambiental», allí analiza sentencias como la 83/2022 sobre el lobo ibérico, destacando el rol del Tribunal en un contexto europeo que

influye en Iberoamérica. Allan R. Brewer-Carías, en «Sobre el Estado de Derecho en Venezuela y su desintegración bajo el régimen autoritario», desglosa la desconstitucionalización, desdemocratización y demolición de la separación de poderes, culminando en la ausencia de controles judiciales. Finalmente, mi propia contribución, «El secuestro de la soberanía popular en Venezuela: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, artífices de la muerte del Estado democrático de Derecho», examina el proceso electoral de 2024, criticando el fraude consolidado por instituciones capturadas.

En conclusión, esta obra colectiva no es solo un diagnóstico de las tergiversaciones que doblegan el Estado de Derecho en Iberoamérica; es un llamado a la acción para académicos, juristas, gobernantes y ciudadanos. En un mundo donde el Estado de Derecho se erosiona globalmente –desde el lawfare en Brasil hasta las restricciones judiciales en Hungría–, la región iberoamericana debe recuperar la integridad de su justicia constitucional para salvaguardar la democracia. Invito a los lectores a sumergirse en estos análisis, con la esperanza de que contribuyan a una restauración urgente y necesaria.

*Ramsis Ghazzaoui*
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid
y de la Universidad Central de Venezuela
Profesor de Derecho Administrativo del CEU Universidad Cardenal Herrera,
Valencia, España

# PRIMERA PARTE
# CONTRIBUCIONES GENERALES

# Sobre el estado de derecho en Venezuela y su desintegracion bajo el régimen autoritario

# Sobre el estado de derecho en Venezuela y su desintegracion bajo el régimen autoritario

*Allan R. Brewer-Carías*
*Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela*

La Constitución venezolana de 1999 expresamente declara que «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia» (art. 2), agregando que su forma es la de un «Estado federal descentralizado» (art.4), pero la misma, lamentablemente ni se respeta, ni se cumple. Después de veinte años de populismo constitucional y del autoritarismo desarrollado al margen del Texto fundamental, en el país puede decirse que se ha desarrollado, como innovación histórica. un Estado de Derecho de mentira, falso y fraudulento.[1]

Y ello, sin duda tuvo su origen en que dicho Texto fue producto de una Asamblea Nacional Constituyente que fue utilizada, ante la ceguera del liderazgo democrático en 1998-1999,[2] no para recomponer un sistema político en democracia, sino para asegurarle a un grupo político de fracasados militares poder asaltar el poder para perpetuarse en el mismo, como expresión de populismo constitucional. Y así, desde el

[1] Véase Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero Muci (Editores), *El falseamiento del estado de derecho,* Textos de la Opening Session (marzo 2021) del *World Law Congress*, sobre Estado de Derecho, Barranquilla, Colombia (diciembre 2021), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, 2021,

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional sobre el momento constituyente perdido de 1998. (Que el liderazgo democrático no entendió ni supo asumir, y que Chávez le arrebató en 1999 para establecer un régimen autoritario). Enseñanzas para el presente*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 8, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024

poder, han resultado gobernantes que no han respetado ni respetan la supremacía de la Constitución, que han hecho de la Constitución un texto de «papel mojado», que no respetan la separación de poderes, y al contrario han establecido un sistema de concentración total del poder, donde no hay un sistema de *checks and balance*, y donde no hay control ni independencia de ningún tipo entre los poderes. Y lo más grave en ese proceso, es que desde el inicio asaltaron el Poder Judicial[3] y lo han convertido en el principal instrumento del autoritarismo, que nada controla en materia de control de constitucionalidad sino que más bien avala las inconstitucionalidades de gobierno.[4]

Gobiernos que no garantizan el acceso al poder conforme a las reglas del Estado de Derecho, pues el órgano electoral es utilizado a mansalva a favor del gobierno, el registro electoral es manipulado, con el resultado de que así, no hay ni puede haber elecciones limpias, ni justas, ni transparentes ni confiables. Un sistema en el que se inhabilita y se encarcela a los candidatos a elecciones; donde en forma abierta sin cortapisas, se secuestra a todos los partidos políticos de oposición, inclusive mediante decisiones del Juez Constitucional, el cual ha nombrado por vía de medidas cautelares nuevas autoridades de los mismos, pero vinculadas al gobierno. Así, buscándose asegurar una supuesta «participación» de los mismos en unas posibles elecciones como falsos «partidos de la oposición».

Se trata, por supuesto, de un régimen donde no hay respeto a los derechos humanos, bastando ahora solo referirme a los primeros Informes de la entonces Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet,[5] donde incluso llegó a denunciar la comisión de crímenes de lesa humanidad que luego motivó el inicio de un procedimiento ante la Corte Penal Internacional en el cual se involucra a toda la cadena de mando que va desde el Presidente de la República hacia abajo.

Un sistema en el cual se atenta contra la libertad de expresión y se confiscan medios de comunicación; en el cual se desaparece e incomunica a personas, se las tortura y donde, incluso, a los defensores de derechos humanos se los acusa de terroristas, traidores a la patria y de instigación al odio.

En definitiva, se trata de un sistema donde se ha destruido a la democracia representativa, eliminando la representación política, con base de una supuesta y falaz

---

[3] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021,* Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.

[4] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Juez Constitucional y la aniquilación del Estado Democrático. Algunas claves «explicativas» encontradas en una Tesis «secreta» hallada en Zaragoza*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 4, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024.

[5] Véase Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, (Editores), Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

«democracia participativa» que de participación no tiene nada, porque participar en política, aparte de mediante el voto, solo es posible en sistemas de gobierno descentralizados. Y agregado a la destrucción de la democracia, la agravación de la desigualdad social, al haberse destruido el aparato productivo del país, convirtiéndose a la población en una masa dependiente de las migajas que reciben del gobierno.

Ese es el «nuevo» Estado de Derecho falso y fraudulento,[6] producto de ese llamado «nuevo constitucionalismo» que se sembró en América Latina, que por supuesto contrasta con todas las características de lo que debe ser un Estado de derecho.

## 1. PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO

En efecto, para que exista un Estado de derecho o un «Estado de democrático y social de derecho y de justicia» como se califica en la Constitución venezolana de 1999, como forma de organización política de una Sociedad, el mismo tiene que responder al menos a los siguientes principios que son los que originaron su concepción como consecuencia de las revoluciones norteamericana, francesa e iberoamericana de finales del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX: un Estado regido por una Constitución, con un sistema de gobierno de representantes electos mediante sufragio, controlado mediante el principio de la separación de poderes, sometido a la legalidad, con la tarea esencial de garantizar los derechos individuales y satisfacer los derechos sociales, y cuyos actos están sometido al control jurisdiccional.[7]

### A. La existencia de una Constitución como norma suprema

El primer principio es el del constitucionalismo o constitucionalización, es decir, la necesaria existencia de una Constitución, como pacto político emanada de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos; y configurado como una promesa para ser cumplida por los gobernantes y gobernados. Por eso se la considera y califica como norma o ley suprema.

---

[6] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas: El falso Estado de derecho en Venezuela*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No 20, Editorial Jurídica Venezloana, Caracas 2023; y *The Fake Rule of Law and the Rise of Kakistocracy in Venezuela (Rule of Lies and Rule of Power)*, EJV International Editions, New York 2023.

[7] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios el Estado de derecho. Aproximación histórica,* Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016.

De ello deriva el más importante y fundamental de los derechos de los ciudadanos en un Estado Constitucional de derecho, que es el derecho a la Constitución, a su supremacía, a su rigidez, a su imperatividad; y a la vez, la más importante obligación del Estado Constitucional que es la de respetar la Constitución, de asegurar su vigencia, y de controlar las violaciones a la misma.

Es decir, al regular las Constituciones en los Estados democráticos contemporáneos lo que universalmente se ha calificado como un *Estado democrático y social de derecho*, desglosándose en la misma lo que son sus tres componentes fundamentales que son la Constitución Política, la Constitución Social y la Constitución Económica, quienes controlan el poder en los mismos tienen que ser los principales obligados de garantizar y proteger la implementación efectiva de tal Estado, y evitar que sus principios se tornen en declaraciones vacías.

Además, en el Estado Constitucional, aun siendo la Constitución emanación de la voluntad del pueblo, el pueblo mismo también tiene el deber de respetarla y, por tanto, modificarla sólo conforme a lo dispuesto por el mismo pueblo, en su texto, cuando la aprobó. Por ello, una vez que una Constitución es aprobada por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el principio de la propia soberanía popular queda sujeto al principio de la supremacía constitucional conforme a lo que el pueblo reguló.

Y por ello es que debe rechazarse todo intento de subvertir este último principio de la supremacía constitucional por el primero de la soberanía popular, pretendiendo que el pueblo pueda siempre y en cualquier forma cambiar la Constitución apartándose de las regulaciones en ella establecidas por el propio pueblo para las reformas constitucionales. Ello no es otra cosa que simple populismo constitucional que tanto daño ha hecho al constitucionalismo contemporáneo.[8]

En todo caso, para que la Constitución pueda tener supremacía y permanencia en cuanto a los derechos y obligaciones que implica, en el Estado Constitucional es necesario que se cumplan al menos, las siguientes condiciones: *Primero*, es necesario que la Constitución, como ley suprema, sea efectivamente la consecuencia o resultado de un pacto político de la sociedad en un momento dado. No puede ser un texto impuesto por una fracción o facción del pueblo, sobre otra. Estas Constituciones, que han sido muchas en la historia, no tienen garantía de continuidad; y *Segundo*, es necesario que exista un sistema de Justicia Constitucional que asegure su vigencia con independencia y autonomía; es decir, un sistema de control de las actuaciones inconstitucio-

[8] Véase Allan R. Brewer-Carías, «Nota del Editor sobre Democracia, Populismo y Constitución» al libro: *Elecciones y democracia en América Latina: El desafío autoritario – populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen),* (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad católica Andrés bello, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2020, pp. 13-25; y el estudio: «El populismo constitucional y el «nuevo constitucionalismo». O de cómo se destruye una democracia desde dentro», en Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios,* Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020.

nales de los órganos del Estado, que realmente esté configurado como el sustituto al derecho del pueblo de rebelión o resistencia frente a los gobernantes que violen su derecho a la Constitución. [9] Quienes controlan el poder del Estado están obligados a asegurar que esos completos mecanismos de justicia constitucional que se consagren no sean degradados, y no sean convertidos en meros instrumentos para asegurar que las violaciones a la Constitución por los gobernantes nunca sean controladas.

### B. La soberanía popular y la representatividad democrática

El segundo principio del Estado de derecho es el de la democratización y representatividad, basado en el principio de la soberanía popular, que surgió en el constitucionalismo moderno cuando la soberanía se trasladó de un Monarca al pueblo y a la Nación, siendo en consecuencia las Constituciones producto del ejercicio de dicha soberanía popular. De ello deriva el principio de la representación, de la esencia de la democracia, cuyo ejercicio por el pueblo se realiza básicamente en forma indirecta, mediante representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, independientemente de los mecanismos de ejercicio directo de la democracia que puedan establecerse. Principio de representación que, además, debe asegurarse en todos los niveles territoriales de gobierno, incluyendo los niveles locales, de manera que estando el poder cerca del ciudadano mediante la descentralización política, se pueda asegurar la participación ciudadana en esos niveles de gobierno. Al gobierno representativo, además, como gobierno civil representativo, tienen que estar sujetas todas las autoridades del Estado, incluso la autoridad militar encargada única y exclusivamente de la defensa de la Nación, del territorio y de los principios y valores establecidos y garantizados en la Constitución.

El carácter democrático y representativo del gobierno, además, en los términos de la Carta Democrática Interamericana, implica la necesaria «celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo» y un «régimen plural de partidos y organizaciones políticas» (art. 3).

### C. El principio de la separación de poderes

El tercer principio es el de la separación de poderes, es decir, de su desconcentración en la organización del Estado con el objeto de limitar y controlar su ejercicio para garantizar la libertad de los ciudadanos. Del mismo deriva la necesidad de que los

[9] Véase sobre la Justicia constitucional como sustituto a la revolución y de la rebelión popular, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution,* Yale University, 1990, p. 113.

diversos poderes, como lo son los tradicionales Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los otros que puedan establecerse como instrumentos de control, deben estar en manos de órganos independientes y autónomos que se deben controlar entre sí, en particular, por parte del poder judicial independiente y autónomo, que garantice la judicialización de la actuación del Estado, debiendo evitarse los posibles abusos o usurpación de una rama del poder en relación con los otros.

A la desconcentración del poder, debe agregarse como principio el de la descentralización del poder en el territorio de manera de que como se dijo, acercando el poder al ciudadano se permita la efectiva participación política de manera que los ciudadanos puedan también controlar el ejercicio del poder en la cotidianeidad democrática. Ello exige la creación de entidades políticas territoriales regionales y locales, desparramadas en el territorio del Estado, gobernadas como se dijo por representantes también electos mediante sufragio universal directo y secreto; principio que es el origen del federalismo, de los regionalismos políticos y, en todo caso, del municipalismo.

### D. La declaración de derechos fundamentales

El cuarto principio es el de la humanización o del reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos fundamentales y naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional y de la primacía de la dignidad humana, siendo la misión esencial del Estado la de garantizarlos y respetarlos, constituyéndose la libertad y los derechos en el freno al Estado y sus poderes. Además, en relación con los derechos sociales, la Constitución debe organizar el funcionamiento de los órganos del Estado, de manera de asegurar que estén al servicio de los ciudadanos, y además, con el propósito fundamental de satisfacer las necesidades y servicios sociales que se impongan como obligación del Estado en procura del bienestar social.

### E. El principio de legalidad

El quinto principio es el de la juridificación, de la legalidad, que exige de todos los órganos del Estado y, en particular de aquellos que actúan en representación del pueblo, la obligación de sujetarse a la Constitución, a la ley y a las demás fuentes de ordenamiento jurídico, estando siempre todos los actos de los órganos del Estado sometidos a control, en particular, por parte de órganos judiciales autónomo e independiente dentro de la organización del propio Estado, con la potestad incluso para anular los actos de los órganos del Estado que sean inconstitucionales o ilegales.

En ese esquema, en el Estado de derecho, partiendo de la supremacía del texto constitucional, deriva siempre un sistema jerárquico de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez; y que origina

las fuentes diversas sub-constitucionales del derecho, comenzando por la legislación que regula con primacía todas las actividades del Estado, entendiéndose en este contexto por legislación, básicamente, la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por los parlamentos.

### F. El control jurisdiccional de los actos del Estado

Y el sexto principio es el del control jurisdiccional de la acción del Estado, que es la consecuencia esencial del sometimiento a la Constitución y a la ley, y que implica el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado, a cargo de la Jurisdicción Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa impartida por jueces autónomos e independientes.

Ahora bien, en el aseguramiento de todos estos principios que conforman la Constitución Política para el sustento de un Estado democrático de derecho, está la esencia del mismo, los cuales, lamentablemente, sin embargo, por la insurgencia progresiva de regímenes autoritarios populistas como ha ocurrido en Venezuela, han venido siendo despreciados, ignorados, falseados o vaciados de contenido, habiéndose producido el incumplimiento de la promesa que en la Constitución quedó plasmada por el pueblo que la sancionó, reflejada en el conjunto de principios que lo conforman; tal como ha sucedido en las últimos dos décadas a la vista del propio mundo democrático.[10]

## 2. LA DESINTEGRACIÓN DEL LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO

Ello ha conducido a un falseamiento del Estado de derecho, ya que todos los principios del mismo han sido quebrantados, habiendo sido convertidos, todos en una gran mentira.[11]

### A. La desconstitucionalizacion del Estado

En Venezuela, en efecto, la Constitución de 1999 nunca ha sido la norma suprema que en la misma se declara que es (art. 7), habiéndose producido en la práctica

---

[10] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010, 418 pp.; *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 986 pp.; *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela*. Lectures and Essays (2015-2020), Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020, 618 pp.

[11] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

un proceso de desconstitucionalización del Estado, que, se inició en el proceso de sanción de la propia Constitución, producto de una Asamblea Nacional Constituyente mal conformada y peor estructurada,[12] para cuya convocatoria se violó la Constitución anterior de 1961 que no establecía ni regulaba la figura de la Asamblea Nacional Constituyente.

Con ello se inició así en América Latina el llamado «nuevo constitucionalismo»,[13] que luego se extendió hacia Ecuador y Bolivia, producto del populismo constitucional que pretende justificar que la supremacía constitucional debe ceder cuando supuestamente se convoque al pueblo soberano, así sea en forma no autorizada en la Constitución, para modificarla; y que en el caso venezolano llevó a que la propia Constitución de 1999 comenzara a ser violada después de aprobada la Constitución por el pueblo mediante referendo del 15 de diciembre de 1999, pero antes de que se publicara en la *Gaceta Oficial* (30-12-1999), al decretarse por la propia Asamblea Constituyente (sin aprobación popular y a pesar de que ya había concluido sus funciones, violándose el principio de la soberanía popular), un «Régimen Transitorio» de fecha 22 de diciembre de 1999[14] que en la práctica dio origen a otra «constitución» *paralela*, que no fue aprobada por el pueblo, cuya duración fue de varios lustros, contraria a lo que se prometía en el texto aprobado popularmente, y destinada a asegurar que la misma no se pudiera cumplir, en lo que entonces califiqué como un golpe de Estado constituyente.[15]

Con posterioridad, una de las manifestaciones más ostensibles de la desconstitucionalización del Estado, ignorando la supremacía constitucional, fue y sigue siendo la de la «implementación» mediante ley, violando la Constitución, de una reforma constitucional que propuso el presidente Hugo Chávez en 2007[16] y que fue rechazada en referendo popular, desde 2006 mediante la Ley los Consejos Comunales,[17]

---

[12] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002.

[13] Véase Allan R. Brewer-Carías, «*El «nuevo constitucionalismo latinoamericano» y la destrucción del Estado democrático por el Juez Constitucional. El Caso de Venezuela,* Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.

[14] Después de aprobada por el pueblo la Constitución (15 diciembre 1999), la Asamblea dictó el Régimen Constitucional Transitorio (22-diciembre 1999), habiéndose publicado ambo textos a la vez (30 diciembre 1999) Véase en *Gaceta Oficial* No. 36.859 de 29 de diciembre de 1999.

[15] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002; y *Golpe de Estado Constituyente, Estado Constitucional y Democracia*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015..

[16] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007),* Colección Textos Legislativos, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007

[17] Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006. Véase igualmente la reforma de dicha ley en Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley* Orgánica *de Consejos Comunales,* Colección Textos Legislativos, Nº 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

y luego, en 2010, con las Leyes Orgánicas del Poder Popular y de las Comunas,[18] y además, con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,[19] las cuales establecieron el marco normativo de un «nuevo» Estado, *paralelo al Estado Constitucional*, desconstitucionalizándolo,[20] denominado «Estado Comunal» o Estado del «Poder Popular».[21] Y todo ello, con el aval del Juez Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo), que al estar controlada políticamente por el gobierno, se ha abstenido de ejercer el control de la inconstitucionalidad de las leyes que se dictaron impunemente violando la Constitución, convirtiéndola en documento sin rigidez.

Es decir, la Constitución en Venezuela, desde su sanción, puede decirse que perdió todo valor de norma suprema producto de la soberanía popular, y por la absten-

---

[18] Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. La Sala Constitucional mediante sentencia Nº 1330 de 17 de diciembre de 2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal),* Colección Textos Legislativos Nº 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, «La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela», en *Revista de Derecho Público*, Nº 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

[19] Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.015 Extra. de 28 de diciembre de 2010.

[20] Véase en general sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, Allan R. Brewer-Carías, «La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución», en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas,* (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional,* Año 1, Nº 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236.

[21] Véase Allan R. Brewer-Carías, «Reforma constitucional y organización del Estado en Venezuela: el desprecio a la supremacía y rigidez constitucional, la creación del Estado Comunal y la desconstitucionalización del Estado Constitucional», en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016, Tomo I, 139-173. Además, El 1 de marzo de 2021, la Asamblea Nacional ilegítimamente electa en diciembre de 2020, aprobó en primera discusión la Ley Orgánica de las Ciudades Comunales, y la Ley Orgánica del Parlamento Popular Nacional, como se expresa en el artículo 1 de la última para se «aplicación en las diferentes escalas del Sistema Nacional de Agregación Comunal, como instancias de participación democrática, protagónica y decisoria para el ejercicio directo de la soberanía popular y sus relaciones con entes u órganos del poder público para la deliberación, legislación, formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como de los planes, programas, normas y proyectos que propicien el desarrollo de la comunalización del Estado como vía de materialización del Socialismo Comunal y Bolivariano del Siglo XXI». Véase: http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-aprobo-el-plan-legislativo-nacional-2021-con-35-leyes-de-interes-prioritario-para-el-pais

ción del Juez Constitucional en velar por su supremacía, se convirtió en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos los poderes públicos, cuyas normas, una vez abandonada su rigidez, han tenido en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos han dispuesto mediante inconstitucionales leyes ordinarias y decretos leyes, que el Juez Constitucional se ha negado a juzgar y controlar; [22] todo lo cual ha convertido a la Constitución en un texto de «plastilina.[23]

Adicionalmente a la desconstitucionalización por abstención del Juez Constitucional de controlar la supremacía de la Constitución, esta también se ha desconstitucionalziado por la acción directa y activa del mismo Juez Constitucional controlado políticamente, mediante sentencias de interpretación constitucional, o mediante mutaciones ilegítimas de la Constitución, todas hechas a la medida y en general a petición del propio abogado del Estado, para «garantizar» que dichas actuaciones inconstitucionales no serán controladas.[24]

### B. La desdemocratización y la búsqueda de eliminación de la democracia representativa

A la violación del principio del constitucionalismo, que ha originado la desconstitucionalización del Estado, le ha seguido, como política de Estado, un proceso de desprecio del principio de la democracia representativa, por una parte, impidiendo el ejercicio pleno de la ciudadanía de la participación mediante elecciones, y en todo caso, impidiendo que las que se han realizado sean libres, justas, transparentes y verificables;[25] y por la otra pretendiendo sustituir la democracia representativa por una llamada democracia «participativa», como ha sido difundido el discurso autoritario confundiendo en general, indebidamente, la democracia participativa con elementos de democracia directa,[26] eliminando la descentralización del poder e impidiendo la

---

[22] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en *Revista de Administración Pública*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

[23] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo,* Colección Biblioteca Allan R. Brewer-carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022

[24] Véase sobra la mutación constitucional por la Sala Constitucional véase: Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650

[25] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional del secuestro de la participación política y las elecciones en Venezuela, que dejaron de ser libres, justas, plurales y transparentes 1999-2024,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 7, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024.

[26] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La democracia representativa y la falacia de la llamada «democracia participativa, sin representación», en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Estudios de Dere-*

propia participación política ciudadana. Y para ello, como antes se dijo, se han establecido en paralelo a los propios órganos electos del Estado Constitucional, instancias del llamado Estado Comunal para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se está es sometiéndolo al control del poder central.[27]

En todo caso, como producto del discurso autoritario de querer implantar una supuesta democracia participativa eliminando la democracia representativa, durante los últimos veinte años hemos sido testigos en Venezuela, de nuevo, de un proceso desarrollado en colusión entre el Poder Ejecutivo y el Juez Constitucional para implantar un Estado Comunal, siendo éste último el instrumento directo del proceso de demolición sistemática no sólo del principio democrático representativo, incluso del propio principio democrático participativo, además del principio del gobierno alternativo y electivo, del antes mencionado principio de la separación de poderes y el principio descentralizador del Estado federal.

En este campo, por tanto, la primera víctima del Juez Constitucional ha sido el principio democrático representativo[28] que ha sido sucesivamente lesionado, para cuyo efecto, el mismo Juez Constitucional afectó el derecho político de los ciudadanos a elegir representantes en fraude a la representación proporcional (2006); avaló las inconstitucionales inhabilitaciones políticas que afectaron el derecho de ex funcionarios públicos a ser electos (2008, 2011); arrebató a una diputada en ejercicio el poder continuar ejerciendo su mandato, revocándoselo inconstitucionalmente (2014); revocó ilegítima e inconstitucionalmente el mandato popular a varios Alcaldes, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal (2014); demolió el principio del gobierno democrático electivo y representativo, al imponerle a los venezolanos un gobierno sin legitimidad democrática en 2013, sin determinar con certeza el estado de salud, del Presidente Hugo Chávez Frías, o si estaba vivo; eliminó la exigencia de sufragio para designación de autoridades municipales (2017), eliminó el sufragio universal, directo

---

*cho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2011, pp. 25 a 36. Véase Allan R. Brewer-Carías, «La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta «democracia participativa» sin representación», en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482. Véase además, el libro Allan R. Brewer-Carías, *Sobre la democracia* (con Prólogo de Mariela Morales Antoniazzi), Editorial Jurídica Venezolana, New York / Caracas 2919, 576 pp.

[27] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El populismo constitucional y el «nuevo constitucionalismo». O de cómo se destruye una democracia desde dentro», en el libro de Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado Populista y Populismo Constitucional*, Ediciones Olejnik, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 121 ss.

[28] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El Juez Constitucional en Venezuela y la destrucción del principio democrático representativo», en *Revista de Derecho Público*, No. 155-156, julio-diciembre de 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp. 7-44.

y secreto en la elección de diputados en representación de las comunidades indígenas (2020), y eliminó el carácter alternativo del gobierno (2009).[29]

Y entre todas estas violaciones a la democracia representativa, como antes se mencionó está la inconstitucional implementación, mediante las Leyes del Poder Popular, de la reforma constitucional de 2007,[30] a pesar de que fue rechazada mediante referendo, para establecer el Estado Comunal o del Poder Popular,[31] para establecer como afirmó Chávez, *una «democracia» sin representación*, es decir, según lo que fueron sus propias palabras, que «no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población».[32]

En ese nuevo esquema se configuró un sistema político estatal ignorándose la democracia representativa al establecerse que los «voceros» de los Consejos Comunales, sin autonomía política, no son electos por sufragio universal, directo y secreto, sino a mano alzada «en nombre del pueblo», por asambleas controladas por el partido oficial y por el Ejecutivo Nacional. Además, en dichas leyes, se le asignó a los «voceros» de los Consejos Comunales la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron «degradadas», dejando de ser las «entidades locales» que son conforme a la Constitución, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto; pasando a ser simples órganos «consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal» (art. 35), cuyos miembros, además, los deben designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respectiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos «de su respectivo consejo comunal» (at. 36).[33]

---

[29] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: Peligros del autoritarismo», O de cómo, en Venezuela, el Juez Constitucional demolió los principios de la democracia representativa, de la democracia participativa y del control del poder), preparado para la conferencia del autor sobre «Democracia y Justicia Constitucional: Peligros del Autoritarismo», en *Elecciones y democracia en América latina: El desafío autoritario – populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen),* (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad católica Andrés bello, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2020, pp. 98-117.

[30] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y* Militarista*, Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007,* Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 157 pp.

[31] Véase Allan R. Brewer-Carías, E*studios sobre el Estado Comunal o Estado del Poder Popular. O de cómo se desconstitucionaliza al Estado en fraude a la Constitución y a la voluntad popular,* Colección Biblioteca Allan R. Brewer-*Carías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021

[32] Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro y el Tercer* Aniversario *del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional*, Sesión especial del día Miércoles 15 de agosto de 2007, Asamblea Nacional, División de Servicio y Atención legislativa, Sección de Edición, Caracas 2007, p. 35

[33] Adicionalmente, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Mu-

Por ser inconstitucionales, dichas Leyes Orgánicas del Poder Popular fueron impugnadas ante la Sala Constitucional, al igual que la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2010, caso este último que la Sala Constitucional si decidió mediante sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017,[34] pero para simplemente, desconociendo el pilar de la democracia en Venezuela que es la democracia representativa, admitir la posibilidad de que los miembros de las Juntas Parroquiales fueran designados por los Consejos Comunales, en un proceso que ni siguiera es una elección de segundo grado, porque no hay elección de primer grado en la designación a mano alzada de los voceros de los consejos comunales; y ello lo hizo para pretender privilegiar la «participación sin sufragio» sobre la participación mediante el sufragio, siguiendo la misma retórica «participativa» vacía que ha utilizado en muchas de sus decisiones anteriores, afirmando que el «derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas» se ha establecido sin haber sido limitado a «la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional».

En todo caso, no es que el derecho a la participación política previsto en el artículo 62 de la Constitución se limite a la participación mediante el sufragio conforme al artículo 63 del mismo texto constitucional; sino que tratándose de pretendidas entidades políticas territoriales como son los Consejos Comunales, la designación de sus autoridades no puede realizarse en otra forma que no sea mediante elección por sufragio universal, directo y secreto; por lo que, contrario a lo resuelto por la Sala en la sentencia, el artículo 35 de la Ley Orgánica impugnada sí estaba viciado de inconstitucionalidad, en lo que respecta a la designación (mal llamada «elección») de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, lo que efectivamente sí quebrantaba el derecho constitucional al sufragio.

Conforme a lo antes señalado, en consecuencia, durante los últimos veinte años, los principios del constitucionalismo, de la soberanía popular y de la representación democrática consagrados en la Constitución han sido falseados. El texto fundamental lamentablemente ha dejado de ser la Carta rígida, sola emanación de la soberanía

---

nicipal de 2010, decretó la «cesación» en sus funciones de «los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarias, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes» (Disposición Derogatoria Segunda.

[34] Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120.HTML. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, «Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario», y José Ignacio Hernández G., «Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo», en *Revista de Derecho Público*, Nº 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

popular, habiendo perdido sus normas su carácter supremo e inmutable. Además, la soberanía popular ha sido usurpada mediante Asambleas Constituyentes ilegítimas, convocadas igualmente en usurpación de la voluntad popular.

Y el principio de la representación, de la esencia de la democracia, cuyo ejercicio por el pueblo se realiza básicamente en forma indirecta, mediante representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, independientemente de los mecanismos de ejercicio directo de la democracia que puedan establecerse, se ha querido eliminar, pretendiendo sustituirlo por supuestos mecanismos de «participación» que no son otra cosa que sistemas de control estatal de la voluntad popular, para impedir su manifestación efectiva.

Pero como se dijo al inicio, la demolición del principio de la democracia representativa en los últimos años, aparte de su erradicación conceptual, se ha producido en la práctica, impidiendo que en las elecciones que se han efectuado en el país en los últimos lustros se hayan podido realizar en forman libre, justa, transparente, plural, verificable y auditable, conforme a los más elementales estándares democráticos. Así ocurrió recientemente con las elecciones para la fraudulenta e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente en 2017, para la elección de Gobernadores y Alcaldes ese mismo año 2017, para la elección anticipada del Presidente de la República en 2018, para las elecciones parlamentarias de 2020, y para la votación en el referendo consultivo sobre la Guayana Esequiba en 2023.

En todas ellas, el patrón que siguió con bastante regularidad el régimen fue el siguiente: (i) tomar control total del Consejo Nacional Electoral, nombrándolo inconstitucionalmente por la Asamblea Constituyente o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, eliminando su imparcialidad; (ii) inhabilitar candidatos de oposición; (iii) secuestrar a los partidos políticos de oposición, nombrando nuevas directivas con personas afectas al gobierno; (iv) monopolizar totalmente a los medios de comunicación; (v) coaccionar a los votantes en los procesos electorales; (vi) manipular los resultados electorales a gusto del Consejo Nacional Electoral; (vii) y todo ello en medio de una situación general de violación a los derechos políticos de los ciudadanos mediante persecuciones, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, que incluso en algunos casos apuntan a delitos de lesa humanidad que originaron el inicio de una investigación por parte del Fiscal de la Corte Penal Internacional.[35]

Y todo ello se manifestó ostensiblemente en la última elección presidencial realizada el 28 de julio de 2024, para la cual los agentes del Estado hicieron todo para impedir que se realizaran con libertad y seguridad,[36] produciéndose así, entre otros, el secuestro

---

[35] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional del secuestro de la participación política y las elecciones en Venezuela, que dejaron de ser libres, justas, plurales y transparentes 1999-2024,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 7, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024.

[36] Véase el capítulo explicando «La inexistencia de las condiciones mínimas para que pudieran realizarse unas elecciones justas, libres, plurales, transparentes y verificables en 2024», en Allan R. Brewer-Carías, *Ruina de la democracia, elección presidencial y momento constituyente en 2024*,

de los principales partidos políticos de la oposición, la inhabilitación política de sus principales líderes para impedir las candidatura de quienes tenían probadas opciones de triunfo, como era el caso de la Sra. María Corina Machado, la detención y desaparición forzosa y arbitraria de muchos de sus dirigentes, y la desaparición efectiva de la imagen de todos los líderes opositores de todos los medios de comunicación escritos y audiovisuales, los cuales fueron monopolizados por el candidato del gobierno, Sr. Nicolás Maduro Moros. Todo lo ocurrido quedó corroborado y documentado por los observadores internacionales independientes que presenciaron el proceso electoral, invitados por el Consejo Nacional Electoral, en particular, por el Centro Carter en su Informe de 30 de julio de 2024,[37] por el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral (DECO) de la Secretaría para el Fortalecimiento de la Democracia de la OEA sobre la elección presidencial de Venezuela en su Informe para el Secretario General Luis Almagro fechado el 30 de julio de 2024,[38] y por el Informe Preliminar del Panel de Experto de la ONU sobre la Elección presidencial de Venezuela del 28 de julio de 2024.[39]

Todos constataron cómo los resultados de la elección, que sólo podían estar basados en la totalización de las Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales, que son públicas y que estaban en poder de miembros de mesas y testigos de las mismas (globalmente aproximadamente 240 mil personas), fueron ignorados, y se dio ganador en las elecciones al candidato del gobierno, Sr. Maduro, sin totalización alguna de actas, cuando las recolectadas por la oposición y publicadas en internet daban un triunfo abrumador al candidato de la oposición Sr. González Urrutia. Resultado, sin embargo, literalmente todo el mundo lo conoce, y es posible cambiar, al punto de que el 24 de septiembre de 2024, en su discurso ante la Asamblea de las Naciones Unidas, el Presidente Gabriel Boric de Chile expresó: «Estamos frente a una dictadura que pretende robarse una elección»,[40] y el Presidente de los Estados Unidos J. Biden dijo:

«Vimos ese anhelo universal por los derechos y libertades en Venezuela, donde millones votaron por un cambio que no se ha reconocido. Pero no puede negarse*, el mundo sabe la verdad*».[41]

---

Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 9, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, pp. 9 y 71.

[37] Disponible en: https://www.cartercenter.org/news/pr/2024/venezuela-073024-spanish.pdf.

[38] Disponible en: http://www.oas.org/fpdb/press/Informe-al-SG-sobre-Elecciones-Venezuela-2024-30-de-julio-para-distribuir-(1).pdf.

[39] Disponible en: https://news.un.org/en/sites/news.un.org.en/files/atoms/files/Informe_Preliminar_PdE_Venezuela_090824.pdf.

[40] Véase en «Presidente Boric ante la ONU por Venezuela: «Estamos frente a una dictadura que pretende robarse una elección», en *TB en vivo*, 24 de septiembre de 2024, disponible en: https://www.t13.cl/noticia/politica/presidente-boric-ante-onu-por-venezuela-estamos-frente-una-dictadura-pretende-24-9-2024

[41] Véase «Joe Biden se refirió al fraude electoral en Venezuela en su última Asamblea de la ONU: «El mundo sabe la verdad», en *Infobae*, 24 de septiembre de 2024, disponible en: https://www.infobae.com/estados-unidos/2024/09/24/joe-biden-se-refirio-al-fraude-electoral-en-venezuela-en-su-ultima-asamblea-de-la-onu-el-mundo-sabe-la-verdad/

### C. La demolición del principio de la separación de poderes

Luego de la destrucción del principio del constitucionalismo, y el desprecio del principio de la democracia representativa, en el caso venezolano lo siguió el vaciamiento del primer y fundamental pilar de la Constitución en un Estado democrático de derecho, que es el de la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos, es decir, el de la desconcentración del poder, sin el cual el mismo simplemente no existe; principio que está destinado a asegurar que el ejercicio del poder esté sometido a control, particularmente al que debe ejercer una Justicia autónoma e independiente.[42]

Este principio, inserto en la Constitución, en los últimos veinte años en Venezuela no ha sido sino otra máscara para el establecimiento, en su lugar, de un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder, donde por supuesto ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia que se definen en la Carta Democrática Interamericana de 2001, se ha asegurado,[43]

Se ha ignorado, en todo caso, que para que pueda existir un Estado democrático, por sobre todo, el mismo tiene que estar montado sobre el dicho principio de la separación e independencia de los poderes públicos,[44] pues sin control del poder, en definitiva no pueden realizarse verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.[45]

---

[42] Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos Nº 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, «División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material» en Luis Alfonso herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

[43] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela,* Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

[44] Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los* poderes *y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos Nº 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, «División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material» en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

[45] Véase Allan R. Brewer-Carías, «Prólogo» al libro de Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos Nº 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49; «El principio de

Al contrario de todo ello, en Venezuela, las promesas de la Constitución fueron olvidadas y lo que se desarrolló fue un Estado donde todo el poder se ha concentrado en las manos del Poder Ejecutivo al cual todos los otros Poderes Públicos están sometidos, particularmente el Tribunal Supremo de Justicia y el órgano electoral, e incluso la propia Asamblea Nacional, excepto entre 2015 y 2020, cuando estuvo controlada por la oposición al gobierno, pero fue sofocada por el Juez Constitucional controlado por el Ejecutivo.[46]

En ese proceso de concentración del poder y demolición del principio de separación de poderes, lo más grave en Venezuela fue el efecto devastador que para todas las instituciones del Estado ha tenido el control político que el Poder Ejecutivo ha ejercido sobre el Poder Judicial; proceso que comenzó desde 1999 como consecuencia del régimen transitorio adoptado por la Asamblea Constituyente, interviniendo todo el Poder Judicial.[47] Con el mismo, en particular, se comenzó a integrar el Tribunal Supremo de Justicia con magistrados controlados para asegurar su sujeción al Poder Ejecutivo; todo lo cual condujo al secuestro total de la Judicatura, integrada toda por jueces provisorios o temporales completamente sometidos a presiones políticas, quienes incluso, en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, pudieron ser despedidos sin garantías algunas del debido proceso.

El resultado de todo ello ha sido la trágica dependencia del Poder Judicial sometido a los designios y control político por parte del Poder Ejecutivo,[48] funcionando como instrumento al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria; tal

---

la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad, y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia», en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo, Homenaje a Luciano Parejo Alfonso,* Año 12, Nº 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-43.

[46] Véase Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional del sofocamiento del Poder Legislativo 2016-2020,* Colección de Crónicas Constitucionales para la Memoria Histórica, No 6, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, 2024

[47] Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer–Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer–Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

[48] Véase Allan R. Brewer–Carías, «La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004)», en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; y «La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)]» en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57; «La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana», en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910,* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254.

cual, como aquellos jueces del horror del régimen nazi, repudiados en otras jurisdicciones.[49]

Controlado el Poder Judicial, el control político ejercido sobre el Tribunal Supremo y, en particular, sobre su Sala Constitucional, la ha convertido, en lugar del guardián de la Constitución,[50] en el instrumento más utilizado por el régimen autoritario, para demoler el Estado de derecho y sus principios.[51] Para ello, incluso el Juez Constitucional se inventó un endémico «proceso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución»[52] que le ha permitido administrar una «justicia constitucional a la carta», a solicitud del gobierno y, en particular, del Procurador General de la República, mediante la cual ha modificado y mutado ilegítima y fraudulentamente,[53] usurpando así las potestades del poder constituyente originario.[54]

---

[49] Véase Allan R. Brewer-Carías, «Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela. De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano», en *Revista de Derecho Público,* No. 143-144, (julio– diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 495-500.

[50] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público Nº 39) y Pontificia Universidad Javeriana (*Quaestiones Juridica*e Nº 5), Bogotá 1995; Allan R. Brewer-Carías, «La justicia constitucional en la Constitución de 1999», en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961.

[51] Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace unos años. Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en *Revista de Administración Pública*, Nº 180, Madrid 2009, pp. 383-418; «La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela», en *Revista de Derecho Político*, Nº 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2009, pp. 289-325. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, «Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela», en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188

[52] Véase Sentencia Nº 1077 de la Sala Constitucional de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Véase en general sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, «*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación», en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, Nº 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

[53] Véase sobre la ilegítima mutación constitucional por el Juez: Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

[54] Todos mis estudios sobre las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en Venezuela, además de los publicados en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Cara-

Ese rol del Juez constitucional que ha propiciado la concentración del poder, como se dijo, se acrecentó a partir de enero de 2016 hasta 2020, cuando una nueva Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 pasó a estar controlada por la oposición al gobierno, originando ello una política pública, gracias a la perversa colusión entre el Poder Ejecutivo y el Juez Constitucional, destinada a privar progresivamente a la representación popular de todas sus competencias y funciones.[55] Así, la Sala Constitucional, a solicitud del propio Poder Ejecutivo o del partido de gobierno, se dedicó a la tarea de despojar a la Asamblea Nacional de todas sus potestades y funciones median-

---

cas, pueden consultarse en los siguientes libros: Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.; *Crónica sobre la «In» Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007; *Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012),* Colección Justicia Nº 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 520 pp.; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución),* Colección Estudios Políticos Nº 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.; *La patología de la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 666 pp.; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela,* Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.; *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, Nº 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.; 172. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, Nº 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, 238 pp. Véase, además, los estudios de: Carlos M. Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ,* 155 pp., investigación preparada por las ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp, en https://www.scribd.com/-document/336888955/Memorial-de-Agravios-del-Poder-Judicial-una-recopi-lacion-de-mas-de-100-sentencias-del-TSJ; y José Vicente Haro, «Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH», en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017, en http://josevicenteharo-garcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html

[55] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional del sofocamiento del Poder Legislativo 2016-2020,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 6, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, 2024

te una serie interminable de desafueros judiciales, que nadie puede controlar,[56] dando lugar incluso a que muchos procesos constitucionales, abandonándose el principio dispositivo, hayan sido iniciados de oficio por el Juez Constitucional.[57]

A partir de 2016, por tanto, la degradación de la Justicia Constitucional,[58] se empeoró, habiendo dictado la Sala Constitucional más de cien sentencias declarando la inconstitucionalidad de materialmente todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 2015 y 2019;[59] procediendo además a reformar el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea para someter la función de legislar de la Asamblea Nacional a la obtención de un Visto Bueno previo del Poder Ejecutivo;[60] a eliminar las funciones de

---

[56] Véase Allan R. Brewer-Carías, «*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación», en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

[57] Véase Allan R. Brewer-Carías, «The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy and for the Restoration of the enforcement of the Constitution», en el libro del *VII Congreso de Derecho Procesal Constitucional 2021,* Universidad Monteávila, Caracas febrero de 2021.

[58] Véase sobre el proceso de degradación de la justicia constitucional durante los últimos 20 años: Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *la mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, segunda edición, Caracas 2015; *La patología de la justicia constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala* Constitucional *del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución),* Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012),* Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012; *Crónica sobre la «in» justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007.

[59] Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia», 16 de mayo de 2016, disponible en http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%-B3n%20%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley% 20TSJ % 2015-5-2016.pdf.

[60] Véase.los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «El fin del Poder Legislativo: La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo», en *Revista de Derecho Público,* Nº 145-146, (enero-junio 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 428-443

control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública; a imponer el visto bueno previo del Vicepresidente ejecutivo para poder interpelar a un Ministro, con preguntas que solo pueden ser formuladas por escrito; [61] a eliminar además, tanto la posibilidad de que la Asamblea pueda improbar los estados de excepción que se decreten, como la posibilidad de aprobar votos de censura a los Ministros; [62] a resolver que el Presidente de la República presentase su Memoria anual, no ante la Asamblea Nacional como constitucionalmente corresponde, sino ante a propia Sala Constitucional; y a eliminar la función legislativa en materia de presupuesto, convirtiendo la Ley de Presupuesto en un mero e inconstitucional decreto ejecutivo para ser presentado por el Presidente de la República ante la Sala Constitucional y no ante la Asamblea Nacional como corresponde constitucionalmente.

La Sala Constitucional eliminó además la potestad de la Asamblea Nacional incluso para que como órgano deliberante pudiera emitir opiniones políticas como resultado de sus debates, habiendo anulado todos los Acuerdos de importancia política que la misma adoptó; eliminó la potestad de la Asamblea Nacional de revisar sus propios actos y de poder revocarlos, como fue el caso respecto de la viciada elección de los magistrados al Tribunal Supremo efectuada en diciembre de 2015; y finalmente, eliminó la potestad de legislar de la Asamblea Nacional en el marco de un inconstitucional y permanente estado de emergencia que se ha prorrogado cada tres meses, sin control parlamentario alguno y con el solo visto bueno del Juez Constitucional.[63]

Es decir, el Poder Legislativo representado por la Asamblea Nacional fue totalmente neutralizado y vaciado de poderes y funciones, al punto de que mediante una sentencia de 2017, con base en un supuesto desacato a una decisión de la Sala Elec-

---

[61] Véase.los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios al decreto Nº 2.309 de 2 de mayo de 2016: La inconstitucional «restricción» impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de la Asamblea Nacional de aprobar votos de censura contra los Ministros», en *Revista de Derecho Público,* Nº 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 120-129

[62] Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia Nº 9 de 1-3-2016, disponible en http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Con-tent/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20 Asam blea%20Nacional.%20Sent-No.%209%201-3-2016).pdf; y «Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica», en *Revista de Derecho Público,* Nº 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

[63] Véase el estudio de todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), Nº 13, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016; edición española: Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

toral de diciembre de 2015 de suspender cautelarmente la proclamación de cuatro diputados del Estado Amazonas ya proclamados, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo llegó al colmo de disponer la cesación definitiva, de hecho, de la Asamblea Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales como órgano que integra a los representes del pueblo. Para ello, en efecto, mediante sentencia Nº 2 de 11 de enero de 2017,[64] la Sala anuló el acto de instalación de la Asamblea para su segundo período anual, y resolvió declarar todas las «actuaciones de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo decidido como nula y carente de toda validez y eficacia jurídica».

Esa decisión fue ratificada mediante otras sentencias No 3 de 11 de enero de 2017,[65] y No 7 de 26 de enero de 2017, en este último caso, cercenándole definitivamente al pueblo su derecho más elemental, en un Estado de derecho, que es el ejercicio de la soberanía a través de sus representantes, declarando nulas de nulidad absoluta e inconstitucionales todas las actuaciones pasadas y futuras de la Asamblea Nacional, amenazando incluso con enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.[66]

Todo este desaguisado constitucional que no ha sido más que un golpe de Estado continuado, puede decirse que culminó el mes de marzo de 2017 con la adopción por parte de la Sala Constitucional de dos sentencias vergonzantes desde el punto de vista constitucional, la No 155 de 27 de marzo de 2017,[67] y la No.156 de fecha 29 de marzo de 2017,[68] que fueron bien publicitadas, mediante las cuales el Juez Constitucional *usurpó la totalidad de los poderes del Estado*, ordenó al Presidente ejercer ciertas funciones en materia de relaciones internacionales, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción, eliminó la inmunidad parlamentaria, asumió de pleno derecho todas las competencias parlamentarias de la Asamblea Nacional y delegó poderes legislativos

---

[64] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML

[65] https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML

[66] Véase en historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML.

[67] Véase sentencia No. 155 de 27 de marzo de 2017, en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: «La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/

[68] Véase la sentencia No. 156 de 29 de marzo de 2017 en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: «El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 30 de marzo de 2017, en http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/

que no tiene, sin límites, en el Presidente, ordenándole reformar leyes y Códigos a su arbitrio, y entre ellos el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre estas sentencias dijo el Secretario General de la OEA, Dr. Luis Almagro, que «despojar de las inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y al asumir el Poder Legislativo en forma completamente inconstitucional son los últimos golpes con los que el régimen subvierte el orden constitucional del país y termina con la democracia».[69] Lo más grave en torno este desaguisado fue que a requerimiento del Poder Ejecutivo, el Consejo para la Defensa de la Nación, «exhortó» al Tribunal Supremo de Justicia para que cometiera abiertamente la ilegalidad de «revisar las decisiones 155 y 156;[70] lo que un juez no puede hacer nunca, en ninguna parte del mundo, excepto en Venezuela, donde lo hizo al día siguiente, 1 de abril de 2017, reformando y revocando parcialmente dichas sentencias mediante sentencias Nos. 157[71] y 158,[72] todo en violación de los principios más elementales del debido proceso.

Todo este proceso lo que consolidó fue una dictadura judicial, resultando desde entonces que de los cinco poderes públicos que conforman la separación de poderes en Venezuela (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral), al neutralizar el Juez Constitucional a la Asamblea Nacional como consecuencia del golpe de Estado continuado que ha dado el Poder Ejecutivo en colusión con el Poder Judicial, el resto de los Poderes Públicos, también han quedado todos dependientes de Ejecutivo habiendo abandonado sus poderes de control.

---

[69] Véase: «Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional», *El Nacional*, 30 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/almagro-denuncia-auto-golpe-estado-del-gobierno-contra-asamblea-nacional_88094. Véase la insólita declaración sobre el tema de la antigua Fiscal general de la república, responsable Hasta entonces de todas las persecuciones políticas en el país: «Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional», en RedacciónBBC Mundo, *BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905 Véase el video del acto en https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE

[70] Véase su texto en «Consejo de Defensa Nacional exhorta al TSJ a revisar sentencias 155 y 156 // #MonitorProDaVinci,'1 de abril de 2017, en http://prodavinci.com/2017/04/01/actualidad/consejo-de-defensa-nacional-exhorta-al-tsj-a-revisar-sentencias-155-y-156-monitorprodavinci/

[71] Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML. Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa «corrección» de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158–.-4-4-2017.pdf:

[72] Véase en http://Historico.Tsj.Gob.Ve/Decisiones/Scon/Abril/197400-158-1417-2017-17-0325.Html Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa «corrección» de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158–.-4-4-2017.pdf

Eso ha sucedido con la Contraloría General de la República, y como muestra está el hecho de que por ausencia de control fiscal alguno, el país tiene el primer lugar del índice de corrupción en el mundo;[73] con el Defensor del Pueblo,[74] que nunca ha protegido los derechos humanos,[75] los cuales han sido impunemente violados como resulta de los Informes de la Alta Comisionada de los Derecho Humanos de 2019 y 2020; con el Ministerio Público que ejerce la Fiscalía General de la República, que en lugar de haber sido la parte de buena fe en los procesos penales para garantizar la Constitución, ha sido el principal instrumento para asegurar la impunidad en el país, y la persecución política;[76] y el Poder Electoral, a cargo del Consejo Nacional Electoral, ha terminado siendo una especie de «agencia electoral» del propio gobierno, integrado por militantes del partido oficial o, como lo denunció el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, por «activistas político partidistas [que] ocuparon cargos dentro del gobierno nacional»,[77] en violación abierta de la Constitución, habiendo dejado de ser el árbitro independiente en las elecciones.[78] Este Poder, en todo caso, desde 2004 quedó totalmente secuestrado por el Poder Ejecutivo, al ser sus jerarcas nombrados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conforme a las instrucciones del primero, usurpando las funciones que corresponden a la Asamblea Nacional, como ocurrió por última vez en 2020.[79]

---

[73] Véase el Informe de la ONG alemana, Transparencia Internacional de 2013, en el reportaje: «Aseguran que Venezuela es el país más corrupto de Latinoamérica», en *El Universal*, Caracas 3 de diciembre de 2013, en http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/131203/aseguran-que-venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-de-latinoamerica. Igualmente véase el reportaje en BBC Mundo, «Transparencia Internacional: Venezuela y Haití, los que se ven más corruptos de A. Latina», 3 de diciembre de 2013, en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noti-cias/2013/12/131203_ultnot_transparencia_corrupcion_lp.shtml. Véase al respecto, Román José Duque Corredor, «Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela», en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, 2014.

[74]

[75] Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, «La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas», en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, Nº 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

[76] Como se destacó en el Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*, publicado en Ginebra en marzo de 2014, el «Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos», quedando los fiscales «vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores». Véase en http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf

[77] Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 88. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

[78] Por ejemplo, en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020,* (Iniciativa Democrática de España y las Américas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2020, 274 pp.

[79] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004», en Juan

### D. La deshumanización del Estado y la ausencia de garantías de los derechos humanos y libertades ciudadanas

A todo lo anterior, se agrega el insólito proceso de deshumanización del Estado, resultado de que las importantísimas normas que enuncian derechos humanos conforme al principio de la progresividad, lo que se ha presenciado en Venezuela en los últimos lustros ha sido un lamentable proceso de progresiva de violación y degradación de los derechos humanos al punto de que en el Informe de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el país, de 4 de julio de 2019,[80] la misma destacó lo que denominó: «patrones de violaciones que afectan directa e *indirectamente a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*» (§ 2).

Ello ha afectado todos los derechos declarados en la Constitución, de manera que el Informe en cuanto a los derechos sociales, coincide que «existen motivos razonables para creer que se han cometido graves violaciones de los derechos económicos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación y la salud, en Venezuela» (§ 75); agregando:

Sobre la libertad de información, expresa que «en los últimos años: «el Gobierno ha tratado de *imponer una hegemonía comunicacional* imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que *restringe los medios de comunicación independientes*» (§ 28);

Sobre las libertades políticas, el Informe destaca cómo a las numerosas instituciones de seguridad ciudadana, que han sido militarizadas, han «*permitido al* Gobierno *cometer numerosas violaciones de los derechos humanos*» refiriéndose en particular a que: «Las autoridades han *atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política* y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas. Esta *represión selectiva se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos*, que pueden constituir *persecución por motivos políticos* (§ 77);

---

Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126; y en en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Nº 112. México, enero–abril 2005 pp. 11–73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004, 172 pp.

[80] Véase «Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela», 4 de julio de 2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Los «comentarios del Estado» («Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela»), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.docx

Sobre el derecho a manifestar, el *Informe*, constató que las fuerzas de seguridad, en los últimos anos, «*hicieron un uso excesivo de la fuerza de manera deliberada, con la finalidad de infundir miedo y desalentar* futuras manifestaciones» (§ 39);

Sobre el derecho a la libertad personal, el Informe hizo especial insistencia en las privaciones arbitrarias de libertad de centenas de personas, por razones políticas, destacando que: «el Gobierno ha utilizado las *detenciones arbitrarias* como uno de *los principales instrumentos para intimidar y reprimir a la oposición política y cualquier expresión de disensión*, real o presunta, al menos desde 2014» (§ 41); y

Sobre el derecho a la vida, al referirse a las operaciones de uno de los muchos cuerpos de seguridad del Estado, el Informe lo califica «como un «escuadrón de la muerte» o un «grupo de exterminio» (§47), siendo considerada por «informes de ONGs», como las «responsables de centenares de muertes violentas» (§ 47), constatando cómo «*manipularon la escena del crimen y las pruebas*. Habrían *plantado armas y drogas y habrían disparado sus armas contra las paredes o en el aire* para *insinuar un enfrentamiento* y demostrar que la víctima se habría «resistido a la autoridad» (§49).

Al *Informe Bachelet* de 2019, le siguió el *Informe y las Conclusiones de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, presentado el 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019;[81] en los cuales se presentaron las conclusiones de dicha Misión «respecto a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos en el país desde 2014», mostrando un *cuadro de horror*, ciertamente inimaginable, no sólo pasado sino actual –que está ocurriendo–, compuesto por funcionarios del horror, policías del horror, fiscales del horror, jueces del horror y custodios del horror, que el *Informe* resume dando cuenta, que los actos y conductas descritos en el mismo:

> «constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes –incluyendo violencia sexual y de género–, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela». (par. 151).

A esos hechos y conductas se agregan en el *Informe*, los crímenes de:

> «asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas [...]

[81] Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https:// www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf El Informe se acompañó con unas «*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (443 pp.)*.

y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física».

Dichos crímenes, la Misión consideró que constituyen «crímenes de lesa humanidad», y algunas de ellas, específicamente el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma» (par. 161).

En particular, en las *Conclusiones detalladas* se analizaron muchos de dichos crímenes, entre los que se destacan los relativos a la *represión política selectiva* (Capitulo III) y los cometidos en el contexto de «violaciones en un *contexto de seguridad o control social* (Capítulo IV), que la Misión igualmente consideró que algunos de ellos «pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución» (par. 2085), consistente en:

«una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios. En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad» (par. 2085).

Lo más dramático del Informe fue que las violaciones y crímenes reseñados y analizados por la *Misión*, según la misma lo expresó, formaron parte de *una política de Estado* «para *silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno* del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que fueron blanco de ataques por estar asociados con ellos» (par. 160).

Concluyó la Misión en su Informe, al referirse a las responsabilidades que la misma:

«tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas» (par. 164).

Todo ello originó que en septiembre de 2018, un grupo de Estados Partes (Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú) en el Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional sometieron a la Fiscalía de dicha Corte documentación relativa a la situación en Venezuela a partir del 12 de febrero de 2014, lo que condujo a la Fiscalía, en noviembre de 2021, a anunciar que había concluido el examen preli-

minar con la decisión de iniciar las investigaciones, la cual está en curso, luego de que en 2023 se desechó la solicitud de Venezuela por la Sala de Cuestiones Preliminares de que la Fiscalía «se inhibiera de sus investigaciones en favor de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales de Venezuela, con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 del Estatuto de Roma». La Fiscalía, en efecto, en noviembre de 2022 solicitó a dicha Sala que autorizara la reanudación de la investigación, la cual con fecha 27 de junio de 2023, dictó su decisión por la que autorizó a la Fiscalía de la CPI a reanudar su investigación en la situación en la República Bolivariana de Venezuela. Apelada dicha decisión por Venezuela, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional con fecha 1º de marzo de 2024, dictó su sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto desestimando la apelación por unanimidad, confirmando la decisión por la que se autorizó la reanudación de la investigación.[82]

Sobre las violaciones a los derechos que justifican dicha investigación de la Corte Penal Internacional, la Misión Independiente de verificación de los hechos sobre Venezuela presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU su Informe en septiembre de 2024, en el cual, entre múltiples denuncias, sobre el delito de persecución y otros delitos de lesa humanidad ha quedado expresado lo siguiente:

> «104. La misión tiene motivos razonables para creer que algunas de las violaciones de los derechos humanos investigadas durante este período representan una continuación de la misma línea de conducta que la misión caracterizó en informes previos como crímenes de lesa humanidad. Estas violaciones constituyen los delitos de encarcelación o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, la tortura y la violación o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Estas conductas se produjeron como parte del mismo ataque generalizado y sistemático contra la población civil, en cumplimiento de una política estatal de silenciar, desalentar y sofocar a la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, o en apoyo de la misma. La misión concluyó en el pasado, y mantiene su entendimiento de que dichas violaciones y crímenes fueron cometidos intencionalmente como parte de este ataque, y que los autores materiales e intelectuales tuvieron conocimiento del ataque y de que sus actos formaron parte de éste.
>
> 105. En su informe de 2020 al Consejo de Derechos Humanos, la misión afirmó que algunas de las conductas calificadas en ese informe como crímenes de lesa hu-

[82] Véase la Nota de Prensa oficial de la Corte Penal Internacional, «Situación en Venezuela I: La Sala de Apelaciones de la CPI confirma la decisión por la que se autoriza la reanudación de la investigación», 1 de marzo de 2024, disponible en: https://www.icc-cpi.int/news/venezuela-i-situation-icc-appeals-chamber-confirms-decision-authorising-resumption?lang=Spanish

manidad podían constituir también el crimen de lesa humanidad de persecución. Tomando en consideración tanto la línea de conducta, como la política estatal mencionadas, así como el perfil de las víctimas y las declaraciones públicas de altos representantes del Estado, la misión tiene motivos razonables para creer que, durante el marco temporal de su mandato, se ha cometido el crimen de persecución en la República Bolivariana de Venezuela. Para llegar a esta conclusión, la misión tomó en cuenta las violaciones graves a los derechos humanos que fueron documentadas e investigadas en este y en sus anteriores informes, incluyendo detenciones arbitrarias, torturas, violencia sexual, así como otras violaciones cometidas en conexión con las mismas, incluyendo al derecho a participar en asuntos públicos y a los derechos de expresión, reunión y asociación. Todas esas violaciones, cometidas en el marco de una política discriminatoria, y, consideradas en su conjunto, configuran el crimen de lesa humanidad de persecución fundada en motivos políticos, en razón de la identidad de las víctimas, en tanto personas opositoras al Gobierno o percibidas como tales, o simplemente críticas del Gobierno».[83]

Lo anterior evidencia, de hecho, que en Venezuela desaparecieron los derechos humanos como valor esencial y primordial del Estado, habiéndose producido una deshumanización total del mismo; a lo que se suma la labor del Juez Constitucional que desde 2003 incluso desconstitucionalizó mediante sentencia No. 1492 del 7 de julio de 2003,[84] la jerarquía constitucional de los derechos humanos declarados en los tratados internacionales, y la garantía de su aplicación directa e inmediata por parte de todos los jueces.[85]

La Sala Constitucional, en sentencia Nº 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de 17 de octubre de 2011[86] negó el

[83] Véase el Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, 19 de septiembre de 2024, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session57/advance-versions/a-hrc-57-57-es.pdf

[84] Véase en Revista de Derecho Público, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

[85] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La ilegitima mutación de la Constitución por el juez constitucional mediante la eliminación del rango supra constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el desconocimiento en Venezuela de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Libro Homenaje al Capítulo Venezolano de la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho: Recopilación de artículos que desarrollan temas de actualidad jurídica relacionados con el derecho público y el derecho privado, Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho, Caracas 2015, ISBN 978-980-6913-90-5.

[86] Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.htmll. Véase Allan R. Brewer-Carías, «El ilegítimo «control de constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia Leopoldo López vs. Venezuela, 2011», en Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

valor universal de los derechos humanos, proclamando que «*no puede ponerse un sistema de principios supuestamente* absoluto *y suprahistórico por encima de la Constitución*»,[87] pasando posteriormente a desconocer las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Específicamente, la Sala Constitucional en la sentencia Nº 1.939 de 18 de diciembre de 2008 dictada en el Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*,[88] declaró inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera cuatro meses antes, el 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*, en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de los derechos al debido proceso de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo establecidas en la Convención Americana, al haber sido destituidos sin garantías judiciales algunas de sus cargos.[89]

Posteriormente, en la misma línea, la Sala, resolvió que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo «*se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución*», arrogándose así la potestad de declarar inejecutables en el país los fallos de la Corte Interamericana, como sucedió en varias ocasiones, contrariando el carácter vinculante que los mismos tienen para los Estados.[90]

Para ello, la Sala Constitucional inventó aceptar, en el marco de sus funciones de Juez Constitucional, una especie de «recurso de control de constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana, referido «a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», intentado por los abogados del propio Estado, que buscaban formalizar cómo el mismo incumplía la sentencia de la Corte Interamericana.

Con estas sentencias, el Estado venezolano comenzó el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando para ello a su propio Tribunal Su-

---

[87] Idem. Donde se hace referencia a un fallo anterior Nº 1309/2001.

[88] Véase en *Revista de Derecho Público,* Nº 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

[89] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

[90] Como la propia CIDH lo resolvió en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* el 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares). Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf

premo de Justicia, el cual lamentablemente resultó ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país,[91] siendo la conclusión de todo ese proceso, la denuncia formal de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de Venezuela el día 6 de septiembre de 2012.[92]

### E. El abandono del principio de la legalidad y la consecuente ausencia de mecanismos de control judicial del Poder

La situación de deterioro de los principios de la supremacía constitucional, de la representatividad democrática, de la separación de poderes y de la garantía de los derechos humanos antes referida, ha afectado de muerte a los otros dos principios del Estado de derecho en el país, que son los principios de legalidad y del control judicial de las acciones del Estado.

En efecto, el sometimiento del Poder Judicial a control político del Ejecutivo Nacional, producto de la concentración del poder, ha provocado la deslegalización y desjudicialización del Estado, al quedar eliminado de hecho el derecho ciudadano a controlar judicialmente las actuaciones de los funcionarios públicos.

Es decir, una vez controlado el Tribunal Supremo de Justicia por el Poder Ejecutivo, las promesas constitucionales sobre el sometimiento de todos los órganos del Estado a la ley y al derecho, es decir, al principio de legalidad, y sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, que es la garantía de los ciudadanos para exigir el cumplimiento de dicho principio de la legalidad por los órganos del Estado, y de poder exigir ante los tribunales la supremacía de la Constitución y la protección de sus derechos, fueron absolutamente violadas.

Para lograr este incumplimiento y la deslegalización y desjudicialización del Estado, como se ha dicho, durante 25 años se irrespetaron las condiciones para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como la mayoría calificada de votos en la Asamblea requerida para ello y el derecho a la participación ciudadana requerida en la nominación de candidatos. Igualmente, se irrespetó la condición más esencial de los Magistrados de ser imparciales e independientes, designándose en forma progresiva desde 2000, a personas totalmente comprometidas con el partido oficial, que

---

[91] Véase Allan R. Brewer-Carias, *Crónica sobre la «In» Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en *Revista de Administración Pública*, Nº 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

[92] Véase Allan R. Brewer-Carías, «Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho», en *Revista Ars Boni Et Aequi* (año 12 n°2), Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile 2016, pp. 51-86.

incluso habían expresado públicamente que su misión, antes que impartir justicia, era contribuir a la ejecución de la política socialista del gobierno.[93]

Además, como se dijo, en Venezuela, los jueces los designa el propio Tribunal Supremo de Justicia, sin que se cumpla la Constitución en cuanto a la exigencia de concurso público con participación ciudadana. El nombramiento ha sido libre, con el resultado de que la gran mayoría de los jueces son provisionales y temporales, y, por tanto, totalmente dependientes y controlados políticamente.

Por ello, los jueces en Venezuela, en general, no son capaces ni pueden realmente impartir justicia justa, particularmente, si con ello afectan en alguna forma alguna política gubernamental o a algún funcionario público, sabiendo, como lo saben, que una decisión de ese tipo significa destitución inmediata, como tantas veces ha ocurrido en los últimos años. En algunos casos, incluso con encarcelamiento de los jueces que osaron dictar una sentencia que no complació al gobierno.

En consecuencia, en el país, jamás se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los jueces como lo prevé la Constitución para que ingresen a la carrera judicial, que materialmente no existe.[94] Además, como desde 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,[95] la cual fue luego ratificada con el régimen transitorio establecido después de la aprobación popular de la Constitución, que no ha concluido del todo, como hemos dicho, los jueces fueron destituidos a mansalva y masivamente, sin garantías al debido proceso, con la consecuencia de que la Judicatura se llenó de jueces temporales y provisionales,[96]

---

[93] Véase el Discurso de Orden de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, en http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/DiscursodeOrdenAper-tura2014DeyaniraNieves.pdf.

[94] Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar «cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela», se destaca que «el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son «provisionales» y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista». Véase en http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf

[95] Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional* Constituyente*)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

[96] En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que «un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son «provisionales». *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, párr. 161. Véase en Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos,* Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del mismo. Así lo resolvió expresamente la Sala Constitucional mediante sentencia No. 516 de 7 de mayo de 2013,[97] sobre la continuación del funcionamiento de dicha Comisión con el «derecho» de destituir los jueces sin garantía alguna del debido proceso.

El resultado ha sido que los principios de independencia judicial, de legalidad y de justiciabilidad insertos en la Constitución, no pasaron de ser declaraciones formuladas para no ser cumplidas, dada la trágica dependencia del Poder Judicial sometido en su conjunto a los designios y control político por parte del Poder Ejecutivo,[98] terminando al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria.

Todo ello ha conducido, en definitiva, a una desjusticiabilidad del Estado, siendo inconcebible que el Poder Judicial en Venezuela hoy pueda llegar a decidir y enjuiciar la conducta de la Administración y sus funcionarios, y frente a ellos, garantizar los derechos ciudadanos. A pesar de las excelente previsiones constitucionales sobre el sistema de justicia constitucional, de carácter mixto, que puede considerarse comparativamente en su formulación como uno de los más completos del mundo,[99] en la práctica no funciona, porque la Jurisdicción Constitucional estando atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lejos de ser la garante de la constitucionalidad de las acciones del Estado, se ha convertido en la «legitimadora» de las inconstitucionalidades cometidas por todos los órgano de los Poderes del Estado, y como se ha visto, la responsable, al servicio del autoritarismo, de la demolición d ellos principios del Estado de derecho.[100]

---

[97] Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html.

[98] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)», en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y «La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]» en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57; «La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana», en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910,* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254; y *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021,* ISBN 978-1-63821-550-9Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.

[99] Véase Allan R. Brewer-Carías, El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000,

[100] Véase en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)», en Revista de Administración Pública, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

Y lo más grave es que con la dependencia del Poder Judicial y en particular del Juez Constitucional respecto del Poder Ejecutivo, por vía interpretación constitucional vinculante de la Constitución por la Sala Constitucional, la Constitución ha sido objeto de mutaciones múltiples,[101] por ejemplo, para centralizar competencias que eran exclusivas de los Estados de la Federación;[102] para eliminar el principio de la alternabilidad republicana dando paso a la reelección indefinida;[103] para asegurar el financiamiento de las actividades electorales del partido oficial;[104] para impedir la revocación popular del mandato del Presidente de la República;[105] para ampliar las competencias de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo ocurrió en materia de interpretación abstracta de la Constitución[106] e incluso para asegurar el absurdo e improcedente «control de la constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condujo a declararlas «inejecutables» en Venezuela.[107] La interpretación constitucional a la carta, además, ha servido para que la Sala Constitucional haya procedido a reformar leyes, como por ejemplo sucedió, en materia del procedimiento de amparo[108] o para establecer normas tributarias nuevas

---

[101] Véase Allan R. Brewer-Carías, La Constitución de Plastilina y Vandalismo Constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022.

[102] Véase Allan R. Brewer-Carías, «La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La «Reforma» de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional», en Anuario No. 4, Diciembre 2010, Instituto de Investigación Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, El Salvador 2010, pp. 111-143.

[103] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en Revista de Derecho Público, No. 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211.

[104] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela», en Revista de Derecho Público, No. 117, (enero-marzo 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 195-203.

[105] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004», en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126.

[106] Véase Luis A. Herrera Orellana, «El recurso de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso», en Revista de Derecho Público, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 7-29.

[107] Véase Allan R. Brewer-Carías, «la interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

[108] Véase Allan R. Brewer-Carías, «El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal*

en materia de impuesto sobre la renta;[109] y todo ello, casi siempre a iniciativa de los propios abogados del Estado.

Con una Constitución maleable en esa forma, es difícil imaginar un Estado de justicia, salvo que sea de justicia sólo impartida a la medida del propio Estado.

Ello ha afectado también a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en los últimos veinticinco años dejó de ser un efectivo sistema para el control judicial de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública, comenzando su degradación cuando en virtud de una medida cautelar dictada en 2003 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo suspendiendo la contratación de médicos cubanos,[110] el Ejecutivo utilizando al Tribunal Supremo de Justicia secuestró competencia de dicha Corte Primera y destituyó a sus Magistrados,[111] quedando la misma clausurada por más de diez meses.[112]

La consecuencia ha sido que los tribunales contencioso-administrativos dejaron de aplicar el derecho administrativo, de controlar a la Administración Pública y de proteger a los ciudadanos frente a la misma.[113]

Esta situación, ha conducido a que antes de existir un Estado de Justicia, lo que

---

*constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80. Publicado en *Crónica sobre la «In» Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp.545-563.

[109] Véase Allan R. Brewer-Carías, «De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticiamente modifica las reformas legales que «sanciona», a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007, *Revista de Derecho Público*, Nº 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276.

[110] Véase sobre este caso los comentarios de Claudia Nikken, «El caso «Barrio Adentro»: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos», en Revista de Derecho Público, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

[111] Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*). Véase en http://www.corteidh.or.cr/ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html

[112] Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, «La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004», en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

[113] Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

en realidad existe en Venezuela es un Estado de injusticia, por el hecho de que simplemente la justicia no funciona para juzgar y castigar a quienes violan la ley. Así, la impunidad campea y es absoluta por ejemplo respecto de los depredadores del patrimonio público, quedando la Contraloría General de la República solo para investigar lideres de la oposición, para inhabilitarlos políticamente.[114]

La impunidad también es el signo de la injusticia en materia de delitos comunes, en un país como Venezuela, que tiene el récord mundial de violencia, secuestros y crímenes callejeros,[115] que en 2013 alcanzó la cifra de 24.773 personas asesinadas,[116] siendo considerado en 2014, como el país más inseguro del mundo,[117] y Caracas, la capital, como la segunda ciudad más peligrosa del Planeta;[118] pero donde dichos crímenes no se persiguen y quedan impunes.[119]

Por todo ello, el Estado venezolano no es un Estado de justicia, pues la práctica política del gobierno autoritario que se apoderó de la República desde 1999,[120] lo que ha originado es un Estado totalitario que además de haber empobrecido aún más

---

[114] Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, «La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como «inejecutable»), en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012*, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371

[115] *Véase* Editorial de *Le Monde,* 30– marzo 2014, en http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140330/le-monde-dedico-un-editorial-a-venezuela.

[116] Véase César Miguel Rondón, «Cada vez menos país», en *Confirmado*, 16-8-2014, en http://confirmado.com.ve/opinan/cada-vez-menos-pais/

[117] Véase el reportaje de la Encuesta Gallup, «Venezuela fue considerado como el país más inseguro del mundo», en *Notitarde.com*, Caracas 21 de agosto de 2014, en http://www.noti-tarde.com/Pais/Venezuela-fue-seleccionado-como-el-pais-mas-inseguro-del-mundo/2014/08/21/347656.

[118] Después de San Pedro Sula, Caracas es considerada la segunda ciudad más peligrosa del mundo. Véase la información en *Sala de Información, Agencia de Comunicaciones Integradas. Información, opinión y análisis,* 16-1-2914, en http://saladeinfo.wordpress.com/2014/01/16/caracas-es-la-segunda-ciudad-mas-peligrosa-del-planeta-2/. Véase igualmente la información en El País Internacional, 20 de agosto de 2014, en http://internacional.elpais.com/interna-cional/2014/08/20/actualidad/1408490113_417749.html

[119] Sobre el tema de la «actividad hamponil» y la impunidad, Leandro Area ha observado que :»se ha convertido en el pan y plan nuestro y maestro de cada día, sea por el éxito malandro que se ve apenas reflejado en muerte y desolación en la prensa que queda y que está en vías de extinción o bien por el semblante que se enseña en el rostro de todo aquel que sigue vivo y que debe enfrentar la penuria de existir secuestrado por una realidad impuesta. Pero el asunto va más allá. El concubinato legitimado entre poder político, hampa común, poder judicial, policía, fuerzas armadas y demás, no es misterio ni secreto a voces. Es un plan convertido en acción permanente». Véase Leandro Area, «El 'Estado Misional' en Venezuela», en *Analítica.com*, 14 de febrero de 2014, en http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/

[120] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

al país, realmente no está sometido al derecho, cuyas normas no siempre son justas y la mayor de las veces se ignoran y desprecian; o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; y que además, no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y legislativo.

Por último, el control por la vía del amparo constitucional[121] respecto de las violaciones a los derechos humanos, sobre todo cometidas por agentes del Estado, lamentablemente no es sino letra muerta ante el Estado totalitario, que ha secuestrado la otrora autonomía e independencia del poder judicial.

## 3. APRECIACION FINAL

Como lo expresé en un libro publicado en 2015, para un profesor de derecho público, la paradoja que resulta de un gobierno cuyos funcionarios invocan a cada instante la Constitución para justificar sus arbitrariedades, violándola a abierta y permanentemente, es sin duda algo absolutamente incomprensible, salvo si esa conducta se entiende como parte de una política de Estado basada en la mentira.[122] Y eso es lo que explica cómo, a pesar de todo lo que se establece en el texto constitucional de 1999 sobre el «estado democrático de derecho y de justicia», lo que se construyó en Venezuela fue un Estado autoritario producto de la demolición de las instituciones democráticas,[123] y del desprecio a la Ley;[124] «avalado» por un juez constitucional, que resultó ser, no el guardián de la Constitución, sino el guardián del gobierno y el instrumento para afianzar el autoritarismo.[125]

El resultado ha sido un absurdo proceso, especie de «ilegalidad de derecho», como la calificó Piero Calamandrei al analizar la situación en el régimen fascista en Italia. De ello Calamandrei concluyó afirmando, en definitiva, que de lo que se trató fue, jurídicamente, de una gran mentira o falsedad.

---

[121] Sobre la importantísima y extensa regulación sobre el amparo constitucional en Venezuela véase: Allan R. Brewer-Carías, Derecho de amparo y acción de amparo constitucional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 129, Instituto Iberoamricano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021

[122] Véase Allan R. Brewer-Carías, La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015 (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

[123] Véase Allan R. Brewer-Carías, Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment, Cambridge University Press, New York, 2010.

[124] Véase nuestro libro: Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y des-democratización de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

[125] Véase nuestro libro: Golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional, (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución), Colección Estudios Políticos Nº 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014.

En efecto, en un libro póstumo, publicado en 2014, titulado *Il fascismo, come regime della menzogna* (Laterza, 2014),[126] Calamandrei recordó lo que bien podía aplicarse a todos los profesores de derecho en situación similar, como ha sido mi caso, al tener que escribir por formación académica, sucesivamente, advirtiendo durante dos décadas sobre las inconstitucionalidades e ilegalidades del régimen en Venezuela. Calamandrei, en efecto constató al referirse a Italia, cuán admirable había sido:

> «el empeño con el cual los profesores de derecho constitucional buscaban resolver las miles de adivinanzas que provocaba el régimen fascista: ¿Era revolución o no lo era? ¿Había sido o no eliminada la monarquía representativa? ¿La Constitución estaba en vigor o había sido suprimida? ¿Existía igualdad entre todos los ciudadanos ante la ley, o acaso se había introducido una distinción entre los inscritos (en el partido fascista) que tenían todos los derechos, y los no inscritos, que tenían todos los deberes?»

*Mutatis mutandi*, cuánta verdad y similitud con nuestro caso, setenta años después!!

De ello, Calamandrei constató sobre el régimen fascista, lo que es enteramente aplicable al régimen de Venezuela iniciado por Hugo Chávez, que el mismo:

> «fue algo más profundo y complicado que una oscura ilegalidad: Fue la simulación de la ilegalidad, el fraude, legalmente organizado, a la legalidad. A la tradicional clasificación de las formas de gobierno cabía agregar, ahora, una palabra que lograse darle significado a este nuevo y distinto régimen: *El gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, del fraude constitucional*».

En un régimen como fue fascismo italiano, lo que se aplica totalmente al régimen que Venezuela ha padecido desde 1999, simplemente, en palabras de Calamandrei:

> «las instituciones se entienden no por aquello que está escrito en las leyes, sino por lo que se lee entre líneas dentro de éstas: Las palabras no tienen más el significado registrado en el vocabulario, sino un significado diverso y de ordinario opuesto al vocabulario común, inteligible solamente para los «iniciados» [del régimen].

De lo anterior concluía Calamandrei, con razón, que lo que caracterizó al fascismo, es decir, lo que fue su común denominador, tal y como también ocurrió con el régimen iniciado por Hugo Chávez en 1999, fue la utilización de la mentira, de la falsedad, y del doblez, lo que:

---

[126] Véase la edición en español: Piero Calamandrei, El Fascismo como régimen de la mentira, tirant humanidades, Valencia 2019.

«Resulta de la combinación de dos ordenamientos, uno dentro del otro: Hay un ordenamiento oficial, que se expresa en las leyes, y otro oficioso, que se concreta en la práctica política sistemáticamente contraria a las leyes. Y a dicha duplicidad de ordenamientos corresponde otro doble nivel de órganos: una burocracia de Estado y una burocracia de partido, pagadas ambas por los mismos contribuyentes y unidas en el vértice, alrededor de una sola persona que es, a la vez, Jefe del Gobierno y Duce del fascismo (cabeza del partido). De modo que, entre la burocracia de la legalidad y la burocracia de la ilegalidad no existe ningún antagonismo, sino una alianza secreta, una especie de *recíproca vicariedad*: tanto que para comprender lo que es exactamente ese régimen, mal se le debe pedir explicación a una sola de esas burocracias, sino que hay que buscarla en el punto donde ellas se encuentran, es decir, a mitad de camino entre la legalidad y la ilegalidad».[127]

Al releer estas reflexiones de Calamandrei, me viene a la mente lo expresó el Papa Benedicto XVI en una extraordinaria reflexión jurídica que hizo en 2011 en un discurso ante el Parlamento federal Alemán en Berlín, remembrado la devastación del nazismo, en la cual dijo – que bien se podía decir hoy lamentablemente de Venezuela –:

«Hemos experimentado cómo el poder se separó del Derecho, se enfrentó a él; cómo se pisoteó el Derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del Derecho…»..[128]

Por ello, precisamente, en el *Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela*, presentado al Consejo de Derechos Humanos las Naciones Unidas el 20 de septiembre de 2024, se indica como, en especial, después de la crisis postelectoral del 28 de julio de 2024, «las *apariencias de legalidad*, que ya eran mínimas en períodos anteriores, desaparecieron casi por completo», advirtiendo que «el riesgo de desintegración del Estado de derecho es muy alto», (par. 79), constatando que:

«la respuesta represiva del Estado marcó un nuevo hito en el deterioro del Estado de derecho. Los principales poderes públicos abandonaron *toda apariencia* de independencia y se sometieron abiertamente al Ejecutivo».[129]

---

[127] Idem, pp. 37 ss.

[128] Véase la cita en el libro Voz y Caminos. Los grandes temas del Siglo XXI en la obra de Joseph Aloisius Ratzinger (Asdrúbal Aguiar y José Rodríguez Iturbe, Editores), Cátedra Mezerhane, Dade College, Ediciones EJI International, Miami 2024, pp. 182-184.

[129] Disponible en: ttps://www.ohchr.org/es/press-releases/2023/09/venezuela-un-fact-finding-mission-says-attacks-civic-and-democratic-space

Esta es, lamentablemente, la triste realidad de la situación del Estado de derecho en Venezuela, resultado en definitiva de un proceso que se inició cuando en 1999 se asaltó el poder con un proceso constituyente populista realizado sin respaldo en la Constitución anterior de 1961, y que marcó la pauta para la destrucción de todo lo que se reguló formalmente en la nueva Constitución de 1999, la cual aun cuando llena de principios y de declaraciones, simplemente no se ha cumplido; desde el inicio, ha sido inmisericordemente violada y desperdiciada, y además mutada a mansalva, sin que exista órgano alguno que haya podido controlar o detener esas violaciones, porque el Tribunal Supremo de Justicia en definitiva ha sido el primer instrumento para afianzar el autoritarismo en el país.

# El Tribunal Constitucional chileno frente al legislador

# El Tribunal Constitucional chileno frente al legislador

*Gonzalo García Pino*
*Doctor en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid*
*Profesor de Derecho Constitucional Universidad Alberto Hurtado, Chile*

## 1. INTRODUCCIÓN: LOS LÍMITES DE LA POLÍTICA Y EL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

En junio de 2019 un grupo de juristas presentó una propuesta de profundas reformas al funcionamiento del Tribunal Constitucional cuestionando la competencia original del control preventivo de los proyectos de ley.[1] Adicionalmente, este anuncio se sumó a un conjunto de iniciativas parlamentarias que iban en la misma dirección.[2]

El estallido social chileno de octubre de 2019 y la propuesta de noviembre por una Nueva Constitución modificó la intensidad del cambio en un lenguaje que pasó de reformas a sustitución del ordenamiento. La pandemia del COVID 19 ralentizó el proceso, pero ya con el mecanismo definido llegó la hora de las propuestas.

En diciembre de 2021, un conjunto de representantes de la nueva izquierda chilena, que denominaríamos hoy Frente Amplio, presentó una moción al interior de la Convención Constitucional para eliminar el Tribunal Constitucional chileno e instalar todas las facultades constitucionales de control de la ley en la Corte Suprema. Algunos de los fundamentos de esta posición asumida por una parte de la izquierda chilena se encuentran en algunos textos publicados con ocasión de ese proceso constituyente.[3]

---

[1] Informe final. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI – Monitor Constitucional

[2] https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=224528&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION Aquí se registra un documento comparado con todas esas propuestas.

[3] Constituyentes presentan iniciativa para eliminar el Tribunal Constitucional en la nueva carta magna | Diario Financiero

Asimismo, este texto venía precedido de algún libro crítico que concentraba estos argumentos.[4]

Sin embargo, una izquierda aún más radical, orientada en la sensibilidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano[5], optó por reforzar el Tribunal Constitucional lo que derivó en un debate acerca de sus atribuciones.

Adicionalmente, durante la discusión constituyente fue requerida la opinión institucional de la Comisión de Venecia para el Fortalecimiento de la Democracia por el Derecho, organismo del que Chile participa la que desestimó eliminar este organismo. Respecto de la pregunta acerca de terminar con el Tribunal Constitucional, éste sostuvo que:

> «(…) La Comisión de Venecia se ha mostrado siempre a favor de la creación de un tribunal constitucional separado y especializado, particularmente en las nuevas democracias. Un tribunal constitucional especializado puede ofrecer una protección más eficaz de los derechos humanos, la separación de poderes, la legalidad constitucional y la supremacía de la constitución que un Tribunal Supremo en el que la revisión constitucional es una tarea entre otras. Además, la experiencia necesaria en la revisión constitucional puede diferir de la típica de un tribunal de apelación. Además, la legitimidad del control constitucional, incluido el papel de «legislador negativo», plantea requisitos distintivos para la composición del tribunal y el procedimiento de nombramiento de sus miembros, requisitos que difieren de los que se aplican a un Tribunal Supremo como jurisdicción de apelación ordinaria. Todos estos puntos de vista hablan a favor de un tribunal constitucional separado y especializado».[6]

Los rechazos constituyentes de 2022 y 2023 nos volvieron a un cierto punto de partida previo al estallido social. El Tribunal Constitucional cambió su integración y vive un período de gran tranquilidad interna.

No obstante, este artículo se sitúa en el mismo punto que he defendido siempre. La lucha contra los excesos interpretativos, contra activismos de cualquier signo y para defender la propuesta de eliminar el control preventivo de constitucionalidad del TC, particularmente, el control preventivo obligatorio.[7]

---

[4] Ponce De León y Soto, 2021.

[5] Al respecto, la advertencia relativa al papel de los criterios interpretativos como mecanismos de control de los propios tribunales constitucionales. «El paso de un sistema de control difuso, débil en cuanto a la protección de la constitución, a la creación de fórmulas concentradas o, cuanto menos, mixtas, ha suscitado los consabidos problemas sobre el control democrático de los tribunales constitucionales, que en algunos casos se busca solucionar a través de criterios de interpretación constitucional previstos en el propio texto y, en el caso boliviano, por medio de la ya mencionada elección directa de sus magistrados» Viciano-Martínez. 2011: 23-24.

[6] CDL-AD(2022)004, Opinión 1075/2022 sobre la redacción de una Nueva Constitución en Chile, marzo de 2022.

[7] La Constitución dispone variadas modalidades de control de proyectos de ley, antes de convertirse en ley. Destacan dos: el control preventivo y obligatorio de los proyectos de ley en materia

En este trabajo asociaré seis tesis académicas a seis casos o asuntos propios del control preventivo. En ellos, se manifiesta el sentido crítico con el cual se decidieron. He escogido relevar las opiniones que en su momento tuve como Ministro del TC, en los casos escogidos, y agregar nuevas en aquellos casos que exceden el ciclo que me correspondió ejercer esa función. Los casos escogidos son emblemáticos: grupos negociadores alternativos a los sindicatos en la negociación colectiva; la guerra cultural de la «educación no sexista»; el «people meter» como sistema de medición de la audiencia televisiva y su impacto en calidad de la TV abierta; la objeción de conciencia de las instituciones en materia de aborto; las funciones de reclamación de los consumidores en materia de derechos de los consumidores y la resolución de casos de empates al interior del TC. En todos ellos, se manifiesta esta tendencia exacerbada de la sobre interpretación y el traspaso del umbral de la constitucionalidad hacia el mérito de la decisión legislativa.

En consecuencia, éste es un examen de los límites de la justicia constitucional en la difícil tarea de trazar una frontera con la política legislativa en la defensa del mérito deliberativo de una sociedad democrática.

## 2. MÁS ALLÁ DE LA «TERCERA CÁMARA»

Los Tribunales Constitucionales tienen como objeto preferente, no único, el control de la ley y, por ende, de quiénes la producen, sus legisladores. Esa tarea está lejos de ser una cuestión meramente técnica o de asepsia normativa. Usualmente, bajo cualquier período de crítica política al TC, siempre se le termina motejando de «tercera cámara».

Tales cuestionamientos no son nuevos ni únicamente referidos al caso chileno, hace más de tres décadas si viene tratando a las Cortes constitucionales como «cuarto poder» (Crisafulli), «tercera cámara» (Stone, Rubio Llorente) o «súper parlamento» (Cappelletti).[8] Tales consideraciones apuntan a una dimensión de árbitro de valoraciones de mérito en donde el Tribunal no tendría una competencia que los diferencie sustantivamente respecto del Congreso Nacional. Este tipo de cuestionamientos demuestran que tienen una raíz jurídica pero una deriva relativa al entramado del poder.

Desarrollaré esta cuestión en clave de teoría de la interpretación y no en la perspectiva de la teoría democrática, con lo cual se propondrán máximas, criterios o tesis específicas de orden normativo.

---

de leyes orgánicas constitucionales, tratados internacionales que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución. Adicionalmente, existe un control preventivo facultativo por el cual una minoría parlamentaria, el presidente de la República o cualquiera de las cámaras puede recurrir al TC contra un proyecto de ley por lo que estiman una oposición de sus contenidos a la Constitución.

[8] Ver, entre otros, BRAGE, 2005: 110 y siguientes y ALEGRE, 2016: 89-140. En alguna medida para el ámbito anglosajón pero centrado en la función de la Corte Suprema de los Estados Unidos se viene sosteniendo lo mismo desde 1962. Ver BICKEL, 1962.

## 3. SEIS TESIS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR Y LOS SEIS CASOS QUE LO REFRENDAN

Propondré seis tesis sobre la relación Tribunal Constitucional y legislador chileno. Mi pretensión no es exhaustiva ni general, sino que apuntaré con algunos criterios normativos relativos a nuestro esquema organizacional de los tribunales.

### PRIMERA TESIS: las leyes son resultados de acuerdos no siempre enteramente coherentes y el control de constitucionalidad no es su mecanismo reparatorio

La fortaleza de los Tribunales Constitucionales es la capacidad de imperio de sus sentencias. Pero su debilidad es plasmar las condiciones de tal vínculo en ellas mismas y nada más que eso. Podemos teorizar largamente sobre los defectos de la legislación basados en la supuesta racionalidad del legislador; en su trabajo técnico que superpone una y otra vez ley sobre ley dejando vacíos y dudas; en la coherencia normativa; en la vigencia intertemporal de sus mandatos; la identificación de fuentes de financiamiento, la lealtad a los procedimientos o la expresión de las motivaciones y fundamentos para el cambio normativo y un largo etcétera. Estos defectos de la ley son su garantía inicial.

Sea cual sea la tesis que sostengamos respecto del control de constitucionalidad de la ley, hay algo que es un punto de partida central: los desacuerdos. Para algunos, simplemente recordar que las leyes son el resultado de una democracia comprometida con el pluralismo y con el desacuerdo como el eje fundante de nuestra deliberación. Y ello derivaría en el riesgo de transformar cualquier desacuerdo en una declaración de inconstitucionalidad lo que lleva a algunos autores como Waldron a desestimar los mecanismos de control.

> «(…) Aunque casi todo defensor de la decisión mayoritaria está comprometido con alguna forma de democracia deliberativa, las opiniones varían ampliamente respecto a qué debería ser la deliberación y cuáles son las condiciones jurídicas, políticas y sociales que deberían rodearla. No necesitaría decir mucho más, pero aquí tenemos algunas de las cuestiones sobre la que los demócratas razonables discrepan: la representación proporcional, los referenda, la frecuencia de las elecciones, los límites de los mandatos, la base sobre la que trazar los distritos electorales, el acceso a espacios de televisión por parte de los candidatos financiado por el estado y la financiación general de las campañas. (…) Los que disienten con la opinión mayoritaria necesitan contar con un seguro de que su oposición no producirá una respuesta represiva o devastadora».[9]

[9] WALDRON, 2005: 333-335.

Si la razonable obsesión es evitar la tiranía de las mayorías, debe ser entendida como una buena noticia la noción de una ley imperfecta producto de negociaciones y acuerdos que producen resultados factibles y pragmáticos, aunque los que estén fuera de los acuerdos denosten estas negociaciones y acuerdos con todo tipo de imprecaciones. Lo esencial es que no es el resultado de una imposición de una mayoría. Y si lo fuera, el desacuerdo debe estar establecido sobre la base de una justificación de una cierta justicia procesal imperfecta.[10]

Estoy consciente que la lógica de los acuerdos puede entrañar un riesgo de constitucionalidad de alguno de sus contenidos, pero hay que partir de la idea de que es más riesgoso el problema de una legislación que se formaliza sin deliberación sustantiva y sólo como un ejercicio aritmético de una mayoría. Pero detrás de esa polémica los Tribunales no pueden convertirse en lo que no son: actores políticos.

Al final, hay que recordar que, en el caso chileno, al igual que en muchas democracias, el legislador reúne el poder legislativo y, en particular, el poder constituyente en las mismas manos, con lo que la tentación de sostener que son los jueces constitucionales los que indican la última palabra no parece ser razonable.

Hay que sostener que, pese a la magnitud de las 72 leyes de reformas constitucionales en Chile, que alcanzan a todos los Capítulos de la Constitución, no hay demasiados ejemplos de normas que hayan sido incorporadas por el Congreso Nacional a la Constitución por un desacuerdo con el Tribunal Constitucional.[11] Dicho así no es propio pasar de intérprete de la Constitución a un ejercicio del poder constituyente porque en los hechos, se puede transformar en la penúltima palabra y no la última. Por lo mismo, hay que reconocer a un legislador pluralista en una sociedad democrática diversa y amplia, sino que centrarse en el dominio de lo propio. Esto importa que la tarea de guardián de la supremacía constitucional mantenga esa posición de cuidado externo del ordenamiento sin involucrarse como actor interno de las deliberaciones públicas de una sociedad abierta. Tampoco alejarse de la sociedad ni enclaustrarse. Nada más social que lo constitucional, pero siempre en el dominio de una competencia tan común como esencial.

Por eso, nos centraremos en lo meramente jurídico en un tema clásico: la imposible transformación de cuestiones eminentemente legales en inconstitucionales por analogía.

---

[10] «De hecho, los procedimientos políticos son siempre, para teorías de la justicia que reconocen derechos, supuestos de justicia procesal imperfecta. Y ello porque, por una parte, tenemos un criterio independiente para evaluar la corrección de los resultados: los principios de justicia establecidos en la teoría y, por otra parte, ningún procedimiento político garantiza el logro de un resultado justo», MORESO, 1998: 14.

[11] Quizás el ejemplo más paradigmático es la Disposición 50º Transitoria Constitucional que incorporó el tercer retiro de diez por ciento de los fondos previsionales, pese a la Sentencia 9797-2020 que declaró inconstitucional una norma transitoria constitucional (con mi oposición), con ocasión del segundo retiro de fondos previsionales que permitieron hacer retornar a los cotizantes fondos que aliviaron las cargas monetarias durante la pandemia.

**CASO 1: La imposible transformación de cuestiones legales en asuntos inconstitucionales: el caso de los grupos negociadores en la negociación colectiva**

El caso que ilustrará esta convicción tiene que ver con un cuestionamiento presentado ante el TC el año 2016 relativo a la titularidad sindical en la negociación colectiva. Una reforma al Código del Trabajo promovió que la negociación colectiva debía ser liderada esencialmente por los sindicatos correspondiente, configurando una titularidad sindical, excluyendo lo que la legislación reconocía como «grupos negociadores» que era un mecanismo ad hoc en cada proceso de negociación colectiva que se agrupaba para el establecimiento de las nuevas condiciones del contrato colectivo del trabajo.

> «Un grupo negociador es una asociación o conjunto de trabajadores que no comparten ni están vinculados a una determinada organización, que se unen exclusivamente con el fin de negociar con su empleador condiciones comunes de trabajo».[12]

Posteriormente, luego de lograr un acuerdo, se disuelven como si nunca hubiesen existido.

El TC en la Sentencia acumulada Roles (3016 y 3026) acogió el requerimiento en variados aspectos impidiendo la titularidad sindical exclusiva.

Una minoría parlamentaria reprochó que esta normativa supondría la vulneración del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva que los excluiría de su titularidad (artículo 19, numeral 16° de la Constitución). Una desigualdad ante la ley añadida al configurar dos grupos de trabajadores, dependiendo de su afiliación sindical, uno con derechos plenos y otros sin derecho a huelga ni fuero sindical (artículo 19, numeral 2°). Un tercer cuestionamiento constitucional es la infracción al derecho de asociación en cuanto vulnera la libertad de afiliarse o no a una de ellas (artículo 19 numeral 15°).

El TC acogió el requerimiento en este punto en relativo a la desigualdad y discriminación entre grupos negociadores y el sindicato[13] porque, a su juicio:

> «(...) no es razonable, ni menos indispensable, la utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismos, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean extremadamente gravosos, especialmente teniendo en consideración el objetivo buscado. En efecto, la coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirla, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga

[12] DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen Ord. N.° 1163/0029 de 13 de marzo del 2017.

[13] La votación en este punto fue acogida 6 votos contra 4. El autor de ese artículo estuvo en el voto de rechazo al requerimiento.

de los trabajadores no sindicalizados con ocasión de una negociación colectiva, cuando ello es posible. En consecuencia, las medidas dispuestas por el Proyecto de ley constituyen una discriminación arbitraria y, por ende, infringen el artículo 19, n.2°, inciso segundo de la Constitución». [14]

La sentencia es muy extensa en otros asuntos cuestionados[15], pero reservaré el comentario sólo a lo relativo a los «grupos negociadores».

Es central tener claro el parámetro constitucional a partir de la descripción del artículo 19, numeral 16º de la Constitución:

«La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.
No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso»[16]

Y del artículo 19, numeral 19º de la Constitución:

«La Constitución asegura a todas las personas: (…) 19º.– El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley».[17]

La sentencia aludida, en vez de reconocer el derecho de titularidad sindical, termina generando un efecto de debilitamiento de los derechos de los trabajadores, según lo que se explicó en el voto de minoría.[18]

---

[14] STC 3016/2016, c. 45º.

[15] Extensión de beneficios a los no afiliados a los sindicatos, acceso del sindicato a la información de la empresa y constitucionalidad de los sindicatos inter-empresa.

[16] Art. 19, numeral 16, incisos 4º y 5º de la Constitución.

[17] Art. 19, numeral 19º de la Constitución.

[18] Voto disidente STC 3016/2016 https://tramitacion.tcchile.cl/tc/download/55603?inlineifpossible=true

Antes de esta conclusión partiremos descomponiendo el artículo 19, numeral 16°, inciso quinto de la Constitución a partir del cual se argumenta esta titularidad literal genérica de los trabajadores.

Primero, establece la titularidad del derecho de negociación colectiva residenciándolo en «los trabajadores». En segundo término, describe el ámbito del derecho especificando que se trata de una negociación «con la empresa que laboren». En tercer lugar, precisa el área de regulación o de reserva legal del derecho de negociación colectiva derivando al legislador cuestiones como los casos en donde se limita la titularidad para negociar, las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva, así como los casos en que la negociación colectiva deba determinarse mediante arbitraje obligatorio. Finalmente, la Constitución objetiva la finalidad de la negociación colectiva, esto es, obtener una «solución justa y pacífica».

El literalismo no está exento de describir y separar las cuestiones nítidamente constitucionales de aquellas que son propias de una reserva legal sometida a los límites generales de la Constitución. La finalidad de la negociación colectiva es la única que no se deriva a un mandato legal porque las soluciones normativas del Congreso Nacional deben dar por resultado una «solución justa y pacífica», cuestión que deja un amplio margen para ser determinada.

Por tanto, la propia Constitución al excluir de la negociación colectiva («salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar») admite la limitación al ámbito objetivo de la negociación autorizando el derecho del legislador a impedir que los titulares potenciales de la negociación colectiva en esas empresas puedan contratar colectivamente. Por supuesto que está redactado en términos restrictivos («casos» y «expresamente») lo que debe redundar en una técnica de reconocimiento de la mayor titularidad posible.

El derecho subjetivo a negociar no puede interpretarse como un derecho a un contrato plurindividual de trabajo. A partir de esta descripción del enunciado, los requirentes proponen la siguiente norma: «Todos los trabajadores tienen el derecho fundamental a la negociación colectiva».

Ahora bien, si «todos» tienen derecho a la negociación colectiva «todos» tendrían potencialmente la libertad para ejercer el derecho a negociar. Con ello construyen una segunda norma: «Cada uno de los trabajadores tiene el derecho fundamental a la negociación colectiva».

Con ello quieren advertir que este es un derecho subjetivo e individual que se constituye en una facultad de cada sujeto a negociar colectivamente. Este tránsito del «todos» al «cada uno» advierte la primera consecuencia interpretativa. Si cada trabajador posee ese derecho la Constitución y la legislación le deberían proveer los medios y herramientas que permitan ejercer ese derecho. De ello se deriva una tercera norma: «Cada trabajador tiene derecho a negociar un contrato colectivo».

Si advertimos esta secuencia de la norma propuesta simplemente diluimos un derecho constitucional fundamental y mutamos la Constitución. No es posible entender

así el derecho individual a negociar colectivamente porque ese derecho no se diferenciaría de la libertad contractual personal que tiene cada trabajador de negociar su contrato individual de trabajo. Ese derecho está ya regulado en la Constitución en el inciso segundo del numeral 16° del artículo 19 de la Constitución y dice que: «toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución».

Por tanto, es inconstitucional la interpretación que traza un camino individual al reconocimiento de este derecho porque, simplemente, se estaría anulando el derecho a negociar colectivamente. Entendemos que no es el propósito declarado de los requirentes negar el derecho a la negociación colectiva pero no es posible hacer un ejercicio de transformismo jurídico para anular otro derecho fundamental. Como sabemos, los contratos de trabajo dan cuerpo a dos disciplinas internas del Derecho del Trabajo y de su legislación respectiva. Por una parte, el contrato individual de trabajo (artículo 19, numeral 16°, inciso 2° de la Constitución) y, por el otro, el contrato colectivo de trabajo (artículo 19, numeral 16, inciso 5° de la Constitución). La interpretación que le concedería a cada trabajador ese derecho subjetivo muta el contrato colectivo en un mero contrato plurindividual de trabajo donde no hay condiciones reales para una negociación con el empleador que satisfaga la finalidad de la misma: obtener una solución justa y pacífica.

No es justo para el trabajador que la negociación con el empleador se dé en un marco que no se distinga la negociación individual del trabajo respecto de la colectiva, dada las condiciones asimétricas y de subordinación que fundan la relación laboral;

El artículo 19, numeral 16, inciso 5° identifica una titularidad genérica sin una institucionalidad jurídica que estructure una negociación. La titularidad que expresa el constituyente es plural: «trabajadores». El objeto de este reconocimiento es que es un derecho de todos los trabajadores que se encuadran en un objetivo común, esto es, tener un contrato colectivo de trabajo.

El ejercicio del derecho de negociación tiene por desafío obtener una «solución colectiva» mediante un «ejercicio colectivo». No es el único derecho fundamental que está situado en la misma condición. Por de pronto, se trata de un derecho colectivo (negociación laboral) dentro de otra titularidad que puede ser perfectamente de titularidad colectiva (una empresa cooperativa, por ejemplo).

Lo esencial es entender por qué hablamos de ejercicio colectivo de un derecho. Todo parte del propio texto constitucional que exige necesariamente de un sujeto plural «trabajadores» que debe constituir una «voluntad común» para negociar colectivamente al interior de la empresa. La única manera de constituir esa voluntad común es mediante la articulación jurídica de una «voluntad colectiva» que represente a los trabajadores que se reúnen para esa negociación. La lógica indica que la mera reunión de trabajadores no constituye una voluntad común y no es posible situar la reivindicación de un derecho específico en un ejercicio tan transitorio y eventual como la reunión grupal de trabajadores.

La negociación colectiva es un «derecho de los trabajadores» y es tan fundamental que sólo compete a «los trabajadores». Y todos son trabajadores con el mismo derecho a negociar, aunque exige el concurso de varios, no de uno solo. Pero es incapaz de responder una pregunta muy sencilla: ¿Quién negocia colectivamente? Si no somos capaces de responder esta pregunta es porque la titularidad es huera e insustancial y su contenido ha sido vaciado por una interpretación que atomiza una libertad consustancial al ejercicio de un derecho colectivo y social.

No es posible el reconocimiento del derecho subjetivo a la negociación colectiva a los trabajadores sin que haya mecanismos que aseguren el derecho mismo. Esto exige que el legislador adopte fórmulas de «procedimiento y organización» que permitan la realización efectiva del derecho y no meramente nominal. Esto es particularmente claro y demandante en casos en donde «se han de conciliar posiciones jurídico-constitucionales confrontadas» (BVerfGE, 34, 165) como es el ejemplo de una negociación colectiva. «El ejercicio óptimo de una libertad fundamental requiere la disposición de instituciones o prestaciones, cuya verdadera dimensión material no puede ser inferior a la necesaria; las instituciones y los procedimientos, en general, permiten la delimitación, configuración y ordenación de los ámbitos de libertad»[19]. Por lo mismo, una titularidad sin un sostenimiento jurídico de una voluntad representativa de un grupo puede desbarrancar el propio ejercicio de esa libertad. Ahora bien, si la voluntad colectiva se traduce en ser un derecho de un «grupo de trabajadores», aunque la Constitución no diga eso, habremos de salirnos del artículo 19, numeral 16 para encontrar la respuesta fuera de la estrecha redacción de este.

La específica modalidad de organización para los trabajadores puede ser de dos tipos. Una está en la Constitución y ésta las denomina «organizaciones sindicales» y la otra, está en la ley y se denomina «grupo negociador» creado por el Decreto Ley N° 2.758 de 1979. Por tanto, tenemos dos opciones. O reconocemos que los «trabajadores» que se constituyen en «grupos de trabajadores» con aptitud plena para negociar colectivamente son los sindicatos, reconocidos en el artículo 19, numeral 19 de la Constitución. O la propuesta de la sentencia apunta directamente a la «constitucionalización de los grupos negociadores». Esta última alternativa es la planteada por la sentencia: «el proyecto al privar al grupo negociador del ejercicio del único derecho que justifica su existencia, vulnera la esencia del derecho constitucional de asociación de sus integrantes».

En consecuencia, para resolver a favor de una minoría parlamentaria se recortaron derechos laborales de los sindicatos y se creó una figura de escaso poder que es meramente residual en las empresas que no tienen sindicato y que resulta plenamente funcional a los derechos de la empresa. Una solución para resolver anomalías de la negociación se transformó en el eje de la misma, en circunstancias que no está reconocida en la Constitución, transformando un problema legal en uno constitucional.

---

[19] HESSE, 2011: 169.

**SEGUNDA TESIS: mientras más abstracto sea el control de la ley más se incrementa el riesgo de politicidad de la decisión del Tribunal**

En un control de constitucionalidad nos enfrentamos al dilema de distinguir entre disposición y norma o entre norma y enunciado normativo puesto que la norma es el resultado de una interpretación.[20] Muchas veces esos resultados son diversos y los casos ejemplifican de mejor manera cuánto de la tesis interpretativa es propia de quién controla y cuánto es propia del conflicto que se plantea al Tribunal. La virtud del control concreto reside en la capacidad de ofrecer un conflicto normativo entre tesis contrapuestas, mostrando algo que los magistrados deben cautelar mejor, que es un modo objetivado del problema. Pues bien, nada de eso acontece en los controles abstractos de una norma.

En algún momento los tribunales constitucionales se enfrentan a una decisión puramente normativa con un alto contenido de abstracción. Esa cuestión puede plantearse como control previo o posterior en orden a verificar la inconstitucionalidad. Este tipo de controles son parte del genérico control abstracto, esto es, aquel control que se produce al margen de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica. En tal sentido, todos los Tribunales han tenido que enfrentar tal tipo de dificultades. Quizás el problema de naturaleza abstracta de este control resida en la pre-comprensión que se tenga respecto de lo que mandata la propia Constitución.

No obstante, cada tribunal tiene su competencia acotada. El TC no conoce de todo asunto vinculado a la Constitución, sino sólo de aquellos que se le encarga resolver. Por lo mismo, no puede ir más allá. Tiene competencias expresas y taxativas. Sin embargo, no podemos desconocer que el contexto dogmático actual, proveniente tanto desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como desde teorías constitucionales, orienta o privilegia papeles más proactivos a sus tribunales constitucionales. Por lo mismo, pasamos de la Constitución como norma parámetro de control, al bloque de constitucionalidad, a la función complementaria de la legislación constitucional orgánica y, ahora al control de convencionalidad. Detrás de una pretensión demasiado activista se tiende a desformalizar el derecho en los cauces pedagógicos sobre los cuales nos formamos hace décadas atrás. El resultado de estas lógicas activistas

[20] COMANDUCCI, s.f.: 14. «En cuanto a los órganos que producen la constitución, en el tercer modelo, está claro que son, al menos en parte, diversos de los órganos que producen la constitución-documento. Se trata de órganos que, a través de la interpretación de la constitución-documento, determinan el significado variable de la constitución. Podría decirse que los productores de la constitución-disposición son, al menos en parte, diferentes de los que producen la constitución– norma. Estos últimos son aquéllos que, de hecho, y dentro de un determinado sistema político, tienen el poder de interpretar con autoridad la constitución-documento: del variable juego de las influencias y de los recíprocos condicionamientos de esos órganos brotará, de vez en cuando, el significado contingente de la constitución-documento, es decir, de la constitución como norma».

es que se impone es un control que se realiza desde normas demasiado abstractas.[21] Desde los derechos fundamentales, desde los valores superiores del ordenamiento o desde principios jurídicos, sea como se los denomine.[22] Un derecho de principios aplicados como control en la cúspide acentúa el efecto abstracto de control y respecto del cual hay «estrategias desde los valores».[23] El recurso a principios y valores superiores es el punto de partida de una interpretación, pero no puede servir de marco final para una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad respecto de normas que no se han desplegado en todas sus potencialidades interpretativas.[24] Una determinación así resuelta ingresa de manera directa en la disputa acerca de las valoraciones con las cuáles se invocan principios y valores superiores del ordenamiento. No es que no valgan estas consideraciones, sino que no pueden ser el único ni principal sustento para una declaración de inconstitucionalidad. Planteado así hay un problema con las tesis normativas del legislador en la concepción de la ley y no en los efectos mismos que plantea el texto normativo. En consecuencia, a un control abstracto no podemos agregar interpretativamente el recurso de la máxima abstracción para producir sentencias estimatorias. No es contradictorio que el mismo recurso pueda utilizarse para defender la constitucionalidad de las leyes, puesto que allí se defiende el pluralismo normativo que la Constitución cautela.

Una parte de este problema en extremo abstracto se acrecienta con la pretensión de transformar a los tribunales constitucionales en dirimentes de «guerras culturales».[25] El objetivo de diversos grupos sociales es litigar de un modo tal de obtener sentencias como un instrumento para apoyar que se decante el conflicto síntesis ideológico hacia un lado de la balanza. Habitualmente, esta dimensión se ha vuelto un problema creciente y los términos con los que se han acogido algunos requerimientos potencia conflictos sociales, más que los desalienta.

Estos son los casos que presentaré en este apartado. Uno estimado como inconstitucional por el Tribunal Constitucional el año 2021 y otro, fundado en la sentencia anterior, pero desestimado en el año 2024.

### CASO 2: La cuestión de las «guerras culturales»: el caso de la educación «no sexista»

La STC Rol 11.315/2021 corresponde a un requerimiento de control preventivo de constitucionalidad en la que se cuestionaban diversos aspectos de la Ley que establecía un sistema de garantías de los derechos de la niñez. Esta normativa derivó

---

[21] GARCIA, 2024: 149-157.

[22] Este es un asunto de extrema importancia interpretativa. Por todos ver ARZOZ, 2014: 122-145. QUERALT, 2008: 261-320. BARRANCO, 2009: 102-140. BOROWSKI, 2022: 39-47.

[23] BARRANCO: 2009: 115-116.

[24] DÍAZ, 1997: 35-70.

[25] RUBIO, 2023. COOPER, 2020 y COOPER, 2024.

en la Ley Nº 21.430 de 2022,[26] que era una ley de ejecución de la Convención de Derechos del Niño, largamente postergada.

En una de sus normas se abogaba por una «educación laica y no sexista», cuestión que fue impugnada por una minoría parlamentaria ante el Tribunal Constitucional.

El TC acogió este requerimiento sosteniendo la siguiente línea argumental:

1. La educación no sexista es un enfoque ideológico.
2. Dicha educación impone una interferencia regulatoria estatal excesiva.
3. Los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reflejaron un cambio de paradigma.
4. La educación no sexista es no neutral y excluyente de todas las dimensiones valóricas de la educación pluralista.
5. La enseñanza familiar se desarrolla desde las convicciones.
6. La educación no sexista elude y vuelve inútil o marginal el derecho preferente de los padres sobre la educación de sus hijos y su deber de realizarla.
7. Hay que agregar que también se impugnó el carácter «laico» de la educación el que fue desestimado por el Tribunal por dos razones. Uno porque ya estaba en el ordenamiento y, segundo, por una interpretación conforme que lo entendía respetuoso de toda expresión religiosa y pluralista.

El TC, en su mayoría, adoptó este criterio fundándolo en una definición de un documento interno de una Unidad de Género de una Universidad privada para definir este alcance de la siguiente manera:

> De esta forma, «el reclamo por una educación no sexista pone en el centro del debate un cuestionamiento al androcentrismo aún imperante en nuestra sociedad. El androcentrismo es una de las formas más generalizadas de sexismo y una de las de mayor impacto en la educación. Consiste en ver el mundo desde la perspectiva masculina, tomando al hombre y más específicamente, a cierto tipo de hombre (adulto, blanco, cis-género, heterosexual, urbano, etc.) como parámetro o modelo de lo humano. Es por esto que los desafíos de una educación no sexista implican reflexionar en torno al androcentrismo, al binarismo de género y a la heteronorma».[27]

Este argumento no viene de la deliberación del Congreso, sino que fue una búsqueda del propio TC, cerrando el argumento, indicando que:

[26] https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643

[27] STC 11.315/2021, c. 26º.

> «(…) presumiblemente, la cosmovisión valórica identificada previamente no es compartida por muchas familias y establecimientos de enseñanza escogidos por los padres para complementar la educación que se les entrega a sus hijos. No está en discusión el que la educación sexual y afectiva que se imparta pueda tener dicho tipo de orientación («laica no sexista»). Lo constitucionalmente reprochable es la exclusión de otras dimensiones valóricas sobre la materia. Esto afecta la libertad de enseñanza (en particular, el artículo 19, Nº 11º, inciso cuarto) y la libertad religiosa (expresada en el artículo 19, Nº 6º de la Constitución como «libertad de conciencia», «manifestación de todas las creencias» y «ejercicio libre de todos los cultos»). El contenido constitucional de la libertad religiosa, en lo pertinente a este caso, es bien capturado por el artículo 6º letra d) de la Ley Nº 19.638: «La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de: (…) d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí –y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado–, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Y de este modo, fue excluida la expresión «de carácter laico y no sexista» de una de las normas de esa ley.

Años después, en la ley que tenía por objeto ejecutar la Convención de Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer», conocida por sus siglas CEDAW se incorporó una referencia relativamente similar.

Y una minoría parlamentaria vino a cuestionar el carácter «no sexista» de la educación, en este caso, relativo a la educación formal que debían incorporar los programas y protocolos normativos con esas características.

En la STC 15.276/2024 el TC desestimó declarar la inconstitucionalidad de la expresión «no sexista», que integraba uno de los deberes de la enseñanza en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado en el proyecto que busca erradicar la violencia en contra de la mujer. La doctrina del fallo es la siguiente:

1. El proyecto debe vulnerar de modo efectivo e inevitable preceptos constitucionales preservando por deferencia el debate político sobre su alcance al Congreso.[28]
2. El «no sexismo» ni el sexismo están definidos en la legislación siendo esa su fortaleza al no estar encasillados en ideología alguna. Incluso bajo interpretación conforme a la Constitución puede entenderse perfectamente que el sexismo sea una discriminación por razón de sexo o que sea una forma de

[28] STC 15.276/2024, cc. 1° y 4°.

atentado a la igualdad en dignidad y derechos de las personas y su proscripción no atenta en contra de ninguna norma constitucional. [29]

3. El requerimiento no cuestionaba ninguna norma, sino que una expresión y una ideología supuesta que lo cobija, siendo un riesgo político más que jurídico. Tampoco cuestionaba en la misma norma ni el género ni la discriminación por género[30]. Tampoco explicaba nada sobre lo implicaba como «carga ideológica» no siendo razonable que dijera que era no neutral.[31]
4. El término «no sexista» admite una interpretación muy razonable emparentada con el no racismo o el no edadismo, todos los cuales admiten una evolución y encaje normativo en un contexto determinado. Van más allá de la igualdad ante la ley y operan en el ámbito de la no discriminación.[32]
5. La Constitución permite un parámetro legítimo con sus garantías de igualdad, dignidad y no discriminación y frente a un problema real y no forzado hay amparo frente a conflictos futuros que podrían llegar por vía de la inaplicabilidad.[33]
6. Una interpretación razonable, plausible, probable y lícita del no sexismo descarta una inconstitucionalidad abstracta especialmente si se inserta en la discusión de la erradicación de la violencia en contra de la mujer. «Puesto que en su desvaloración y subordinación al varón está el germen de la violencia a que se le puede someter». Incluso deben deconstruirse patrones patriarcales desde antes del proyecto de ley[34], exigiéndose (desde Belem do Pará) una educación libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad y subordinación.[35]
7. En síntesis, no es necesario tomar partido y entrar en un ejercicio interpretativo de colisiones o jerarquías de derechos. Los padres al amparo de la garantía constitucional no pueden justificar un supuesto derecho a enseñar a sus hijos ideas racistas, xenófobas, sexistas o en cualquier forma de discriminación.[36]

Sirva este contraste con los mismos términos entre la sentencia del 2021 y la del 2024, para verificar el alcance máximo de la abstracción y como señal de que no le compete a los TC hacerse parte de las «guerras culturales».

---

[29] STC 15.276/2024, c. 2° y 20°.
[30] STC 15.276/2024, cc. 3° y 4°.
[31] STC 15.276/2024, c. 13°.
[32] STC 15.276/2024, c. 7°.
[33] STC 15.276/2024, c. 11-12°
[34] STC 15.276/2024, cc. 15° y 16°.
[35] STC 15.276/2024, c. 17°.
[36] STC 15.276/2024, c. 20°.

**TERCERA TESIS: El control abstracto máximo, es el control previo de los proyectos de leyes sin agotar su debate interno**

En cuanto control abstracto la actividad interpretativa de los Tribunales Constitucionales ha sido cuestionada por los argumentos dados anteriormente. Pero hay controles dotados de mayor o menores grados de abstracción en la medida que se enfría el debate legislativo que dio origen a la ley.

Por de pronto, no es lo mismo el control de leyes que de proyectos de leyes. En éstos últimos se agudiza la dificultad. Se distinguen tres modalidades diferentes de control preventivo de proyectos de ley. «Cabe agruparlas en tres grandes técnicas (que no son incompatibles entre sí, e incluso en algunos casos como el portugués, se utilizan todas conjuntamente): controles previos conflictuales, controles previos abstractos y controles vetos»[37].

Los conflictuales se vinculan a lo que entenderíamos por nuestros lados como un control de compatibilidad entre normas de los Estados federados con las leyes federales al amparo de la Constitución[38] y los controles vetos no son sino expresiones del poder de veto del Presidente de la República que en el marco de un procedimiento legislativo introduce una consulta al Tribunal Constitucional para su resolución previa, modalidad originariamente portuguesa. No basta solamente identificar las vías dentro de las cuales pueden discutirse la constitucionalidad de proyectos de ley, sino que vale la pena especificar qué será lo controlado efectivamente. Es muy distinto participar al calor de un procedimiento legislativo inmediato y potencialmente reiterativo (control previo sin límite respecto del precepto del proyecto de ley a cuestionarse) que controles preventivos una vez agotada la deliberación legislativa o controles preventivos con ocasión de una observación o veto del Presidente de la República de una ley ya debatida.[39]

En todos los casos se está en medio de la deliberación gobierno/oposición, pero no se está de la misma forma. El control preventivo facultativo sin que esté agotada la deliberación legislativa tiene un alcance cuasi-consultivo y cuasi-jurisdiccional. Si se puede volver a presentar cuantos requerimientos sean necesarios desde el punto de vista de la oportunidad sin que el TC sepa que se agotó la discusión, la deliberación del TC deja de ser jurisdiccional pasando a ser una especie de cuasi-consulta.

Por eso, otros tribunales denominan más que sentencia, un dictamen, lo que demuestra que se está frente a una cosa juzgada debilitada o un informe consultivo

---

[37] Los conflictuales se refieren a aquellos casos «en los que normalmente los Gobiernos de la Federación instan, ante la jurisdicción constitucional, un control preventivo sobre normas de los Estados federados, bien en tramitación, bien aprobadas, pero antes de su entrada en vigor, con el objeto de comprobar si invaden competencias de la primera». VILLAVERDE, 2014: 32.

[38] No deja de ser interesante el caso de Italia que eliminó el control preventivo en el conflicto que mediaba entre la legislación regional y su Constitución (1999) basados en la incompatibilidad resultante de una auténtica autonomía y el capitis diminutio que importaba controles previos.

[39] El primer caso es el chileno, el segundo es el de la experiencia española desde 1979 a 1985 y el último la experiencia portuguesa o colombiana.

relevante pero consultivo, al fin y al cabo. En los otros casos, es consultivo respecto de quién promueve el veto, y jurisdiccional respecto del legislador. La graduación es esencial en la discusión, a lo menos, para huir de un modelo consultivo que torne en irrelevante la definición previa del Tribunal Constitucional y que introduzca amplios mecanismos de involucramiento en la politicidad y mérito de las razones de la ley.

### CASO 3: Las sentencias 2358/2012 y 2509/2013 sobre la televisión digital y la interdicción del *people meter*

Durante la tramitación de las nuevas reglas aplicables a la televisión digital terrestre, en su tránsito desde el modelo analógico hacia el digital, el Congreso Nacional realizó un examen ponderado de las normas que rigen la televisión. En particular, se examinó su calidad y varios parlamentarios atribuyeron a la existencia del *people meter* responsabilidad en la promoción de la «telebasura» que alguna TV abierta emitía. El *people meter* es un sistema de medición de la audiencia *on line*. Su uso masivo llevó a la existencia de una especie de programación dinámica de la televisión, a partir de los estímulos y señales que ésta entregaba.

Un grupo de parlamentarios, mientras se tramitaba este proyecto, recurrió al TC, en contra de la norma que incluyó la prohibición del *people meter online*[40] era una censura previa indirecta que la Constitución prohíbe en la protección de la libertad de expresión.

En la STC 2358/2012 se acogió el requerimiento, declarando la inconstitucionalidad del artículo del proyecto de ley que prohibía el *people meter online*. Sin embargo, no acogió la tesis de los requirentes de que tal prohibición constituyera una censura indirecta.[41] En cambio, se acogió porque vulneraba el derecho a «operar» estaciones de televisión[42] así como recordar la inconveniencia de «toda forma de interferencia estatal en los medios de comunicación social»,[43] vulnerando el artículo 19, numeral 12°, de la Constitución.

La tramitación continuó y se introdujo una regla que establecía el *people meter over nigth*, esto es, que el sistema de medición de audiencia se activaba desde las tres de la mañana, una vez emitido cada programa.[44] Nuevamente, una minoría parla-

---

[40] La norma ordenaba: «A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea».

[41] «Pero, también conceptualmente, la censura implica una interferencia previa (*prior restraint,* en el derecho constitucional norteamericano) a la emisión de la información o contenido, en este caso, del programa de televisión; por lo que no puede aceptarse que la prohibición de audímetro sea inconstitucional por este motivo en la especie» STC 2358/2012, c. 12°.

[42] STC 2358/2012, c. 14°.

[43] STC 2358/2012, c. 18°.

[44] «Los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, sólo podrán solicitar o generar información de medición de audiencia, a contar de las 3:00 horas del día siguiente de haberse emitido el programa del cual se trate. A lo dispuesto

mentaria recurrió sosteniendo que esta modalidad, en los hechos era vulnerar la sentencia anterior, porque esta regulación era lo mismo que prohibirlo. Los requirentes señalan que, tras el fallo, las modificaciones introducidas al proyecto no son más que un «maquillaje» del efecto que produce la norma impugnada, esto es, la prohibición absoluta del uso de sistemas de medición en línea. En consecuencia, pidieron declarar la inconstitucionalidad por los mismos motivos.

La STC 2509/2013 se resuelve nueve meses después de la anterior. Se recurrió contra el mismo proyecto de ley y el TC nuevamente acogió declarando la inconstitucionalidad de esa norma legal por ser una intervención sobre la libertad en la «operación» de los canales de televisión, aunque excluyó la censura indirecta.

El problema de este caso es doble. Primero, la intervención sucesiva y modeladora del TC sin respetar las reglas de la propia tramitación interna de la ley. Y segundo, la recurrencia a un método cuasi-consultivo para fortalecer la minoría parlamentaria.

El método de apoyo de la minoría parlamentaria sobre la base de sentencias del TC es un mecanismo impropio del procedimiento democrático. Es cierto que la Constitución no establece un elemento inicial como para requerir al TC, sin embargo, debe haber dos condiciones básicas: controversia constitucional y norma. En este caso, sólo había una controversia política y que se producía al interior de un organismo político: la Comisión Mixta que es el organismo intercamaral del bicameralismo destinado a ofrecer la forma y modo para resolver un conflicto en torno a un proyecto de ley donde existan diferencias entre ambas cámaras.

Mientras haya Comisión Mixta, el precepto aún no existe como tal en el proyecto, y además, no se sabía a ciencia cierta si la disposición impugnada, iba o no a formar parte de la propuesta de la Comisión, o si la redacción va a ser distinta.

La competencia de la Comisión Mixta tiene como punto de partida las disposiciones que han dado origen a la controversia entre ambas Cámaras, pero no se limita exclusivamente al análisis de las mismas. Para cumplir su finalidad de proponer una solución posible a la disputa producida entre la Cámara de Diputados y el Senado, y dada su naturaleza eminentemente política, si fuere necesario para alcanzar acuerdo en la solución, la Comisión Mixta puede plantear la introducción de nuevos artículos, o modificar o suprimir alguno de los ya aprobados, siempre que exista entre todas sus sugerencias un nexo armónico, que ellas se enmarquen dentro de las ideas matrices del proyecto de ley en discusión y que no se refieran a materias reservadas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, salvo que éste haya formulado alguna indicación habilitando a la Comisión.

Por lo demás, tal ha sido la práctica legislativa de las comisiones mixtas desde que la actual Constitución entrara en plena vigencia. Por esto, este fue un cuestionamiento que se ha formulado a la generación de la norma, sin que fuere razonable tan solo ha-

---

en el presente inciso, se aplicará lo señalado en el artículo 33 en caso de incumplimiento». Ello implicaba un régimen de sanciones.

ber recurrido al TC, porque se lo sometió a una especie de organismo cuasi-consultivo y no un organismo que resuelve conflicto de relevancia constitucional.

**CUARTA TESIS: Nuestra idea de un legislador negativo ha dado pasos a una reconstrucción del TC como legislador positivo**

El diseño liberal del no legislador. Los TC nacen en Europa como una respuesta técnica al desafío de no permitir que ningún órgano se imponga a las decisiones del Parlamento que contraríen la Constitución. Con su creación se evitó conscientemente el camino estadounidense que desde 1803 imponía un modo de supremacía judicial de la Constitución.

En el modelo liberal decimonónico tal pretensión importaba una vulneración del principio de división de poderes que sostenía la prohibición de que los jueces y los tribunales ordinarios declarasen inaplicable la sacrosanta ley como ejercicio máximo de la soberanía parlamentaria.[45] Por ende, debía haber un método que permitiese controlar las leyes a la luz de la Constitución, sin afectar la división de poderes establecida. Un órgano con estructura judicial pero que, actuando como un poder legislativo negativo, permitiese realizar una operación quirúrgica sobre la ley afectada de un vicio constitucional extirpando el tumor inconstitucional. Para ello se adoptaron los mecanismos de control concentrado de constitucionalidad, pero sobre leyes y no sobre proyectos de ley. Si bien la modalidad de control preventivo de constitucionalidad tiene algunos precedentes en anteproyectos que se discutieron en el marco de la estabilización de la República de Weimar[46], lo cierto es que no podemos encontrar palabra alguna de Hans Kelsen ni en general en los modelos que tuvieron vigencia real en la década del veinte del siglo pasado centrados en un control concentrado de constitucionalidad que hubieran abierto un espacio para el examen de proyectos de ley.

Este diseño institucional pone al TC de frente al legislador desde el momento originario. Como nos recuerda Kelsen, «una Constitución en la que no se contenga la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico»; así como que «la justicia constitucional tiene una importancia de primer orden en los regímenes democráticos, donde las instituciones de control son una condición de su existencia».[47] Con esto se mantenía un

[45] AJÁ, Eliseo (editor), (1998), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel, Barcelona, p. 258.

[46] Ver en particular el anteproyecto Kulz de junio de 1926 en que se propone una modalidad específica de control previo de carácter consultivo. Ver CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987), La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 170-211.

[47] KELSEN, 2011: 295.

poder jurisdiccional que revestido de poderes anulatorios podía reforzar el Estado de Derecho con contenidos compatibles con el propio orden constitucional que todos defendían. Esto consagró el mito del TC como legislador negativo, pero cabe preguntarse si ese diseño realmente existe hoy. El control preventivo sobre proyectos de ley tiene raíz francesa y es una fórmula excepcional de control de constitucionalidad que introduce mayor politicidad a la relación del Tribunal Constitucional con el legislador.

### CASO 4: la reconstrucción normativa del cuestionamiento: el caso de la objeción de conciencia institucional en la STC 3729/2017

La objeción de conciencia ingresó a nuestro ordenamiento de la mano de la despenalización del aborto y el establecimiento de prestaciones médicas definidas en tres causales específicas. La Ley N° 21.030 que «regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales», fue aprobada en septiembre de 2017 y durante la discusión legislativa, el Congreso Nacional aprobó únicamente una objeción de conciencia personal para los médicos que intervenían en el pabellón en el caso de producirse una de las tres causales que autorizaban la interrupción del embarazo, a saber, riesgo vital para la salud de la madre, inviabilidad fetal y violación.

Una minoría parlamentaria requirió al Tribunal Constitucional para objetar completa e integralmente toda la ley de aborto por tres causales, salvo el reconocimiento de un programa de acompañamiento a la mujer embarazada, y para ampliar la objeción de conciencia a todo el equipo médico y a las instituciones donde trabajaban.

La STC 3729/2017 del Tribunal Constitucional se dio en un contexto ampliamente mediático y controversial. En esencia, decidió tres cuestiones con dos mayorías diversas. Por una parte, en una perspectiva más deferente con el legislador, determinó la constitucionalidad de las tres causales de aborto: riesgo vital para la madre, inviabilidad fetal y violación. Y, por otro lado, en una perspectiva crítica con la legislación, amplió la objeción de conciencia, que el legislador venía reconociendo solamente a los médicos que intervenían en el pabellón y lo hizo extensivo a todo el equipo médico. Y, finalmente, en su decisión más polémica estableció la objeción de conciencia institucional (de ahora en adelante OCI) mediante un método que ha sido cuestionado no solo por ser pretoriano, sino que por su uso como técnica legislativa.

En efecto, el legislador había incluido dentro de las reglas de la objeción de conciencia una idea nítidamente restrictiva. En tal sentido, dispuso que:

> «La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución».

Una mayoría del TC declaró inconstitucional la expresión: «en ningún caso» y transformó una idea negativa en una positiva, creando una nueva regla:

«La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución».[48]

De este modo, ingresa al ordenamiento nacional la noción de OCI, cuando el propósito del legislador fue exactamente el inverso que, regulado en términos prohibitivos, concluyó en una norma enteramente permisiva para interponerla. Se diría que dentro de los escenarios posibles no estaba esta interpretación, configurando en esta parte la STC N° 3729/2017, una creación pretoriana más que una decisión puramente cognitiva.[49]

El punto de partida de la interpretación de esta parte de la sentencia reconoce que es la propia dignidad humana la fuente original de la objeción de conciencia. En tal sentido, ésta la interponen o reivindican personas individuales.

La Sentencia plantea que «no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir».[50]

De este modo, se reconoció que habría «comunicabilidad» entre la OC correspondiente de los profesionales que se ven enfrentados a ese dilema a la institución en la que trabajan. De este modo, si se le reconoce a los profesionales médicos de un hospital, «debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que –individualmente o proyectada en su asociación con otros– se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia».[51] Obsérvese que, en este razonamiento, funda en la asociatividad profesional que dimana de la propia dignidad humana.

Esta «comunicabilidad» es una especie de ejercicio de ida y vuelta por dos razones que no explicita. Primero, por aparecer como algo «evidente» que la OC «no se agota en el orden individual»[52] y puede ser invocada por personas jurídicas. Y la segunda conexión es que, existiendo instituciones con ideario, en lo que corresponde, «estás se proyectan al ámbito de la salud».[53]

Finalmente, utiliza algunas sentencias de cortes internacionales de derechos humanos y pronunciamientos políticos del Consejo de Europa para establecer la exigencia

---

[48] Actualmente parte del artículo 119 ter del Código Sanitario que regula la objeción de conciencia y que se encuentra en https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237

[49] GUASTINI, 2017: 91-97.

[50] STC 3729/2017, c. 135°

[51] STC 3729/2017, c. 131°.

[52] STC 3729/2017, c. 136°.

[53] «E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental». STC 3729/2017, c. 136°.

de regulación de la objeción de conciencia. Nos detendremos en el uso de fuentes. Primero, utiliza el caso P.S. vs Polonia para apoyarse en torno a la necesidad de regular la objeción de conciencia cuando justamente el sentido de ese fallo tiene que ver con el acceso efectivo al aborto legal en el caso de una menor de edad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la base que hay necesidad de objeción de conciencia médica porque debe haber un reconocimiento al aborto, que debe haber resguardos para la derivación; que no debe haber impedimentos prácticos y que no es título legítimo ni la edad de la menor ni la supervisión educativa para impedirle ejercer el derecho al aborto legal seguro.[54] En consecuencia, los fundamentos de ese fallo colisionan con el sentido del reconocimiento de la OCI sin perjuicio de realizar un examen aislado de la completa jurisprudencia del TEDH sobre la materia en un sentido contrario al indicado acá.[55] En segundo lugar, el uso de una referencia a un acuerdo político del Consejo de Europa también es errado. Esencialmente, porque dicho acuerdo era una respuesta a la Resolución 1607 (2008), del mismo organismo por el cual se invitaba a los Estados a garantizar el efectivo derecho de las mujeres a acceder a un aborto sin riesgos, eliminando de hecho y derecho los obstáculos que lo impidieran. La decisión del 2010, más allá de su compleja aprobación, venía precedida de un acuerdo, resolución y recomendación de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Familia que recomendó ese mismo año que se aseguraran los derechos de los pacientes y la libertad de pensamiento de los facultativos, invitando a los países a una interpretación restrictiva de la OC personal. A su turno, la Resolución 1763 (2010), se centra en la objeción de conciencia, pide su regulación porque puede afectar su desregulación para el ejercicio oportuno de la atención a las mujeres, especialmente en zonas rurales, que pidan un aborto, indica el deber de derivación médica y respecto de la eventual OCI, la única potencial referencia no es un reconocimiento de la objeción.[56] Adicionalmente una pequeña referencia del

---

[54] file:///C:/Users/TcChile/Downloads/gjo-psvpoland-en-pdf.pdf

[55] Ver sentencias del TEDH Eweida y Otros c. Reino Unido, nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013; R. R. c. Polonia, nº 27617/04, 26 de mayo de 2011; P. y S. c. Polonia, nº 57375/08, 30 de octubre de 2012; Tysiąc c. Polonia, nº 5410/03, 20 de marzo 2007. Además, Erçep c. Turquía, nº 43965/04, 22 de noviembre de 2011; Bukharatyan c. Armenia, nº 37819/03, 10 de enero de 2012; Tsaturyan c. Armenia, nº 37821/03, 10 de enero de 2012; Feti Demirtaş c. Turquía, nº 5260/07, 17 de enero de 2012; Buldu y Otros c. Turquía, nº 14017/08, 3 de junio de 2014; Savda c. Turquía, nº 42730/05, 12 de junio de 2012; Tarhan c. Turquía, nº 9078/06, 17 de julio de 2012. Si bien no se refieren todas a objeción de conciencia en casos de aborto sí abarca a esta institución en casos de servicio militar y fundan una dimensión restrictiva de la misma, siendo lo más relevante el carácter derrotable de su invocación.

[56] «Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, *la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón», Resolución 1763 (2010) del Consejo de Europa. Su compleja y contradictoria aprobación la podemos encontrar con más detalle en CAPODIFERRO CUBERO, 2017: 80-81.*

caso Cantos vs. Argentina[57], a objeto de ilustrar la perspectiva excepcional con la cual las personas jurídicas tendrían derecho en el sistema interamericano de derechos humanos, obviando integralmente la Opinión Consultiva N° 22, en donde la Corte IDH dedica el examen completo a ese tema, especialmente cuando una de sus conclusiones es que cada derecho implica un análisis distinto en cuanto a su contenido y forma de realización.[58] La Corte concluyó que no es viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica. Por último, cabe indicar que la perspectiva que deba regularse la OC nada indica que obligatoria, necesaria o esencialmente se exija establecer la OCI.

**QUINTA TESIS: El control preventivo de constitucionalidad francés evolucionó hacia un modelo mixto, como una forma de pretender enfrentar los inconvenientes de ese tipo de control**

Revisaremos la influencia francesa del control previo. Para enfrentar este dilema hay dos maneras de hacerlo: se examina a fondo los mecanismos de control previo y sus efectos[59] o se estudian aritméticamente. Hay que partir reconociendo como lo hacen algunos autores que la experiencia del control preventivo está más presente que ausente en los ordenamientos comparados.[60] Y efectivamente, cerca de 61 países tienen alguna modalidad de control preventivo de fuentes del derecho sobre 149 países con algún modelo de control de constitucionalidad.[61] Descartando a los tratados internacionales, el número de países que controla proyectos de ley mediante Cortes Constitucionales especializadas se reduce significativamente. Muchos de ellos, son africanos[62] por influencia directa del modelo de control de la Constitución francesa de 1958. En nuestra región alguna modalidad de esta naturaleza la tiene las Constituciones de Bolivia, Colombia y Ecuador. Y en Europa cabe destacar el caso originario de Francia y, por supuesto, el caso de Portugal. Sin embargo, la dimensión geográfica no basta para entenderlo como

[57] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

[58] https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_22_esp.pdf

[59] Asumiremos la definición de control que da Miguel Ángel Alegre entendiendo por tal «aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los órganos encargados de control de constitucionalidad cuando les es sometido (bien por los sujetos legitimados en cada caso, bien con carácter preceptivo) un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor». Ver ALEGRE, s.f.: 11.

[60] VILLAVERDE, 2014: 31.

[61] DELAVEAU, 2021.

[62] Algunos de los ejemplos son Costa de Marfil (2016), Madagascar (2010), Gabón (1991), República del Congo (2015), República democrática del Congo (2005), República Centroafricana (2016), Burkina Faso (1991), etc. «El control a priori no ha tenido excesivo éxito, excepto en los ordenamientos que sufrieron la dominación colonial de Francia o, en cualquier caso, influencias de otra naturaleza». PEGORARO, 2004: 65.

un mecanismo consolidado puesto que tiene matices en su tipología de explicación. En síntesis, a los efectos que nos interesa el caso relevante es el enjuiciamiento de los resultados de los controles preventivos abstractos. Cabe tomar el caso francés y realizar una brevísima comparación con la modalidad chilena de control preventivo.

El artículo 61 de la Constitución de Francia regula la materia del control preventivo abstracto[63]. Si bien la recepción de esta regla en la Constitución chilena es nítida no se trata de un trasplante idéntico, sino que de una adaptación que obliga a precisar las diferencias entre ambas. Primero, ambas Constituciones arbitran una modalidad obligatoria y una facultativa. En segundo lugar, los cuerpos normativos objeto de control son disímiles dependiendo de controles preceptivos o voluntarios. En los obligatorios, en Francia se consulta las leyes orgánicas, las proposiciones de ley y los reglamentos parlamentarios. En el caso chileno, son las leyes orgánicas constitucionales, los tratados internacionales en materias de ley orgánica constitucional y las leyes interpretativas de la Constitución. En tercer lugar, el momento para realizar el control facultativo es distinto. El caso francés exige que sea «antes de su promulgación». Sin embargo, se trata de casos en dónde ha concluido la deliberación de la ley. No se entiende a cualquier momento de su tramitación. Y, por último, son relevantes los efectos. En Francia si se declara su inconstitucionalidad, la ley no es promulgada y su declaración de inconstitucionalidad rige desde el momento de la sentencia o puede diferirse en el tiempo a «una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse».[64] En cambio, el caso chileno es rígido y el precepto cuestionado «no podrá convertirse en ley en el proyecto»[65]. Habría certezas respecto de la constitucionalidad de todos los mandatos normativos de toda la legislación. Sin embargo, un modelo absolutamente preventivo no existe por la sencilla razón que el modelo más puro, que es el caso francés[66], nunca abarcó toda la legislación y porque

---

[63] Artículo 61 de la Constitución de Francia de 1958: Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

[64] Artículo 62 de la Constitución de Francia.

[65] Artículo 94 de la Constitución de Chile.

[66] «La pureza del modelo francés es más bien la excepción en el derecho comparado, donde abundan los supuestos de acumulación de los controles preventivos y posterior. (...) El Consejo Constitucional francés no regula o controla toda la actividad normativa de los poderes públicos, sino solamente aquella que tiene por objeto la producción de los actos fundamentales e inmediatos a la Constitución». MODERNE, 1993: 441.

ha sido matizado con el agregado constitucional de nuevos mecanismos de control a posteriori. Por una parte, introduciendo la fórmula de revisión de leyes ya controladas mediante decisión pretoriana del propio Consejo Constitucional y, por otra, incorporando el método de la cuestión prioritaria de constitucionalidad.[67]

**CASO 5: La sobre explotación del control preventivo: la frustrada ampliación de las potestades administrativas del Servicio Nacional del Consumidor**

En la STC 4012/2017, en un control preventivo y obligatorio de la Ley Nº 19.469 sobre derechos de los consumidores, el legislador realizó una reforma amplia al Servicio Nacional del Consumidor, amplificando sus funciones. En efecto, pasó de un ejercicio encaminado a desarrollar una acción preventiva y fiscalizadora en la materia, consistente esta última en la obligación de poner en conocimiento de los tribunales las infracciones a la presente ley a una función de acoger denuncias y resolver reclamaciones en sede administrativa. Adicionalmente, se mantuvo la opción de recurrir a los tribunales para denunciar o defenderse. A esta gran reforma en materia de derechos de los consumidores se le conoció como un «Sernac con dientes» porque ahora sí podría fiscalizar frente a los abusos en las relaciones de consumo, especialmente, de servicios financieros.

Con independencia de si estos contenciosos entre consumidores y proveedores se habrían de dirimir por un servicio público o por el juzgado competente, una mayoría del TC realizó una gran determinación previa al estimar que esto era una función inherentemente jurisdiccional.[68] Y, por consiguiente, como sustituto o alternativo a lo jurisdiccional tenía amplias atribuciones para conocer el proyecto de ley, y no sólo aquellas materias que el Congreso le consultaba como propias de LOC.

El dilema de origen es que lo regulado eran las atribuciones de un servicio público, las que son materia de ley simple.[69]

En la STC 4012/2017 una mayoría del Tribunal declaró que buena parte del proyecto de ley era inconstitucional porque el proyecto otorgaría funciones jurisdiccionales propiamente tales al Sernac vulnerando los artículos 19, numeral 3° inciso sexto y 76 de la Constitución. Asimismo, transgredía el modelo organizativo de atribuciones del Sernac delineado en la Ley N° 19.496 que distingue funciones administrativas

[67] Artículo 61-1 de la Constitución de Francia que innovó en su modelo de control de constitucionalidad a través de la ley constitucional N° 2008-724 de 23 de julio de 2008.

[68] Es materia de LOC el artículo 77 de la Constitución que indica «una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República».

[69] Art. 65, numeral 2º de la Constitución: «Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva (de los proyectos de leyes) para: (…) 2º.– Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones».

propias de un servicio público y jurisdiccionales correspondientes a los tribunales. Los únicos llamados a ejercer las funciones conservadoras de derechos son los tribunales de justicia y porque el modelo alternativo de abrir una vía previa de resolución de conflictos en sede administrativa implica una confusión de poderes y, finalmente, porque el Sernac es un organismo parcial porque defiende a los consumidores contra los derechos de los proveedores.

Este caso es muy interesante por los enormes efectos sociales de la sentencia al desproteger los derechos legales de los consumidores, los que no están establecidos en nuestra Constitución. Y, adicionalmente, por representar un exceso del sobre control preventivo en sus métodos, por el control del mérito, por su excepcionalidad como control y en sus interpretaciones. Esta explicación quedó plasmada en el voto de minoría.

Por el método, el examen del TC no fue normativo, sino que fue «por ideas», del mismo modo en que se delibera en el Congreso lo que es una cuestión de mérito no de constitucionalidad. Así hubo deliberaciones sobre los siguientes tópicos del proyecto: «vía administrativa o judicial»; «potestad fiscalizadora del Sernac»; «potestad sancionadora del Sernac»; «potestad normativa del Sernac»; «poder intermediador del Sernac»; «nuevas atribuciones del Sernac que se quitan a Tribunales»; «atribuciones judiciales»; «materias administrativas»; «municipalidades» y «Código Orgánico de Tribunales».

Ello deriva en un modo de concebir el control preventivo obligatorio como un «supercontrol», en circunstancias que existe en nuestro ordenamiento la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso concreto. Por tanto, irrogarle superpoderes al control preventivo obligatorio es sobreexigir la Constitución en aspectos que no son pacíficos. Y si es que una mayoría del Tribunal Constitucional es la que se otorga esta condición da una señal para que se proceda de la misma manera en contra de toda la institucionalidad.

Por el mérito, el examen fue excedido sobre la condición de orgánica constitucional del proyecto en asuntos de ley. Para resolverlo se recurrió a una extensión de competencia mediante interpretaciones elásticas sobre «complemento indispensable» de un precepto orgánico constitucional o simplemente por «contradicción con un principio» orgánico constitucional. En los hechos, las materias propias de LOC consultadas por el Congreso pasó de un 19% del proyecto a examinar un 42% del mismo. El complemento supera lo principal y lo indispensable se aplica con desmesura más allá de lo necesario.

En el mérito, el legislador no asignó funciones jurisdiccionales al Sernac.

En asuntos de mérito, se reprochó la orientación del Sernac a favor de los consumidores como parcialidad. Ese reproche puede ser equivalente al derecho civil profamilia o interés superior del niño o al derecho laboral pro operario.

El control preventivo obligatorio de las leyes es excepcional. Al observar el panorama general e histórico del control preventivo en Chile, es claro que una mínima parte de las leyes publicadas cada año son controladas por el Tribunal Constitucional. Entre

los años 1990 y 2016 solo un 25,6% de las leyes publicadas fueron examinadas por el Tribunal, lo que permite colegir que, en promedio, sólo una cuarta parte de las leyes regula materias que la Constitución encomienda a leyes orgánicas.

Esta fue una decisión refundacional e interpretativamente reduccionista de las atribuciones de la función administrativa. Afectó la legislación vigente y el proceso legislativo en el futuro. La refundación descrita pone en entredicho la función administrativa, debilitándola y minimizándola, en perjuicio del interés general. Del mismo modo, borra las fronteras entre leyes comunes y orgánicas, deformando el mandato constitucional y entorpeciendo la creación democrática de las leyes, al agravar los quórums de la aprobación de las leyes simples.[70]

Interpretativamente, es perfectamente posible admitir la vía administrativa como alternativa a la vía judicial en materia de derechos del consumidor. Por lo mismo, el proyecto de ley no otorga ni agrega funciones jurisdiccionales al Sernac. No ejercerá jurisdicción porque sus decisiones son actos administrativos que no corresponden a actos finales, no constituyen instancia, y no producen efecto de cosa juzgada. En contra de las decisiones del director regional del Sernac proceden recursos administrativos y además una reclamación de ilegalidad ante el Juzgado de Policía Local competente. Esta Magistratura ha establecido que un elemento esencial del contencioso administrativo es la revisión jurisdiccional. «...se desprende del artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, cuando a propósito de lo contencioso-administrativo establece que «Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley»: es la ley quien debe definir cuál es ese tribunal, de modo que si esa ley no se dicta, corresponde a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de tales asuntos. El Sernac tiene como función velar por el cumplimiento de las normas que dicen relación con el consumidor, «difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor». (artículo 58 de la Ley N° 19.496). La Constitución no predetermina un modelo de organización administrativa que preserve determinadas materias fijas e inmutables para un servicio sin que pueda salirse de ellas. En los dilemas de alternatividad administrativa o jurisdiccional, bajo una apariencia de sustracción de atribuciones jurisdiccionales de los tribunales de justicia, en realidad no hay tal dilema. La vía alternativa no sustituye ni incide en la vía jurisdiccional, sino que amplía los derechos de reclamación de los consumidores y de los proveedores. El modelo alternativo es perfectamente constitucional porque ésta articula dos preceptos para la pluralidad de solución de conflictos normativos. La vía administrativa con su garantía del artículo 38 y la vía judicial, por su competencia material del artículo 76 de la Carta Fundamental.

[70] Al momento del caso Sernac en el año 2017 el quórum de aprobación, modificación y derogación de las leyes orgánicas constitucionales (LOC) era de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. Y el quórum de las leyes simples, es la mayoría de los presentes. Una reforma constitucional del año 2022 redujo el quórum de las LOC a mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

En síntesis, la Constitución garantiza separación de poderes y control jurisdiccional como elementos concurrentes del Estado de Derecho.[71]

**SEXTA TESIS: más vale la pena curar que prevenir o el equilibrio antidemocrático y antiautocrático**

El inconveniente esencial al que reconducen estas críticas es la politización del TC y al incremento de la fórmula del gobierno de los jueces. Aquí no hay equiparación posible con la medicina preventiva versus la medicina curativa. La prevención sanitaria puede arrastrar al médico al centro de la controversia sobre su arte o ciencia. Como dice Pérez Royo, «a pesar de las ventajas que aparentemente ofrece el principio de más vale prevenir que curar, es precisamente por esto: por la imposibilidad casi absoluta en la práctica de que un TC no acabe cayendo en la tentación de invadir la esfera del legislador, trastocando el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por el constituyente. Frente a una ley ya vigente la prudencia del TC tiene que ser forzosamente muy superior a la que necesita para enjuiciar un proyecto que todavía tiene que entrar en vigor. Asimismo, la tentación de corregir al legislador es más fácilmente resistible en un caso que en otro»[72]. Al igual que en materia de libertad de expresión resulta de mejor modo compatible con el proceso democrático curar que prevenir. La idea de curar más que prevenir no es algo que debamos lamentar como fruto de los resultados. A veces es el mejor modo para defender derechos. Por ejemplo, hoy es esencial en libertad de expresión, por más que se alienten los límites previos a determinados discursos, lo cierto es que es mejor para todos, para la veracidad, para el diálogo y para la democracia; que sancionemos las ulteriores consecuencias y evitemos toda prevención sancionadora que denominamos censura. Ahí también vale más la pena curar que prevenir. A eso le debemos agregar que el control preventivo obligatorio no da garantías de perfecta imparcialidad; no tiene legislación de respaldo que permita analizar la constitucionalidad de otras normas ligadas a un asunto principal, como sucede en el caso de los invitados a este Seminario. En Alemania existe porque el artículo 78 de la Ley Orgánica del TC que le permite expresamente esa extensión. En España, también se produce por «conexión o consecuencia» (artículo 39 de la LOTC).

**CASO 6: El voto dirimente y la ausencia de la presunción de legitimidad de las leyes**

Mi último ejemplo, no es un caso, sino que es la suma de muchos de ellos que se producen con ocasión de las decisiones del pleno del TC en controles preventivos de constitucionalidad en donde existe voto dirimente del Presidente o Presidenta del TC.

[71] Voto disidente de la STC 4012/2017.

[72] La experiencia española del Recurso Previo de Inconstitucionalidad no ha hecho sino confirmarlo. PÉREZ, 1986: 158.

Esta cuestión es central porque fuera de la propia Constitución y de la presunción con la cual está revestido el debate democrático, la postura que adopte la cabeza institucional del TC termina dirimiendo a favor o en contra de la constitucionalidad de un determinado precepto de ley.

En mi concepto, ello no se deriva de la Constitución la que sólo identifica una dimensión de funciones para el TC. Cuando la Constitución define las funciones del TC indica «ejercer el control de constitucionalidad de las leyes»[73] y «resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley».[74] Cuando la Constitución quiere definir un quórum diferente así lo indica: «resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal (…)».[75] Y «resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal (…)».[76] En ninguna de las demás atribuciones está referido un quórum. ¿Por qué existe entonces el voto dirimente?

En mi concepto, no se deduce directamente de la Constitución, sino que fue consagrado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la que reguló los empates, habida cuenta de la integración par de diez magistrados. En esa opción, sin un fundamento sólido, acogió la idea de que el empate lo dirime quien ocupa temporalmente la presidencia. Ese podría ser el criterio en un organismo colegiado, pero no en uno de naturaleza constitucional sin atender al fondo de lo que se está controlando: un proyecto de ley donde está en juego la representación democrática transformada en una ley potencial.

Así como los actos administrativos «gozan de presunción de legalidad»[77], debiera acontecer lo mismo en relación con la presunción de constitucionalidad[78] de los proyectos de ley en cuanto están próximos a obtenerla. Ferreres defiende una presunción de fuerza moderada, la que podría aún ser más débil tratándose de un proyecto de ley. No obstante, se trata habitualmente de proyectos de ley que van a control obligatorio una vez concluida su tramitación. Si bien éste no es un ejercicio propio de las sentencias del Tribunal y, más bien, es un efecto de las reglas orgánicas.

El artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997 establece las atribuciones del Presidente de esta Magistratura y, entre ellas, se encuentra la señalada en su letra g): «Dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política».

La referida letra g) del artículo 8° tiene el texto que le diera la ley de N° 20.381, de 2009, que modificó la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitu-

[73] Art. 93, numeral 1° de la Constitución.
[74] Art. 93, numeral 3° de la Constitución.
[75] Art. 93, numeral 6° de la Constitución.
[76] Art. 93, numeral 7° de la Constitución.
[77] Art. 3° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.
[78] FERRERES, 1997: 141-242.

cional. Su origen se halla en el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 18 de enero de 2006, que propuso modificar la regla original –que facultaba al Presidente de esta Magistratura para dirimir los empates a través de su voto decisorio– para adaptarla a las nuevas atribuciones que se le confiaron al Tribunal por la ley de reforma constitucional de la ley N° 20.050. Tal Informe expresó al efecto que «el Presidente dirime con su voto los empates producidos en las votaciones de las materias discutidas, exceptuando de tales reglas los asuntos referidos a la declaración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de un precepto legal, atendido que en estos casos se requieren los quórum que establece la Constitución».

Ello deriva a que en su origen se contemplaba la facultad del Presidente del TC de dirimir empates, la que fue estimada constitucional, en 1981, bajo pleno régimen militar.

En consecuencia, estimo que este dilema debe ser revisitado con una teoría democrática sólida del valor de la ley y cambiar la jurisprudencia inicial.

En definitiva, no es extraño que desde el año 2010, se sostenga un cierto réquiem del control preventivo en Chile desde hace diez años atrás.[79]Y quizás para examinarlo hay que volver al origen. En el texto de 1928 en dónde Kelsen explica la garantía jurisdiccional de la Constitución, nos recuerda que el modelo a aplicar es una «gran antítesis de la democracia y de la autocracia». Desde siempre esa síntesis debe ser la dominante. Es contrademocrático por el método y es contraautocrático por los derechos. La deferencia con el legislador implica que el ejercicio de la supremacía constitucional se entienda como una «supremacía de la legitimidad» en una distribución de funciones dada por la propia Constitución, como diría Andreas Voskhüle, Presidente del TCFA alemán, una «supremacía de legitimidad» dada por la misma Constitución que delimita todos los poderes. No sólo ser antidemocrático como método, sino que también anti-autocrático en la cada vez más difícil defensa de las democracias pluralistas.

## BIBLIOGRAFÍA

AJÁ, Eliseo (editor), (1998), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel, Barcelona.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (s.f.), «El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad de España: experiencias y perspectivas», en Estudios homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (2016), «El recurso previo de inconstitucionalidad según la ley orgánica 12/2015: un regreso esperado, una reforma insuficiente» en Revista de Derecho Político, N° 97, 2016, UNED.

[79] VERDUGO, 2010: 209.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2014), La concretización y actualización de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BARRANCO, María del Carmen (2009), Teoría del derecho y derechos fundamentales, Palestra, Lima.

BICKEL, Alexander (1962), The least dangerous branch, Yale University Press.

BOROWSKI, Martin (2022), Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales, Tirant lo blanch, Ciudad de México.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2005), La acción abstracta de inconstitucionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México.

*CAPODIFERRO CUBERO, Daniel (2017), «El tratamiento de la objeción de conciencia en el Consejo de Europa», ILU, Revista de Ciencia de las Religiones, 22, Universidad Complutense de Madrid.*

COMANDUCCI, Paolo (s.f.), Modelos e interpretación de la Constitución.

COOPER, Melinda (2020): *Los valores de la familia. Entre el neoliberalismo y el nuevo social-conservadurismo* (Madrid: Traficantes de sueños).

COOPER, Melinda (2024): *Counterrevolution. Extravagance and austerity in public finance*. (Nueva York: Zone books. Near futures).

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987), La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo. «Control de Constitucionalidad: Análisis Empírico desde el Derecho Comparado». Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 67, Santiago.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1997), Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

FERRERES COMELLA, Víctor (1997), Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GARCIA PINO, Gonzalo (2024), El postconstitucionalismo chileno. Una radiografía del estado actual de la Constitución, DER Ediciones, Santiago.

GUASTINI, Riccardo (2017), Teoría analítica del derecho, Zela Grupo Editorial, Perú.

HESSE, Konrad (2011), *Escritos de Derecho Constitucional*, Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

KELSEN, Hans (2011), «La garantía jurisdiccional de la Constitución» Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, Madrid.

MODERNE, Franck (1993), «El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea», Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, Universidad Católica de Chile, Santiago.

MORESO, Juan José (1998), Derechos y justicia procesal imperfecta, Working papers Nº 139, Barcelona.

PEGORARO, Lucio (2004), La justicia constitucional. Una perspectiva comparada, Editorial Dykinson, Madrid.

PÉREZ ROYO, Javier (1986) «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», Revista Española de Derecho Constitucional, N° 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PONCE DE LEÓN, Viviana y SOTO, Pablo (eds.) (2021), El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre sus prácticas y su jurisprudencia, Thomson Reuters, Santiago.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2008), La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

RUBIO, Ruth (2023): «La munición constitucional del movimiento global anti género», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N°52.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2010), «Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador», Estudios Constitucionales, Año 8, N°1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén (2011), El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal, RGDPC, 9 (2011).

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2014), «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley», en Revista catalana de dret públic, N° 49, Barcelona.

WALDRON, Jeremy (2005), Derecho y desacuerdos, Marcial Pons, Barcelona.

# Desconstitucionalización en Bolivia
## a través de la jurisprudencia emitida por su órgano de control constitucional

# Desconstitucionalización en Bolivia a través de la jurisprudencia emitida por su órgano de control constitucional

*Carlos Alberto Goitia Caballero*
*Ex ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República de Bolivia y Asambleísta Constituyente*
*Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Privada Boliviana, La Paz, Bolivia*

## 1. PLANTEAMIENTO

La redacción de la primera Constitución boliviana, que ingresó en vigencia el 19 de noviembre de 1826 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019), había sido encomendada por el Congreso General Constituyente de la República a Simón Bolívar (Salamanca, 2005). Éste, al presentar su proyecto, acompañó un mensaje explicando, entre otros aspectos, lo siguiente:

> He recogido todas mis fuerzas para exponeros mis opiniones sobre el modo de manejar hombres libres, por los principios adoptados entre los pueblos cultos; aunque las lecciones de la experiencia sólo muestran largos periodos de desastres, interrumpidos por relámpagos de ventura. ¿Qué guías podremos seguir a la sombra de tan tenebrosos ejemplos? (Jordán de Albarracín, 1978, p. 33).

Desde ese tiempo hasta el presente, para alcanzar ese objetivo y materializar la preservación de la libertad del ser humano, en y desde el Estado, en Bolivia se apostó por el imperio de un marco constitucional al cual deban someterse las decisiones de quienes coyunturalmente ejercen poder público y que su base axiológica sea observada en el desarrollo de las relaciones entre particulares.

Cada reforma pone de manifiesto la complejidad operativizar conceptos complejos como los de Estado de derecho, república, democracia y constitucionalización del ordenamiento jurídico, entre otros. Por cierto, más allá de los esfuerzos de sus impulsores por presentar cada una de ellas como si se tratara de una nueva Constitución Política del Estado, procurando resaltar el cambio y camuflar el contenido del cambio. Una valiosa herramienta adicional fue sumar, a la idea de supremacía constitucional, un ente u órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad apostando por diversos sistemas.

Al ser escritas estas líneas, Bolivia cuenta con un texto constitucional que ingresó en vigencia el 7 de febrero del año 2009, cuyo art. 1 señala:

> Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (Gaceta oficial de Bolivia, 2019, p. 753).

Además, en su entramado institucional, cuenta con un tribunal especializado que, como lo explicaremos oportunamente, ejercer el control de constitucionalidad. Ambos contenidos normativos podrían derivar en asumir que Bolivia es un Estado en el que se han desterrado la toma de decisiones arbitrarias de los gobernantes, la violencia y, con ello, desterrado toda desventura. Pero la realidad es diferente, entre otros factores, por el accionar de ese órgano de control de constitucionalidad que llega a comprometer el sistema democrático y la existencia de un Estado de Derecho.

Diversos estudios independientes respaldan lo afirmado. Por ejemplo, el Informe del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Diego García-Sayán, tras su visita a Bolivia el año 2022, insertó como una de sus conclusiones, la siguiente: «110. Se debe extremar esfuerzos para construir y reconstruir confianza entre todos los actores políticos e institucionales del país y en la justicia. Todas las instituciones del Estado deben respetar y observar la independencia del sistema judicial (…)» (García Sayán, 2022). Otro ejemplo es el Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Bolivia, publicado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que, entre otras recomendaciones, incluye la siguiente: «Crear e implementar un plan estratégico, mediante un programa a lo interno de cada uno de los órganos del Estado, para la reconstrucción de la confianza ciudadana en las instituciones del Estado, que tome en cuenta la separación y equilibrio de los órganos públicos». (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2024).

Por otra parte Orías & Schwarz develan que el año 2003, «sólo 20,7% de la población considera que el sistema judicial boliviano aún garantiza a la ciudadanía un juicio justo» (2004); que esa desconfianza hiere al sistema democrático en su conjunto

dada la desinstitucionalización del sistema de justicia al grado de que «ha cambiado la función de la justicia, convirtiéndola en una herramienta para eliminar la crítica y el disenso, y retener el poder político, en lo que se puede calificar como una suerte de secuestro político de la justicia». (2024). Suman datos demoledores: «dos tercios (66%) de la ciudadanía boliviana reconocen la nueva realidad del sistema de justicia, la intención y el resultado de su desinstitucionalización; solamente un tercio de la población confía aún en que la intención del Estado cuando inicia procesos contra personas de la oposición política es, en efecto, hacer justicia». (Orías y Schwarz, 2024). En lo que al Tribunal Constitucional Plurinacional se refiere, destacan que: «solamente 12% de la población tiene una evaluación positiva del TCP y 10,15% considera que los derechos de los ciudadanos están bien protegidos». (Orías y Schwarz, 2024).

Marco general que deriva en establecer como objetivo general de este estudio, el de examinar el proceso de «desconstitucionalización» en Bolivia gestado a través de la jurisprudencia emitida por su órgano de control constitucional denominado Tribunal Constitucional Plurinacional. Al efecto, optamos por aplicar el método deductivo, favoreciendo la técnica de revisión documental. Para alcanzarlo, partimos acotando el concepto de «desconstitucionalización» y, luego, el de Estado de Derecho. Base conceptual que nos permite destacar decisiones jurisdiccionales constitucionales que consideramos emblemáticas para el tema que nos ocupa, describiendo en cada caso el contexto general en el que emergieron y sumamos las precisiones correspondientes en torno a su contenido medular.

## 2. ACOTANDO EL CONCEPTO DE «DESCONSTITUCIONALIZACIÓN»

Para alcanzar el objetivo propuesto cabe acotar el concepto de «desconstitucionalización del ordenamiento jurídico» que empleamos en este estudio. Para ello, cabe primero asentar el de «constitucionalización del ordenamiento jurídico», asumiendo la premisa de que es una sociedad constituida, la que opta por constituir un Estado y dotar a éste de un texto constitucional que supera el solo hecho de redactarlo. Una Constitución, como sostiene Rodríguez-Zapata, debe reunir tres rasgos esenciales para poder ser válidamente calificada como tal: «formación democrática, carácter solemne y finalidad de ser tutela efectiva y real de la libertad» (1996). La ausencia de cualquiera de éstos, como advierte el mismo profesor, determina que «no se está frente a una Constitución, sino ante una Constitución de fachada o ante un gobierno constitucional pervertido» (Rodríguez-Zapata, 1996).

En el caso boliviano, dicha sociedad se fue constituyendo entre los habitantes de las provincias de La Paz, Cochabamba, Chuquisaca, Potosí y Santa Cruz que había creado la monarquía española, en las posesiones que tenía en América del sur, para potenciar su gobierno. La cohesión entre sus habitantes se fue gestando a partir de diversos acontecimientos políticos, económicos y sociales como lo explican Seoane,

Barragán y Soux (2015). En términos sencillos, experimentaron el descuido a la atención de su necesidades por parte de la monarquía española (Salamanca, 2005), como consecuencia del declive del poder político, jurídico, económico y administrativo de la Real Audiencia de Charcas, de la que formaban parte, y ser relegadas por el Virreinato de Perú, a la que ésta había pertenecido desde el año 1559 hasta el año 1776 (retornando provisionalmente a ésta en 1810), sin que ello cambie cuando fue traspasada al Virreinato del Río de La Plata el año 1776. Además, fueron las últimas provincias a las que arribó el ejército liderado por Simón Bolívar (Salamanca, 2005).

Antonio José de Sucre, en su condición de «General en Jefe del Ejército Unido Libertador, etc». identificó la urgencia de que esa sociedad constituida defina su futuro y, para ello, mediante Decreto de 9 de febrero de 1825, convocó a los representantes de las provincias del Alto Perú, para que participen en una Asamblea General de Diputados (Jordán de Albarracín, 1978). Así, una sociedad constituida tenía la posibilidad de constituir un Estado en un escenario interno complejo (Mesa, Gisbert y Mesa Gisbert, 2008), descartando las opciones de formar parte de las Provincias Unidas del Río de La Plata y la de integrarse a la República del Perú. Además, el escenario externo se caracterizó por grandes amenazas tal como lo refleja Roca (2007). Esa decisión se plasmó en un Acta de Independencia de 6 de agosto de 1825 (Jordán de Albarracín, 1978). Compartimos, al respecto, el criterio de Arze cuando sostiene que no se trató de una fecha de «creación» de un Estado; ésta se forjó en el tiempo y lo que en realidad establece esa fecha «es el ingreso de la sociedad boliviana en la vida republicana tan accidentada que hemos llevado» (1991).

Constituido el Estado, la citada Asamblea que se había convertido en Congreso Constituyente de la República de Bolivia, encomendó la redacción de un texto constitucional a Simón Bolívar (Mesa, Gisbert y Mesa Gisbert, 2008). Éste, como lo destaca Trigo (2003), ofreció enviar la «Constitución más liberal del mundo». Cumplió con el encargo y su propuesta fue aprobada con pocas modificaciones, lo que no supone ausencia de debates (Salamanca, 2005), e ingresó en vigencia el 19 de noviembre de 1826 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Al presentar su proyecto, Bolívar adjunto un mensaje al Congreso Constituyente, cuya lectura evidencia la influencia de los postulados que habían alimentado el primer texto constitucional federal de Estados Unidos de América, las primeras constituciones francesas y, en lo que a la presidencia del Poder Ejecutivo se refiere, la Constitución de Haití de 1801. Bolívar sostenía que su propuesta debía permitir el desarrollo de un ordenamiento jurídico que preserve los elementos medulares para el gobierno de hombres libres y destacó la creación de una tercera Cámara, en el Poder Legislativo, denominada «Cámara de Censores» para que sus integrantes sean «los fiscales contra el Gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión. He puesto bajo su égida el Juicio Nacional, que debe decidir la buena o mala administración del ejecutivo». (Jordán de Albarracín, 1978).

Esa Constitución, como sostiene Trigo, Constitución «pronto encontró obstáculos que hicieron del designio bolivariano un buen intento frustrado» (2003). Pero cons-

titucionalizó el ordenamiento jurídico del nuevo Estado, en el sentido de haberse dotado a éste de un texto constitucional de corte liberal. Además, marco el inicio de un proceso de «constitucionalización» mayor, que se proyecta hasta el día de hoy, entendiendo éste, como señala Guastini citando a Favoreu, como «un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ´impregnado´ por las normas constitucionales». (2001). Proceso de constitucionalización que, tal como advierte Guastini (2001) y lo refleja la historia boliviana, es una cuestión de grado que no es ajeno a retrocesos. Afirmación que nos lleva a aplicar al caso boliviano, desde una perspectiva estrictamente formal, las «condiciones de constitucionalización» que Guastini (2001) identifica y detalla.

Primero, una Constitución rígida. A la Constitución de 1826 se le suman, hasta el presente, las reformas concretadas en los años 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1995, 2004 y 2009. Cada una de éstas, como sostiene Gargarella (2010) en un sentido aplicable al caso boliviano, las experimentadas en el siglo XIX develan la construcción de pactos entre las diversas corrientes políticas presentes en el escenario, tratando de dar respuestas a los problemas concretos que se enfrentaban. Sin embargo, también es cierto que pese a contarse en cada Constitución con procedimientos de reforma agravados con relación a toda otra norma del ordenamiento jurídico, éstos fueron ignorados en algunos casos y, en otros, solo parcialmente observados.

Segundo, la garantía jurisdiccional de la constitución. En los textos constitucionales que alcanzaron vigencia desde el de 1826 hasta el de 1861, optaron por combinar, por una parte, un sistema de justicia administrativa (Brewer-Carías, 2016) con el sistema de control judicial de las decisiones de los propios tribunales de justicia (Brewer-Carías, 2016). La Constitución de 1861 operó como bisagra para la adopción de un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad de las leyes que, como señala Brewer-Carías, es aquél «destinado a controlar la conformidad con la Constitución de las leyes y demás actos estatales dictados de ejecución directa e inmediata de la misma y que por ello, solo están sometidos a la Constitución» (2016). Dicha tarea se la asignó a la Corte Suprema de Justicia hasta la reforma constitucional de 1995 que creó un Tribunal especializado.

Tercero, la fuerza vinculante de la Constitución. Para la promulgación de los textos constitucionales que alcanzaron vigencia, hasta 1861, se empleaba como fórmula el ordenar su obligatoria observancia por parte de los actores públicos y privados. Pero el texto constitucional de 1861 incorporó expresamente, en su art. 86, el siguiente texto: «Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones».. Previsión normativa que, cambiando de ubicación y algunos elementos en su redacción, se ha mantenido en todos los textos constitucionales que le sucedieron, por cierto, incluyendo el actualmente vigente. También, se transitó de textos constitucionales en los que la mayoría de sus artículos versaban sobre la organización del poder público o, si se prefiere,

la organización del Estado, a otros en los que se amplió el número de artículos que versan sobre libertades y derechos de los particulares en el y frente al Estado. Sumemos que, como sostiene Dippel (2008) al analizar la evolución del constitucionalismo latinoamericano, en un sentido plenamente aplicable al caso boliviano, el siglo XIX se caracterizó por el surgimiento del constitucionalismo en medio de práctica autoritarias y desapego democrático donde la Constitución era vista como un instrumento esencialmente político; el siglo XX con el tránsito de constituciones formales a materiales en la medida en que su fuerza normativa fue ganando terreno a la par de convertirse en herramienta para la demanda democrática de cumplimiento en medio de un contexto de alta intolerancia pero creciente democracia (Dippel, 2008); y, ya desde nuestro punto de vista, un siglo XXI en el que se percibe una mayor exigencia de imperio del contenido normativo constitucional en un escenario caracterizado por escenarios rápidamente cambiantes con democracias que no terminan de consolidarse.

Cuarto, la sobreinterpretación de la Constitución. En el contexto anterior, paulatinamente, Bolivia experimentó la expansión de la fuerza vinculante de la Constitución. Se fue asimilando el hecho de ser aquella que, a partir de cláusulas con contenidos normativos generalmente amplios, permite su aplicación y observancia en los escenarios de ausencia o lagunas normativas, así como por actores públicos y privados de las decisiones jurisdiccionales de los órganos de control constitucional. Lo anterior, en particular, desde el inicio de actividades jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, el 1 de junio de 1999, concebido como órgano garante de la supremacía constitucional.

Quinto, la aplicación directa de las normas constitucionales. Íntimamente ligado a lo manifestado en el punto anterior, destaca la Constitución de 1967 por la aplicación de sus contenidos normativos en la resolución de controversias entre particulares, fundamentalmente, por los contenidos normativos relativos a las libertades y derechos del ser humano con recursos o acciones como las de habeas corpus y amparo constitucional, entre otras.

Sexto, la interpretación conforme de las leyes. Bolivia experimentó la creciente interpretación conforme de las leyes, fundamentalmente, desde la reforma constitucional de 1995 y la creación de un Tribunal Constitucional responsable de velar por que los contenidos normativos de los dispositivos normativos se los haga a partir de aquello que se encuentra contenido en la Constitución, con desarrollos que amplían sus entendimientos en una dinámica progresiva de fortalecimiento de las libertades de los seres humanos.

Séptimo, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Los contenidos normativos insertos en los textos constitucionales ganaron influencia, paulatinamente, sobre las relaciones políticas, en la medida en que la resolución de disputas entre las entidades públicas se fue alejando de la fuerza de uno u otro actor político, favoreciéndose el imperio de reglas jurídicas.

En términos generales, desde un punto de vista estrictamente formal, el proceso boliviano de «constitucionalización de su ordenamiento jurídico» avanzó, pero no es

perfecto ni ha culminado y experimentó complejos retrocesos que pueden dar lugar a calificarlos como «desconstitucionalización del ordenamiento jurídico». Pero como expone Fernández Vázquez (1981), esa denominación es compleja porque abraca diversos fenómenos que incluyen alteraciones o mutaciones constitucionales, institucionales, sociales o políticas. Bidart Campos también advierte las dificultades que presenta el término «desconstitucionalización» aunque, de las múltiples acepciones que identifica, adopta la de «situación irregular del estado que en su práctica política pone en vigencia un sistema constitucional distinto del normado en la constitución escrita» (1966).

Un esfuerzo valioso, en ese sentido, es el desplegado por Sagüés (2008) que, partiendo de lo que entiende por cultura constitucional, detalla diversas formas en las que se presenta la «desconstitucionalización», concretamente, la reducción de la Constitución a reglas organizativas sin el contenido dogmático, el distanciamiento de los principios políticos del constitucionalismo liberal, la pérdida por inobservancia social de las ciertas normas constitucionales o por procesos de reforma constitucional formales o informales. El mismo profesor, en un trabajo posterior, indaga las variables que se gestan al sumar el prefijo «des» al vocablo «constitucionalización» acentuando una vez más el componente cultural (Sagüés, 2010).

En esa dinámica se tiene que al sumar el prefijo «des» al sustantivo «constitucionalización», cuyo verbo vendría a ser «constitucionalizar», paradójicamente, no se genera una nueva palabra que posea un significado contrario a la acción y al efecto de constitucionalizar. El escenario cambia cuando se suma el prefijo «des» a la base adjetiva «constitucionalizar», generando dos escenarios, el de carencia y el de negación. En el primero, la «desconstitucionalización» significa la carencia, en el Estado, de una Constitución en un sentido sustancial. No es una cuestión de grado y, por lo expuesto en el caso boliviano, resulta inaplicable. En el segundo, la «desconstitucionalización» supone la negación de un proceso de «constitucionalización» que abraza la propia Constitución y, por ello, tampoco se está ante una cuestión de grado por lo que, sin ser un escenario imposible, es complejo aplicarlo en el caso boliviano.

En cambio, si se suma el prefijo «des» al verbo transitivo «constitucionalizar», proveniente de la palabra «constitución», se parte de una acción previa de constitucionalización que se va revirtiendo y, por lo tanto, admite grados y que, además, puede ser positiva o negativa, por acción u omisión, dando relevancia, además, al medio empleado. Éste es el sentido empleado en el presente estudio, tomando como parámetro las condiciones destacadas por Guastini (2001) de «constitucionalización del ordenamiento jurídico», es decir, tenemos la acción u omisión orientada a revertir el carácter de rigidez de la Constitución; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución; la «sobreinterpretación» de la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales; la interpretación conforme de las leyes; y, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Por ello, coincidiendo con Sagüés (2008), estamos ante algo diverso a lo que podría entenderse por «desvaloración de la Constitución» y «falseamiento o fraude constitucional». También cabe advertir que la «descons-

titucionalización», en los términos del concepto que asumimos, como lo advierte Hirschmann (2011) al analizar el caso argentino, también puede ser resultado de diversos componentes de índole económica, social y cultural. Nosotros encaramos el tema, en lo que al accionar jurisdiccional constitucional se refiere.

## 3. EL TRÁNSITO DE ESTADO DE DERECHO A ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Tanto la «constitucionalización» como la «desconstitucionalización» del ordenamiento jurídico, en los términos expuestos en el acápite precedente, permite transitar a identificar su relación con lo que por «Estado de derecho» y «Estado constitucional de derecho» se entiende. Para ello, cabe tomar en cuenta la advertencia de Cossío (2007) cuando sostiene que el uso de la expresión «Estado de Derecho» torna conveniente responder a dos preguntas: «¿qué es el Estado de Derecho?» y «¿qué contenidos suelen considerarse propios del mismo?»; las respuestas implican diferenciar el uso de dicha expresión «para describir si un determinado estado de cosas satisface o no un cierto estándar», de aquella en el que «sirve para postular cómo deben darse ciertas formas de actuación de los componentes público y privado de una sociedad, sea con respecto a sí mismos o sus integrantes, o con respecto al otro componente». (Cossion, 2007).

También es importante tener en mente la existencia de una noción anglosajona conocida como *Rule of Law*, el *Rectsstaat* de raíz alemana y el *État du Droit* emergente de la tradición francesa que, como sostiene Hug (2024), responden a ámbitos espaciales y temporales diferentes y pese a tener puntos de coincidencia, no se traducen en identidad. Es tentador ingresar a detallar los orígenes, particularidades y proyecciones de cada uno de esos modelos, pero nos desviaría del objetivo que tenemos inicialmente propuesto. Un esfuerzo por reunir los tres modelos en un solo concepto se lo encuentra en el que presenta la Organización de las Naciones Unidas (2025).

En el presente documento hacemos propias las palabras de Ridolfi cuando, procurando alcanzar una definición general que abarque los tres modelos, sostiene que «la idea de estado de derecho atañe a los límites que el derecho debe saber imponer al poder constituido dentro una determinada comunidad política». (Ridolfi, 2021). Concepto que, como señala el mismo autor, requiere tomar en cuenta que la comunidad a la que se alude, en tanto exista una centralización de un poder constituido, es el Estado moderno (Ridolfi, 2021).

En lo que a los elementos constitutivos de un Estado de Derecho se refiere, se tienen los de legalidad, democracia y los derechos humanos y que, de éstos, se derivan como requisitos, entre otros, la constitucionalidad; la publicidad, claridad, estabilidad e irretroactividad de la ley; la separación de poderes; y, la independencia judicial

(Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, 2012).

Precisemos que el Estado de Derecho no es un producto acabado o anclado a un hecho histórico determinado; es proceso y tiene como presupuesto la «constitucionalización del ordenamiento jurídico» al ser, desde la Constitución, que se despliega un contenido axiológico en el, desde el y para el Estado. Consecuentemente puede ver afectados sus pilares cuando opera la «desconstitucionalización», en el sentido que tenemos precisado. A esto se suma la afirmación de Brewer-Carías: «la Justicia Constitucional, es decir, la existencia de un sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado es, sin duda, la garantía última del Estado de Derecho» (2016).

Otra expresión compleja es la de «Estado constitucional de derecho» que nos obliga a acudir a la jurisprudencia constitucional boliviana, solicitando una licencia por acudir a ésta cuando la evolución del sistema de control constitucional la llevamos a cabo en el siguiente acápite. La Sentencia Constitucional 0074/2006, de 5 de septiembre, emitida bajo la vigencia de la Constitución de 1995, señaló que aquella:

> se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al Derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución Política del Estado, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado Constitucional de Derecho (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2011).

También, bajo la vigencia de la Constitución de 2009, la Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo, se afirma que Bolivia es un Estado constitucional de Derecho precisando el concepto en los siguientes términos:

> Prieto Sanchis refiere que el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de Derecho, pues se busca no sólo el sometimiento a la ley, sino a la Constitución, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema: «Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional. (Prieto Sanchís, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial).

El modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero Estado constitucional de Derecho (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2023).

Cede así, en el escenario local, el uso de la expresión Estado de derecho ante la de Estado constitucional de derecho. Pero, cabe reiterarlo, se está frente a una cuestión de grado y no ante un producto acabado o final.

## 4. EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Agradeciendo la licencia que se nos concedió, cabe desplegar una breve descripción de los órganos de control constitucional que se implementaron en Bolivia.

Como señalamos, la Constitución de 1826 se caracterizó por la presencia, de una Cámara de Censores en el Poder Legislativo. Entre sus atribuciones se encontraban, como se aprecia en su art. 51, las siguientes: «1° Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2° Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). No se cuenta con referencia sobre el ejercido esas tareas.

Por otra parte, se optó por la creación de un ente, de carácter administrativo, para el control de constitucionalidad. La Constitución de 1832 creó un Consejo de Estado, en el seno del Poder Ejecutivo, asignándole diversas atribuciones en el art. 98 de las que destacamos la de «Velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentalmente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Con variaciones menores, ese diseño se mantuvo en el texto constitucional de 1834 en el art. 92 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Bajo el nombre de Consejo Nacional, también se lo encuentra en la Constitución de 1843, con la atribución prevista en el art. 66 de: «Velar por la observancia de la Constitución, dando al Poder Ejecutivo los informes convenientes en los casos de infracción» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). El texto constitucional de 1861 también preveía un Consejo de Estado, pero como órgano extra poder, con amplias tareas de control político previo o preventivo de constitucionalidad como se aprecia en su art. 41 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019).

La Constitución de 1861 adquiere singular importancia en el proceso de «constitucionalización del ordenamiento jurídico». Por una parte, como se tiene explicado, por lo previsto en su art. 86 en el que Pinto identifica la incorporación del que denomina «principio de preferencia» que, desde su punto de vista, «representa el período de transición entre el antiguo sistema político por un nuevo sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad» (2004). Igual criterio esgrime Rivera Santivañez, (2012) aunque se inclina por la denominación de «principio de supremacía constitucional». Pero, por otra parte, también es relevante al asignar en su art. 65.2ª la Corte de Casación del Poder Judicial, por la vía de acción concreta, la siguiente: «Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Adicionalmente, al estudiar la historia y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Paz (1910) documenta la ausencia de trabajo efectivo de ese ente a lo largo de varias décadas, así como su dependencia de los dictados del Ejecutivo.

En los textos constitucionales de 1868, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961 y 1967 se mantuvo el principio de supremacía constitucional y el recurso de inaplica-

bilidad por inconstitucionalidad de la Ley, como atribución de la Corte Suprema de Justicia. Paz documenta que el año 1973 se sometió ante esa Corte, por primera vez, una cuestión de inconstitucionalidad (Paz, 1910). Esos procesos se fueron desarrollando en base a la jurisprudencia desarrollada por dicha Corte y, recién, se estableció el procedimiento en el Código de Procedimiento Civil, aprobado por Decreto Ley N° 12760, de 6 de agosto de 1975, en los artículos 754 a 759 limitándose, en todo caso, a la inaplicabilidad de la norma sin que de ello se derive anulación alguna.

Cabe advertir que la Constitución de 1839 solo atribuía el control de constitucionalidad al presidente de Poder Ejecutivo, en el art. 77.2: «Velar por la exacta observancia de la Constitución» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). La de 1851 también dejó en manos del presidente del Poder Ejecutivo, en su art. 76.6, el: «Cumplir y mandar cumplir la Constitución, las leyes y las sentencias de los tribunales» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019).

Finalmente, la Constitución de 1995 incorporó un sistema mixto de control de constitucionalidad (Goitia, 2003) a cargo de un Tribunal especializado, estableciendo en su art. 116.IV, como atribución del Poder Judicial, la siguiente: «El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Tribunal integrado por cinco personas, con un período de duración en sus funciones de cinco años, electas por dos tercios de votos en el Poder Legislativo como se detallaba en su art. 119 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). En el art. 120 se detallaban sus atribuciones que, en términos generales, correspondían a las de control de constitucionalidad, protección de derechos humanos y control de competencias de los órganos de poder público (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). La norma que desagregó esos contenidos constitucionales y precisaba los procedimientos jurisdiccionales correspondientes fue la Ley N°1836, de 01 de abril de 1998, denominada «Ley del Tribunal Constitucional» fruto de un arduo proceso de discusión (Goitia, Vásquez y Ayala, 1999). No cabe duda que esos hechos dieron inicio de la revalorización de la Constitución, como norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, lo que posibilitó que, a través de su jurisprudencia, se internalizara la existencia de un Bloque de constitucionalidad que operaba como parámetro de control, integrado por el propio texto constitucional y los tratados internacionales de Derechos Humanos (Goitia, 2003).

La Constitución vigente desde 2009 mantiene una combinación de los sistemas difuso y concentrado, precisando en su art. 179.II que: «La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional»; y, en el art. 196.I que dicho Tribunal «vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales». En su art. 196.I sostiene, en lo que a su función interpretativa se refiere, que dicho Tribunal «aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). En lo que a sus atribuciones se refiere, estas se encuentran detalladas en el artículo 202 y abarca acciones previas

de constitucionalidad, acciones concretas de constitucionalidad previo y posterior, acciones de defensa y recursos relativos al control competencial (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). También cabe destacar que el art. 203 señala: «Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019).

La variante más compleja es la relativa a la forma de elección de quienes integran el citado Tribunal. Cabe explicar que la Constitución de 2009 emergió de una Asamblea Constituyente, negociaciones políticas desplegadas en el Poder Legislativo y un referéndum con resultado complejos (Pérez, 2009). Recoge, en buena parte, el proyecto del partido oficialista liderado por Evo Morales que, para copar dicho Tribunal, estableció en el art.197.I que estará integrado por magistrados o magistradas elegidos y elegidas por voto popular «con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). La Ley N° 027, de 6 de julio de 2010, denominada «Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional», como señala su art. 1, regula «la estructura, organización y funcionamiento» de ese Tribunal y es en la que se fijó en nueve las personas que lo integran como magistrados y magistradas. Su proceso de elección, establecido en el art. 198 de la Constitución, se encuentra regulado por la Ley Nº 026, de 30 de junio de 2010, denominada «Ley del régimen electoral», desde su art. 75 al 84 (Gaceta oficial de Bolivia, 2010). Ese proceso de elección comprende, en términos generales, dos etapas. La primera, a cargo del Órgano Legislativo, a la que le corresponde la preselección de postulantes, definiendo quienes integrarán una lista que se remite al Órgano Electoral para que administre el proceso de elección popular. La Ley N° 254, de 5 de julio de 2012, denominada «Código Procesal Constitucional» es la que regula, como se establece en su art. 1, «los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las acciones de defensa ante Jueces y Tribunales competentes» (Gaceta oficial de Bolivia, 2013).

Resulta prudente señalar que su denominación «plurinacional» responde a la búsqueda por generar, a partir de ese Tribunal, un híbrido entre el sistema de justicia romano-germano o, si se prefiere, continental-europeo y los existentes en cada uno de los pueblos indígenas, originarios y campesinos existentes en Bolivia, lo cual no ha estado ajeno a críticas como las expuestas por Clavero (2010) sobre su composición así como los peligros que genera para el propio Estado que esgrimimos, por nuestra parte, en otro trabajo (Goitia, 2012). También, que la primera composición del Tribunal Constitucional Plurinacional la hizo, directa y unilateralmente, el presidente del Ejecutivo, Evo Morales, mediante el Decreto Supremo – Decreto Presidencial N° 432, de 17 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial de Bolivia, 2010).

En lo referente a las elecciones de magistrados y magistradas se tiene que la del año 2011 arrojó los siguientes resultados: «Se presentaron 350 candidatos y candidatas, de los cuales 118 fueron preseleccionados en la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Fueron empadronados 5.243.375 electores y electoras. Se contabilizaron 1.768.576 votos válidos (42,34%), 629.469 votos blancos (15,07%) y 1.779.425 nulos (42,60%)» (Tribunal Supremo Electoral, 2025). De la segunda, llevada cabo el año 2017, se tiene que: «De los 6.438.801 millones de electores y electoras habilitadas para votar, más de 5,4 millones sufragaron en la elección de autoridades del TA, CM, TCP y TSJ. Se registró una participación ciudadana del 84,2% a nivel nacional». (Tribunal Supremo Electoral, 2025); la elección de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional fue por primera vez en circunscripción departamental y, nuevamente, fueron mayoritarios los votos nulos y blancos. Finalmente, la última elección que debió llevarse a cabo el año 2023 pero que se concretó el año 2024, se tiene que «la participación ciudadana alcanzó el 82 %; mientras que, a diferencia de las ediciones anteriores de 2011 y 2017, los votos válidos se impusieron sobre los blancos y nulos en un orden del 64,29 % contra el 35,71 %. Hubo además varios candidatos que obtuvieron más de medio millón de votos a su favor y alguno sobrepasó los 900 mil». (Tribunal Supremo Electoral, 2025). Solo se eligieron a cuatro de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, estando en funciones (al escribir estas letras) cinco personas bajo una ampliación de mandato dispuestas por estas mismas personas como se explica en el siguiente acápite pese a haber cumplido su mandato el 31 de diciembre del año 2023.

En lo referente al perfil de los integrantes del Tribunal Constitucional Plurinacional, son ilustrativas las palabras del ex ministro de Justicia y Transparencia Institucional que formó parte del gobierno del Movimiento al Socialismo, Iván Lima, cuando sostenía que todas las personas que integraron las Altas Cortes desde el 2009 fueron apadrinadas, directa o indirectamente, por Evo Morales (Agencia de Noticias Fides, 2025). Coincidimos con ese punto de vista, lo que explica su sumisión.

## 5. LAS DECISIONES JURISDICCIONALES CONSTITUCIONALES EMBLEMÁTICAS EN LA «DESCONSTITUCIONALIZACIÓN» EN BOLIVIA

El profesor Brewer-Carías, sabiamente, señala que:

> Es inconcebible por tanto (...) que un Juez Constitucional pueda llegar a ser el instrumento para lo contrario de aquello para lo cual fue concebido, y que llegue a configurarse, arrogándose todo el poder del Estado, como el instrumento para garantizar la violación impune de la Constitución por los otros órganos del Estado, para asegurar la destrucción del Estado de derecho o el desmantelamiento de la democracia, o incluso para convertirse en el instrumento para implementar y sostener un régimen autoritario. (Brewer-Carías, 2026).

El Tribunal Constitucional Plurinacional empezó a desarrollar sus actividades jurisdiccionales el año 2010, bajo el marco de la Constitución vigente desde el año 2009,

desde ese tiempo cooptado por el Poder Ejecutivo. Ello explica, aunque no justifica, que sus decisiones jurisdiccionales han generado la «desconstitucionalización del ordenamiento jurídico» con el consecuente impacto negativo en la configuración de Bolivia como Estado constitucional de derecho.

A continuación, destacamos varias sentencias que, desde nuestro punto de vista, evidencian lo afirmado sin que sean anecdóticas o las únicas. En cada caso presentamos una breve descripción del contexto en el que emergieron y resaltamos la parte central de la decisión para que se aprecie la «desconstitucionalición» y afectación al Estado constitucional de Derecho.

### A. El derecho humano a la reelección indefinida

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017, de 28 de noviembre (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017), es una de las más groseras expresiones de la manipulación del sistema de justicia constitucional boliviano desde el Poder Ejecutivo con el objetivo de lograr que una persona se perpetúe en la presidencia de éste.

Tengamos en cuenta el contexto. El año 2005, Evo Morales Ayma como líder del Movimiento Al Socialismo, ganó la elección general y accedió a la presidencia del Ejecutivo para un período de cinco años sin que, conforme lo establecía la Constitución vigente en ese momento, se permita la reelección inmediata. Al poco tiempo de asumir sus funciones, aplicando lo establecido en el art. 232 (Gaceta oficial de Bolivia, 2019), Morales Ayma convocó a una Asamblea Constituyente. Uno de los temas debatidos al interior de ésta, fue la propuesta del Movimiento Al Socialismo de permitir la reelección ilimitada en el Ejecutivo. Así terminó inserta la propuesta en el proyecto de Constitución aprobado por el oficialismo y sus funcionales aliados. Pero el trabajo de la Asamblea quedó trunco, gestándose un escenario de negociación en el seno del Legislativo, donde la oposición insertó varias reformas y, de esa forma, emergió el proyecto final de Constitución que se sometió a referéndum nacional. Entre los cambios insertados al proyecto masista destacan dos que versaron sobre ese tema de reelección. El primero se reflejó en el art. 168 que señala: «El período de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua». (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). El segundo consistió en incorporar en el parágrafo II de la Disposición Transitoria Cuarta, el siguiente texto: «Los mandatos anteriores a la vigencia de la Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos períodos de funciones» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Ambas previsiones fueron aprobadas, junto con el resto del contenido de la Constitución, en referéndum nacional, con el 67% de los votos válidos por la opción del «si».

Marco que le permitía a Morales buscar la reelección inmediata, al finalizar su primer mandato (2006 – 2009), para el período 2010-2015. Así lo hizo, y su partido políti-

co obtuvo el 64,22% de los votos válidos (Tribunal Supremo Electoral, 2025), lo que le permitió, además, tener más de dos tercios en las cámaras de Diputados y Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Al no poder volver a postularse a la presidencia, Morales y su partido sancionaron, promulgaron y publicaron la Ley N° 381, de 20 de mayo de 2013, denominada «Ley de Aplicación Normativa», cuyo art. 1 precisaba que su objeto era el de «determinar la aplicación normativa de cuatro preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado vigente, a fin de establecer su correcto ámbito de validez, respetando el tenor literal, así como el espíritu de la Norma Fundamental». (Gaceta oficial de Bolivia, 2013). No por casualidad, el art. 4.I señaló que: «De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua». (Gaceta oficial de Bolivia, 2013). Así, una Ley modificó lo previsto en la Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, del texto constitucional de 2009, y Morales se habilitó para postular, una vez más, a la presidencia del Ejecutivo para el período 2015 – 2020. Los resultados de la elección general lo volvieron a favorecer al obtener el 61,01% de los votos válidos y, una vez más, tener más de dos tercios de los curules en las dos Cámaras del Legislativo.

Morales, impedido para postular el 2019 para el período 2020 – 2025, activó una reforma constitucional parcial gracias a los dos tercios que tenía su partido político en la Asamblea Legislativa Plurinacional. Conforme a lo previsto en el art. 411 de la Constitución, se convocó a referéndum con la siguiente pregunta que, por cierto, pasó sin observación alguna por el control del Tribunal Constitucional Plurinacional:

> ¿Usted está de acuerdo con la reforma del Artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua?
> Por Disposición Transitoria de la Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política del Estado, se considerará como primera reelección al período 2015 – 2020 y la segunda reelección el 2020 – 2025 (Tribunal Supremo Electoral, 2025).

Sobre sus resultados se tiene que: «En el referendo convocado por ley de reforma constitucional emitida por la Asamblea Legislativa, y no por iniciativa popular, el NO resultó mayoritario con 51,3% de los votos válidos, frente al 48,7% de votos del SI». (Tribunal Supremo Electoral, 2025). La consecuencia de esos resultados determinaba la inhabilitación de Morales para volver a postularse a la presidencia del Ejecutivo. Pero Morales se burló de ese resultado y activó, a través de un diputado de su partido político, una acción abstracta de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional que, como tenemos expuesto, estaba integrado por magistrados que habían accedido a ese cargo gracias al propio Morales. La acción que se presentó cuestionó la constitucionalidad de la Ley del Régimen Electoral que recogía textualmente lo previsto en el citado art. 168 de la Constitución boliviana.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, copado por el MAS, emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017, de 28 de noviembre (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017), que partió de identificar, en esencia, una supuesta antinomia entre lo previsto en el citado art. 168 de la Constitución y lo establecido en el numeral 2) del art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: «La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal» (Organización de Estados Americanos, 2025), además de otros contenidos vinculados al ejercicio pleno de los derechos a elegir y ser elegido, la no discriminación, etc. Los magistrados y magistradas llevaron a cabo un aparente control de convencionalidad resolviendo lo siguiente:

> 1º De acuerdo a lo dispuesto por el art. 256 de la Norma Suprema, declarar la APLICACIÓN PREFERENTE del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: «por una sola vez de manera continua» de los arts. 156 y 168 y «de manera continua por una sola vez» de los arts. 285.II y 288, conforme a los fundamentos jurídico constitucionales expresados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; y,
> 2º Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 52.III en la expresión «por una sola vez de manera continua»; 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) en el enunciado «de manera continua por una sola vez» de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de julio de 2010–. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017).

El fundamento medular para esa decisión fue el siguiente:

> «Consiguientemente, los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE; y, 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la LRE, resultan contrarios al valor, principio y derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, contenidos en los arts. 8.II, 9.2 y 14 de la CPE; asimismo, contravienen el derecho a la igualdad sin discriminación e igual protección de la ley consagrados por el art. 24, en relación al art. 1.1 ambos de la CADH.
> (…)
> Precedentemente se determinó que las normas contenidas en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, en su texto que establecen que las autoridades sobre las que regulan sus alcances puedan ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua, son normas constitucionales-reglas, en relación a los arts. 26 y 28 de la misma, al ser éstas normas constitucionales-principios y por ende de preferente aplicación. Asimismo, en observancia de los mandatos contenidos en

> los arts. 13.IV y 256 de la CPE, se realizó el control de convencionalidad y se determinó que deben ceder por aplicación preferente del art. 23 de la CADH, por declarar este instrumento sobre Derechos Humanos, derechos más favorables a los contenidos en dichos artículos de la Constitución.
> Así, los arts. 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la LRE, que a la sazón se constituyen en normas legales-reglas, establecen a su turno, el periodo de mandato de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente de las Gobernadoras y Gobernadores, de las y los Asambleístas Departamentales, de las Alcaldesas y Alcaldes y de las Concejalas y Concejales y asimismo, la posibilidad de que cada una de las autoridades señaladas, puedan ser reelectas o reelectos «...de manera continua por una sola vez», preceptos normativos que ahora se cuestionan de inconstitucionalidad y cuyo texto resulta similar al contenido en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad, bajo los fundamentos desarrollados en el presente fallo constitucional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017).

Como puede colegirse, dicho Tribunal plasmó un sofisma para burlar lo previsto en la Constitución y habilitar a Morales para postular a la presidencia de manera indefinida toda vez que la Convención Americana de Derechos Humanos no admitía otras restricciones al grado de entenderse que el derecho a la reelección (término empleado en la pregunta del referéndum) era un Derecho Humano. No se detuvo en el hecho de que un sistema democrático exige alternancia de persona y partido en cargos electivos; simplemente, lo ignoraron, junto a todo el contenido de la Carta Democrática Interamericana.

Desde el momento en que se dio a conocer esa Sentencia, creció la demanda ciudadana de respeto a los resultados del referéndum del 21 de febrero de 2016 porque, claramente, la citada Sentencia modificaba el contenido constitucional vigente en grosera burlar de un referéndum nacional constitucionalmente reconocido. Morales no escuchó las protestas, acentuó la persecución política a través de la criminalización de quienes opinábamos o cuestionábamos esa forma de actuar. Las acciones de la oposición, en todo caso, no cesaron. Con un notable liderazgo del opositor Jorge Tuto Quiroga Ramírez, se acudió a diversos foros internacionales denunciando el quiebre democrático operado en Bolivia. Esas gestiones permitieron, entre otros, la emisión del Informe Sobre los Límites a la Reelección de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, o Comisión de Venecia, emitido a solicitud del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobado en su 114 Sesión Plenaria, desarrollada en Venecia, el 16 y 17 de marzo de 2018 concluyendo que no existe un derecho humano a la reelección (Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho –Comisión de Venecia–, 2025). A éste le siguió la emisión de la Opinión Consultiva OC 28/21, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia, sobre la figura de la re-

elección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Con meridiana claridad quedó en evidencia lo absurdo de lo sostenido por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Adicionalmente, evidenció la torpeza de los magistrados bolivianos al desnaturalizar el control de convencionalidad.

Amparado por la decisión del Tribunal, Morales se volvió a postular a la presidencia el año 2019 para el período 2020 – 2025. Elección en la que Morales y su partido político llevaron a cabo un fraude electoral, acreditado por la Organización de los Estados Americanos, que se plasmó en el «Análisis de Integridad Electoral Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia 20 de octubre de 2019» (2019). Fraude que derivó en violencia extrema donde, incluso, murieron bolivianos y bolivianas tal como lo reflejó (parcialmente, desde nuestro punto de vista) el informe del GIEI-Bolivia (Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, 2023) en el que también se identifica a la citada sentencia constitucional como causa de la violencia que llevó a Bolivia a las puertas de una guerra civil. Acreditado dicho fraude, Morales, su vicepresidente, sus ministros y varios legisladores renunciaron a sus cargos procurando generar un vacío de poder, caos, violencia y, para pacificar el país, se les pida su retorno. Ese plan fracasó y conforme a lo previsto en el art. 169.I de la Constitución, se activó la cadena de sucesión presidencial (Goitia, 2021).

Esta sentencia es uno de los ejemplos más claros de «desconstitucionalización» al desconocerse la rigidez de la Constitución y su supremacía al admitirse que se la modifique mediante una Ley, se rifó la garantía jurisdiccional de la Constitución a partir del sometimiento de los magistrados a los dictados del Ejecutivo; perdió vigencia la fuerza vinculante de ésta y se le anuló su carácter vinculante para las relaciones políticas. Ello aparejó la pérdida de pilares fundamentales de un Estado constitucional de derecho, diluyendo la independencia judicial, la existencia de límites al ejercicio del poder, la seguridad jurídica y la libertad; se cubrió groseramente, la responsabilidad de los parlamentarios que se prestaron al manoseo del órgano de control constitucional y se violaron Derechos Humanos.

El escenario, al escribir estas líneas, no es de paz. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitió diversas sentencias procurando corregir el escenario, destacando entre ellas, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0007/2025, de 13 de mayo (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2025), que en apretada síntesis sostiene que ninguna persona puede estar, de forma continua o discontinua, más de 10 años en la presidencia del Órgano Ejecutivo, reafirmando así lo establecido en el citado art. 168 de la Constitución y los resultados del referéndum del 21 de febrero de 2016 a más de las de lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión Consultiva que destacamos. Sin embargo, Morales, persiste en su afán de postular en el proceso electoral previsto para el 17 de agosto de 2025 (La Razón, 2025.

**B. Permanencia en el cargo cuando se postula a otro cargo electivo.**

De los creadores del derecho humano a la reelección indefinida vino su complemento para los afanes de Evo Morales para perpetuarse en el poder. Fruto de los resultados electores del año 2014, la mayor parte de los cargos electivos tanto en el Legislativo nacional como en los diversos niveles de gobierno subnacionales (v. gr.: Departamentos y Municipios) quedaron en manos del Movimiento Al Socialismo. Éstos operaron como maquinaria de campaña electoral y, para afianzar lealtad y sometimiento, se optó por eliminar el escollo que representaba lo establecido en el art. 238 que establecía, como causal de inelegibilidad para cargos electivos, entre otros, lo siguiente: «3. Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección, excepto el Presidente y el Vicepresidente de la República» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019).

A través de una acción abstracta de inconstitucionalidad presentada ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional 0032/2019, de 9 de julio (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2019). El Tribunal alegó aplicar un control de convencionalidad dando protagonismo, una vez más, al numeral 2) del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos con el mismo sofisma de no poder sumarse limitaciones para la participación en procesos electorales a las establecidas en ésta. Sumó las cláusulas que, formando parte de la Convención, apuntalan la igualdad. Ello derivó en que el caso se resuelva en los siguientes términos:

> De acuerdo a lo dispuesto en el art. 256 de la Constitución Política del Estado, declarar la APLICACIÓN PREFERENTE del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los derechos políticos, sobre el art. 238.3 de la Ley Fundamental, en el texto: «electivos», conforme a los fundamentos expresados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2019).

La *ratio decidendi* quedó plasmada en el siguiente párrafo:

> Siendo evidente la restricción discriminatoria prevista en el art. 238.3 de la CPE, no son necesarias mayores disquisiciones al respecto; entonces, en consideración de: i) Las previsiones constitucionales establecidas en los arts. 13 y 256 de la Ley Fundamental; ii) El bloque de constitucionalidad establecido por el art. 410.II de la Norma Suprema, que permite el control difuso de convencionalidad; iii) Los principios interpretativos «*pro homine*» y de progresividad de los derechos humanos; iv) Los arts. 8.II y 232 de la citada Constitución, que consagran el valor y principio de igualdad que rige la administración pública; y, **v)** Las pautas del pre-

nombrado principio y la no discriminación para el acceso a la función pública, de acuerdo a los derechos a la participación política, a la participación político-electoral en condiciones de igualdad y no discriminación, y de acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos, todos del «*corpus iuris*» de derechos humanos; se debe aplicar preferente del art. 23 de la CADH, dejando sin efectos generales aquella restricción discriminatoria (exigencia de renuncia de tres meses), para el acceso a los cargos públicos de categoría electiva establecida en el art. 238.3 de la CPE, que en su excepción favorece de manera injustificada solamente al Presidente y al Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando otras autoridades electas igual tienen el derecho de acceder nuevamente a cargos públicos electivos en condiciones de igualdad y no discriminación; agregando que, por el principio de interdependencia de los derechos humanos, esta restricción igualmente afecta de manera indirecta o colateral otros derechos fundamentales.
Finalmente, se debe precisar que el estándar o parámetro de convencionalidad identificado es coherente y concordante con los arts. 26 y 28 de la CPE; por lo que, la inaplicación referida no representará afectación a la coherencia interna de la propia Ley Fundamental (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2019).

Como se puede colegir, si lo incorrecto, inequitativo, indebido e injusto era que el presidente y vicepresidente del Ejecutivo puedan permanecer en el ejercicio de sus cargos públicos al postularse a la reelección, lo lógico era que a éstos se les imponga esa carga y no que a todos se amplíe el privilegio. No se tomó en cuenta el fundamento de la limitación. Sofisma que, una vez más, permite apreciar la «desconstitucionalización del ordenamiento jurídico» con una seria afectación al Estado constitucional de Derecho al quebrar la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, la igualdad que, como advertimos, son parte de la esencia de un Estado constitucional de derecho. Gracias a esa decisión, recursos públicos fueron empleados para la campaña electoral oficialista quebrando, una vez más, postulados básicos de una democracia.

### C. La «autoprórroga» de mandato en las altas Cortes

La Constitución de 2009 implementó en Bolivia la elección popular para magistrados y magistradas de las denominadas Altas Cortes, es decir, el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Agroambiental, el Tribunal Supremo de Justicia y de los consejeros y las consejeras del Consejo de la Magistratura. Como explicamos, el proceso contempla dos etapas, la primera de preselección a cargo de la Asamblea Legislativa Plurinacional y, la segunda, a cargo del Tribunal Supremo Electoral como responsable de administrar la elección popular que, en el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional se lleva a cabo en circunscripción departamental para que cada uno de los nueve Departamentos existentes en Bolivia esté representado.

Así debía procederse el año 2023, porque fruto de las elecciones del año 2017 el período de las personas electas terminaba el 31 de diciembre de 2023. Pero el Reglamento de Preselección de Candidatas y Candidatos aprobado el año 2022 para ese fin por el Legislativo estuvo tan mal elaborado que, fruto de acciones constitucionales, quedó sin efecto. La Asamblea elaboró un nuevo Reglamento que se hizo público el 22 de abril de 2023, pero tanto éste como la Convocatoria fueron sometidos a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, que declaró su inconstitucionalidad mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional 0060/2023, de 31 de julio (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2023).

Cuando la Asamblea elaboraba un «Proyecto de Ley Transitoria para las Elecciones Judiciales 2023-2024» para reencaminar el proceso, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia activó una consulta previa de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. Los temas sustanciales en los que se asentó la consulta eran, sin duda, interesantes al grado de haberse declarado la inconstitucionalidad de varias disposiciones del citado Proyecto de Ley. Téngase en mente que, entre los actores calificados como afines al «arcismo» se encontraba el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, el consultante, y todas las personas que integraban en ese momento el Tribunal Constitucional Plurinacional que, además, debían cesar en sus funciones el 31 de diciembre de 2023.

EL Tribunal emitió la Declaración Constitucional Plurinacional 0049/2023, de 11 de diciembre (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2023), declarando la inconstitucionalidad de varios de los artículos consultados, así como la constitucionalidad de otros, pero sumó a ello algo no pedido por el consultante u otra persona dentro o fuera de la tramitación de la consulta constitucional:

> 4° Se dispone la prórroga de mandato de las autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional en actual ejercicio, de manera excepcional y temporal, hasta que se elijan y posesionen a las nuevas autoridades, fruto de la preselección desarrollada por la Asamblea Legislativa Plurinacional y del proceso electoral llevado a cabo por el Órgano Electoral Plurinacional; conforme al marco contenido en la Constitución Política del Estado y conforme a lo razonado en la presente Declaración Constitucional Plurinacional; y,
> 5° Exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional, cumplir sus funciones y atribuciones constitucionales en cuanto a la preselección de las candidatas y los candidatos a los altos cargos del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, de manera inmediata por el carácter excepcional y temporal ya establecido (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2023).

La *ratio decidendi* de esa Declaración señala:

> Consiguientemente, con el objeto de resguardar la supremacía constitucional, así como el Estado Constitucional de Derecho y garantizar el ejercicio pleno de los

> derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, basados en el principio de independencia e igual jerarquía de órganos, consagrados en el art. 12 de la CPE, corresponde disponer mediante el presente fallo, la continuidad de las funciones de las autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2023).

En pocas palabras, alegando que no podía existir vacío ni vacancia en cualquiera de los Órganos del Estado, quienes cesaban sus funciones al haberse cumplido el período constitucional para el cual habían sido electo y electas, decidieron «sacrificarse» por Bolivia y mantenerse en sus cargos a título de conservar incólume el Estado constitucional de Derecho.

Es escandaloso que los magistrados y magistradas del Tribunal que conocieron y resolvieron esa consulta constitucional hubiesen sido las que tenían un interés directo en la decisión a tomarse. Pero, lo es también el haber materializado la «desconstitucionalizacion del ordenamiento jurídico» al ignorar el elemento básico de un Estado constitucional de derecho en lo que a la temporalidad de los cargos públicos se refiere, pese a existir otras alternativas constitucionales que, públicamente, las habíamos expuesto (La Patria, 2025). Decisión que, además, terminó por impedir el ejercicio del derecho a elegir a las bolivianas y a los bolivianos que consagra la Constitución, independientemente de que se comparta o no ese mecanismo para la integración de las denominadas Altas Cortes. La «desconstitucionalización» se evidenció, además, al haberse violentado la rigidez de la Constitución, su fuerza vinculante, aplicación directa y no haberse hecho una interpretación conforme. Ello trastoca, claramente requisitos esenciales de un Estado constitucional de Derecho, así como se pierden los elementos indispensables de éste relativos a la existencia de límites al ejercicio del poder, la seguridad jurídica y la libertad que en su momento puntualizamos. Esa decisión es, actualmente, motivo de tensión y cada decisión que toman el Tribunal Constitucional Plurinacional termina por ser objeto de desconfianza y duros cuestionamientos (El Deber, 2025).

### D. Una persona puede, al mismo tiempo, presidir el Poder Ejecutivo y el Legislativo

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0113/2024, de 27 de diciembre (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2024), resolvió un recurso directo de nulidad, por el que cualquier persona puede acudir directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, procurando la nulidad del acto. Como sostiene Asbun:

> si el Estado boliviano ha sido creado para proteger la dignidad y la libertad de las personas, es decir, está en su ontología, la nulidad de los actos de autoridad que actuó sin jurisdicción y/o sin competencia, se constituye en una garantía para que

> las autoridades alcancen los fines y valores superiores previstos en la Constitución, ajustando sus actos estrictamente a la distribución competencial establecida en la misma, o sea, afectar los derechos o intereses de los ciudadanos ni las competencias del resto de las autoridades públicas, porque el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico es un requisito esencial del Estado de Derecho (2003).

A ello se suma que el art. 174.1 de la Constitución atribuye al vicepresidente del Ejecutivo, entre otras tareas, la de «Asumir la Presidencia del Estado, en los casos establecidos en la presente Constitución», siendo uno de estos, como lo señala el art. 169.II (Gaceta oficial de Bolivia, 2019), el de ausencia temporal por viaje al exterior del país. Pero también se tiene previsto en el art. 153.I que: «La Vicepresidenta o el Vicepresidente del Estado presidirá la Asamblea Legislativa Plurinacional» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Dicha norma se desagrega en los reglamentos de debates de la Asamblea Legislativa Plurinacional, estableciéndose que en caso de ausencia o impedimento del vicepresidente del Ejecutivo, quien preside el Senado, este facultado para convocar a sesiones de aquella.

En lo que al contexto de dicha sentencia se tiene que el fraude que materializó el año 2019 derivó en que Morales obtenga asilado político en la República Argentina, previo paso por México, y puso como candidato de su partido político a la presidencia del Poder Ejecutivo a Luis Alberto Arce Catacora y a David Choquehuanca a la vicepresidencia del Ejecutivo. El Movimiento Al Socialismo obtuvo más del 54% de votos (Tribunal Supremo Electoral, 2020), lo que le permitió contar con 73 de los 130 curules en la Cámara de Diputados y 21 de los 36 curules en la Cámara de Senadores. El resto de los curules terminaron en poder de otras dos fuerzas políticas (Comunidad Ciudadana y Creemos).

Pasado un tiempo, la relación entre el expresidente Morales y el presidente Arce Catacora se deterioró al grado de fracturarse la bancada parlamentaria oficialista entre «arcitas» y «evistas». Así, los primeros pasaron a ser menos, en número, que los segundos en Diputados, pero en el Senado el ala «masistas» se mantuvo como mayoritaria, eligiendo presidente de esta Cámara a Andrónico Rodríguez que se ha mantenido en el cargo desde el año 2020 hasta el presente.

En ese contexto, un tema que ahondó diferencias entre «arcista» y «masistas», fue la aprobación de un proyecto de Ley cuyo objeto era cesar de sus funciones a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional y de otras Altas Cortes que se habían «autoprorrogado», como se explicó anteriormente. Conforme al procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, al haberse aprobado dicho Proyecto de ley en el Senado y no haberse pronunciado la Cámara de Diputados en un tiempo determinado, el debate debía trasladarse al pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La convocatoria a ésta debía hacerla Choquehuanca en su calidad de presidente de esa Asamblea, pero no lo hacía al ser negativa la correlación de fuerzas para los «arcistas».

En cierto momento Arce Catacora se ausentó de territorio nacional y el vicepresidente asumió interinamente la presidencia del Ejecutivo, lo que supone el ejercicio a plenitud de las atribuciones que la Constitución establece para ese puesto público. Aprovechando ese escenario, el presidente del Senado convocó a sesión de la Asamblea Legislativa a título de presidente interino de ésta, asumiendo que en tanto Choquehuanca presidía el Ejecutivo, estaba impedido de también hacerlo con el Legislativo, toda vez que el art. 12.III de la Constitución establece que «Las funciones de los órganos públicos no pueden ser resumidas en un solo órgano ni son delegables entre sí». (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Poco antes de instalarse esa sesión, funcionarios judiciales notificaron al Senado con un Auto de admisión del recurso directo de nulidad interpuesto por un diputado «arcista» lo que conllevaba la suspensión de la competencia de la autoridad recurrida. Pese a ello Rodríguez instaló la sesión y, entre otros temas, sancionó la Ley de cese de funciones de los magistrados «autoprorrogados». El Tribunal, advertido de ello por el recurrente y sin ingresar al problema de fondo, emitió un Auto Constitucional declarando nulos de pleno Derecho todos los actos legislativos efectuados por el presidente del Senado y, luego, abordó el tema de fondo, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0113/2024, de 27 de diciembre, entendiendo como eje medular de la discusión si el hecho de que el vicepresidente del Ejecutivo asuma interinamente la presidencia del Ejecutivo generaba impedimento o ausencia que le impida presidir la Asamblea Legislativa Plurinacional. Entre los fundamentos jurídicos que expone el Tribunal, se encuentra el siguiente: «el cargo de la Vicepresidencia del Estado es insustituible y no admite que en caso de quedar acéfalo temporal o definitivamente, sea posible su reemplazo por ninguna otra autoridad; excepto para el ejercicio de la presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional y únicamente en circunstancias de ausencia o impedimento». En ese sentido, el Tribunal evidenció que Choquehuanca se encontraba en ejercicio de la Presidencia del Estado pero que ello:

> No implicaba de modo alguno un impedimento de continuar presidiendo la Asamblea Legislativa Plurinacional, por ser ésta una facultad inherente a su calidad de Vicepresidente; misma que no quedó vacante en circunstancia de la ausencia temporal del primer mandatario, sino que al ser indisoluble a la vicepresidencia del Estado, se mantiene ingénita a éste aún cuando asuma la presidencia en ejercicio, puesto que así se mantiene el diseño constitucional del funcionamiento del Órgano Legislativo, conforme al art. 153.I de la CPE, que hace inmanente a la vicepresidencia –es decir, a dicho representante del Órgano Ejecutivo– la dirección de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017).

En base a ese razonamiento, el Tribunal generó un sofisma para eludir el tema central de debate, consistente en la viabilidad o no de que una persona asuma la presidencia de dos poderes del Estado al mismo tiempo, limitándose a señalar:

> nunca concurrió la factibilidad de quebrantar el diseño constitucional contenido en el art. 153.I de la CPE, que impone a la Vicepresidencia –como representante del Órgano Ejecutivo– a presidir la Asamblea Legislativa Plurinacional. Motivo por el cual, es evidente que la autoridad ahora recurrida Andrónico Rodríguez Ledezma, Presidente de la Cámara de Senadores–, incurrió en usurpación de funciones del Vicepresidente del Estado, al ejecutar actos que son propios de dicha autoridad en el ejercicio de su facultad indisoluble e inherente a su persona como Presidente Nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2027).

Puede apreciarse que dicha determinación presenta dos elementos complejos. Por una parte, la existencia de un interés directo en el caso de los magistrados y magistradas del Tribunal al estar en juego su permanencia en esos cargos. Por otra parte, la abierta contravención a lo establecido en la Constitución al viabilizar que una persona concentre el poder al presidir, al mismo tiempo, los poderes Legislativo y Ejecutivo. Nótese que, en lo que al segundo punto se refiere, la decisión del Tribunal es una grosera forma de «desconstitucionalización» al anular la división o separación de poderes que es, a su vez, pilar fundamental de un Estado constitucional de derecho.

### E. Anulación de la censura a ministros del Ejecutivo

La Constitución vigente en Bolivia, apegada a la mayor parte de las que la preceden, combina los sistemas presidencialista y parlamentarista, con claro énfasis en los del primero. Así, por ejemplo, se tiene que quien preside el Ejecutivo es electo en elección general en circunscripción nacional, debe hacer cumplir la Constitución, tiene un período fijo y amplia discrecionalidad para la designación de sus ministros o ministras por lo que no requiere conformidad, ratificación o hacer consulta del Legislativo. El art. 172.2 de la Constitución señala que es atribución del presidente «Designar a las Ministras y a los Ministros de Estado, respetando el carácter plurinacional y la equidad de género en la composición del gabinete ministerial» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Los ministros o ministras, por cierto, son piezas centrales para la concreción de las atribuciones que se les asigna al Ejecutivo, tal como se lo aprecia cuando se toma nota de lo que se establece en el art. 175. 2 al atribuirles la tarea de «Proponer y dirigir las políticas gubernamentales de su sector» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). La designación de los ministros y las ministras se la realiza mediante Decreto Presidencial al entenderse que se trata de la aplicación directa del contenido constitucional sin que deba, al efecto, requerirse Ley que organice o estructure los ministerios.

Pero la Constitución boliviana también incorporó un mecanismo propio de un sistema parlamentarista, en el art.158.I.18, al atribuir a la Asamblea Legislativa Plurinacional la de: «Interpelar, a iniciativa de cualquier asambleísta, a las Ministras o

los Ministros de Estado, individual o colectivamente, y acordar la censura por dos tercios de los miembros de la Asamblea. La interpelación podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras. La censura implicará la destitución de la Ministra o del Ministro» (Gaceta oficial de Bolivia, 2019). Previsión que procuró insertar una solución a un problema operativo que se lo atribuía al diseño constitucional precedente consistente en que la censura a un ministro llevada a cabo por el Legislativo solía encontrar, como respuesta del Ejecutivo, la ratificación en el cargo de la persona censurada.

En ese marco, se tiene que el fraude electoral llevado a cabo por Evo Morales y su partido político el año 2019, derivó en que aquél renuncie a la presidencia y obtenga asilo del gobierno mexicano, dando lugar a que se active la línea de sucesión prevista en la Constitución. La senadora Jeanine Añez terminó asumiendo la presidencia del Ejecutivo, pero como resultado de las elecciones generales del año 2014 generó que más de dos tercios de los curules de las Cámaras de la Asamblea Legislativa sean ocupados por masistas. Aprovechando esa aplastante mayoría parlamentaria, se censuró a un ministro de la señora Añez. Ésta procedió a destituirlo, como manda la Constitución, pero casi de forma inmediata, lo volvió a designar en la misma cartera de Estado. El Legislativo reaccionó sancionando la Ley N° 1350, de 16 de septiembre de 2020, estableciendo que la censura debía estar acompañada por la destitución dentro de las veinticuatro horas siguientes, que la persona destituida no podía ocupar otro cargo público por un período de tres años y que el no proceder a la destitución derivaba en proceso penal contra el presidente o la presidenta del Ejecutivo.

Con el cambio de gobierno concretado el año 2020, la correlación de fuerzas cambió en el Legislativo y asumió la presidencia del Ejecutivo, como tenemos expuesto, Arce Catacora. En tanto el accionar masista fue armónico, los pedidos de informes a los ministros terminaban en aplausos y alabanzas públicas, pero nunca en censura. El escenario cambió al dividirse la bancada oficialista entre «arcistas» y «evistas», dando lugar a que éstos últimos junto con otros parlamentarios de oposición, alcancen los dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Siendo previsible que esas censuras llegaran a producirse, un diputado de la línea «arcista» había presentado, el 24 de mayo de 2022, una acción abstracta de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley que Regula los Efectos de la Censura Determinada por la Asamblea Legislativa Plurinacional a los ministros del Ejecutivo. La respuesta del Tribunal se plasmó en la SCP 0020/2023, de 5 de abril, que declaró la inconstitucionalidad de las sanciones penales, pero declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la citada Ley, de tal forma que censurado el ministro o la ministra, debe procederse a su destitución sin poder ser nuevamente designado en el mismo cargo alegando un vacío de la Ley en el sentido de no precisarse que debía procederse en otro sentido.

Aconteció que el 27 de junio del año 2023 se censuró al ministro de Gobierno del presidente Arce Catacora (Blomberg Linea, 2025), a lo que siguió su destitución

e inmediata posesión de la misma persona en el mismo cargo indiferente a las críticas por la inconstitucionalidad de su proceder. Luego, las bancadas «evistas» y de oposición en el ejercicio de la facultad de fiscalización del Legislativo, convocaron a otros ministros para que presten informes siendo previsibles varias censuras. Ane ello, varios ministros del presidente Arce optaron por presentar una acción de amparo constitucional alegando, en términos generales, que el procedimiento de censura no respetaba las exigencias de un debido proceso y afectaba el derecho al trabajo. Como lo reflejó un medio de prensa: «En agosto de 2023, una sala constitucional de La Paz suspendió provisionalmente las interpelaciones mediante una medida cautelar, tras una acción de amparo presentada por el Ministro de Economía a la que se adhirieron varios miembros del gabinete». (La Razón, 2025).

Esa acción de amparo constitucional, hasta la fecha, no ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional, operando la medida cautelar señalada como una forma de «desconstitucionalización» al haberse privado al Legislativo de una de las medidas importantes atribuciones de control y fiscalización que le son inherentes. El Tribunal quebró, por omisión, una vez más, la separación de poderes, la supremacía constitucional y la seguridad jurídica, entre otros aspectos. El Estado constitucional de derecho se ve así, nuevamente, dañado

## 6. CONCLUSIONES

Al iniciar estas páginas, destacamos las promisorias palabras de Simón Bolívar y afirmamos que, para los bolivianos, desde ese tiempo hasta el presente, las venturas se reducen a relámpagos, más aún, en lo que a su sistema de administración de justicia se refiere con énfasis en lo concerniente al control de constitucionalidad. Salvo períodos excepcionales, la regla fue la inactividad y el sometimiento a las directrices del Poder Ejecutivo, generando con su jurisprudencia la «desconstitucinalización del ordenamiento jurídico» y revirtiendo los avances alcanzados en lo que a construcción del Estado constitucional de derecho se refiere.

Así lo evidencian los cinco casos que destacamos en el presente trabajo. Cada una de ellas devela una planificación y digitación para que las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Plurinacional sean las apetecidas por quienes presiden el Poder Ejecutivo. Afirmación que se sustenta al emplear, como criterios de evaluación, siete criterios de la «constitucionalización del ordenamiento jurídico» boliviano. Paradójico resultado cuando ese órgano de control constitucional encuentra como fundamento para su existencia, prevenir y combatir las acciones y omisiones de «desconstitucionalización», con el consecuente impacto negativo en los pilares esenciales de un Estado constitucional de Derecho que, como se tiene advertido, aparentemente caracterizan a Bolivia.

Las decisiones jurisdiccionales constitucionales seleccionadas no son, ciertamente, las únicas. Su selección no responde a la búsqueda de aquellas anecdóticas,

casuales o accidentales, sino a la identificación de contenidos que develan la instrumentalización del Tribunal Constitucional Plurinacional. El número de ese tipo de decisiones es mayor con contenidos no menos complejos ni menos ponzoñosos para la construcción de un Estado constitucional de derecho.

Los cinco ejemplos seleccionados también permiten apreciar cómo se deteriora el Estado cuando el órgano de control constitucional no pone freno a los afanes autoritarios o totalitaristas del gobernante. Develan, desde nuestro punto de vista, como bajo el barniz de elección democrática de magistrados y magistras, un partido político coptó las magistraturas constitucionales para «desconstitucionalizar el ordenamiento jurídico». Sin justicia ni seguridad jurídica, se abren las puertas para la violencia. También permiten comprender que decisiones jurisdiccionales constitucionales aberrantes proyectan sus perversos efectos en el tiempo, sin que se logren reparar aun cuando, en el futuro, se las deje sin efecto. Construir un Estado constitucional de derecho no es tarea sencilla y lleva tiempo; destruirlo es más fácil y se lo puede hacer con rapidez.

Frente a estas conclusiones podrán esgrimirse otras decisiones jurisdiccionales constitucionales cuyo contenido, se diga, favorecen o fortalecen los Derechos Humanos. Argumento que, de ser cierto, no tiene por qué generar alabanzas o ameritar felicitaciones, porque el órgano de control de constitucionalidad boliviano fue creado para ello. Además, inclusos esos avances terminan ser relativas al ver frenados sus efectos por la afectación a los pilares esenciales de un Estado constitucional de derecho por la «desconstitucionalización» señalada.

Pero, como suele afirmarse, estos períodos de crisis aparejan esperanza para avanzar, y eso es lo que, desde nuestro punto de vista, acontece en Bolivia. Las bolivianas y los bolivianos no cesan en su afán por lograr que el Estado preserve y proteja la libertad y la dignidad del ser humanos, para lo cual, persiste en el esfuerzo de materializar la «constitucionalización de su ordenamiento jurídico» para lograr el imperio del contenido axiológico contenido en la Constitución Política del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

ARZE QUIROGA, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Bolivia 1825 – 1990,* Los Amigos del Libro, La Paz, 1991.

ASBUN, Jorge, *recurso directo de Nulidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* El País, Santa Cruz, 2003.

AAVV, *Bolivia. Su historia,* Plural, La Paz, 2014.

AAVV, *Tribunal Constitucional. Comentarios y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano, tomo I Parte General*, Fondo Editorial de los Diputados, La Paz, 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho,* Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2ª edición, Caracas, 2016.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional,* Depalma, Buenos Aires, 1966.

CLAVERO, Bartolomé, «El Tribunal Constitucional entre justicia del Estado Plurinacional y justicia de los Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas», en *Memoria. Conferencia Internacional Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional,* Editora Presencia, La Paz, 2010.

COSSIO DÍAZ, José Ramón, «Estado de Derecho. conceptos, funciones y límites», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional – 2007,* Fundación Konrad Adenahuer, pp. 51-72, 2007, recuperado el 28 de marzo de 2025, de https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/678883

DIPPEL, Horst, «El surgimiento del constitucionalismo moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas», en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 23, 2008, pp. 11-32, recuperado el 6 de abril de 2025, de https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38120

FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, Emilio, *Diccionario de derecho público,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810 – 2010),* Katz, Buenos Aires, 2010.

GOITIA CABALLERO, Carlos Alberto, *Constitución política y justicia indígena originaria campesina: potestades de generación normativa y administración de justicia,* Fundación Friedrich Ebert, La Paz, 2012, recuperado el 20 de junio de 2025, de https://library.fes.de/pdf-files/bueros/bolivien/10011/

GOITIA CABALLERO, Carlos Alberto, «Evaluación necesaria desde el ángulo político», en Tribunal Constitucional – Agencia Española de Cooperación Internacional, *La justicia constitucional en Bolivia 1998 – 2003,* Kipus, pp. 821-866, Sucre, 2003.

GOITIA CABALLERO, Carlos Alberto, «El derecho a una acción directa», en revista Ciencia y Cultura, núm. 35, 2015, pp. 85-105, recuperado de http://www.scielo.org.bo/pdf/rcc/v19n35/v19n35_a05.pdf

GOITIA CABALLERO, Carlos Alberto, «La sucesión presidencial en Bolivia», en *Tribuna Jurídica Revista Científica,* núm. 2, 2021, pp. 1-22, recuperado el 24 de abril de 2025, de https://dicyt.uajms.edu.bo/revistas/index.php/tribuna-juridica/article/view/637

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional,* Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2001.

HIRSCHMANN, Pablo Gustavo, «La desconstitucionalización en la Argentina (1928 – 2011), en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,* num. XXXVIII-II, 2011, pp. 227-380, recuperado el 3 de abril de 2025, de https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/03-Hirschman.pdf

HUG, Aziz Z., *The rule of law. A very short history,* Oxford University Press. Nueva York, 2024.

INSTITUTO RAOUL WALLENBERG DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, *El estado de derecho. Guía para políticos,* traducción de R.

Mullerat, Suiza, s/d, recuperado el 23 de abril de 2025, de https://rwi.lu.se/app/uploads/2013/10/El-estado-de-derecho.pdf

JORDÁN DE ALBARRACÍN, Betty, *Documentos para una historia constitucional boliviano,* Talleres Gráficos San Antonio, La Paz, 1978.

MESA, José de, GISBERT, Teresa, y MESA GISBERT, Carlos D., *Historia de Bolivia,* Editorial Gisbert, 7ª edición, La Paz, 2008.

ORIAS, Ramiro, y SCHWARZ, Vivian, «La prolongada crisis del sistema de justicia: expectativas defraudadas y erosión democrática», en FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER E.V. & CIUDADANÍA, *La democracia en los ojos de la gente: 25 años de cultura política en Bolivia,* Plural, 2024, pp. 49-74). La Paz: Plural, recuperado el 16 de mayo de 2025 de https://www.kas.de/documents/288373/288422/La+democracia+en+los+ojos+de+la+gente.pdf

PAZ, Luis, *La Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Su historia y jurisprudencia,* Imprenta Bolívar de M. Pizzarro, Sucre, 1910.

PÉREZ ARNEZ, Miguel Ángel, «Análisis de los resultados electorales del referéndum nacional constituyente 2009», en FUNDEMOS – Fundación Hans Seidel, *Opiniones y Análisis*, núm. 98, pp. 71-99, 2009.

PINTO DÁVALOS, Henry A., «El control de constitucionalidad en Bolivia: su génesis, evolución, tendencias y sugerencias», en *Estado de Derecho y la justicia constitucional en el siglo XXI. Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional,* Kipus – UPSA, pp. 295-319, Santa Cruz, 2004.

RIDOLFI, Giorgio, «La idea del estado de derecho: su surgimiento, evolución y actualidad», en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* núm. 45, 2021, pp. 303-321.

RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia,* Kipus, 3ª edición, Cochabamba, 2012.

ROCA, José Luis, *Ni con Lima ni con Buenos Aires. La formación de un Estado nacional en Charcas,* Plural – Instituto Frances de Estudios Andinos, La Paz, 2007.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional,* Tecnos, Madrid, 1996.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, «El concepto de «desconstitucionalización»», en revista *Derecho,* PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, núm. 61, 2008, pp. 399-412, recuperado el 7 de marzo de 2025, de https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656154022.pdf

SAGÜÉS, Néstor Pedro, «Cultura constitucional y desconstitucionalización», en *Anuario de Derecho Constitucional* FUNDACIÓN KONRAD ADENHAUER, 2010, pp. 97-108.

SALAMANCA, Daniel, *La entecada arquitectura de las 18 constituciones de Bolivia,* Grafica Jireh, La Paz, 2006.

TRIGO, Ciro Félix, *Las constituciones de Bolivia,* Atenea – Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2ª edición, La Paz, 2003.

**Sentencias constitucionales empleadas**

Sentencia Constitucional 0074/2006, de 5 de septiembre, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/14816

Sentencia Constitucional 0258/2011-R, de 16 de marzo, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/22107

Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017, de 28 de noviembre, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/150754

Sentencia Constitucional Plurinacional 0032/2019, de 9 de julio, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/162079

Sentencia Constitucional Plurinacional 0020/2023, de 5 de abril, https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/190505

Sentencia Constitucional Plurinacional 0060/2023, de 31 de julio, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/193797

Declaración Constitucional Plurinacional 0049/2023, de 11 de diciembre, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/200072

Sentencia Constitucional Plurinacional 0113/2024, de 27 de diciembre, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/210410

Sentencia Constitucional Plurinacional 0007/2025, de 13 de mayo, disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/211027

**Notas de prensa**

Agencia de Noticias Fides. (26 de 06 de 2025). *https://www.noticiasfides.com/nacional/politica/lima-acusa-a-evo-de-la-eleccion-de-los-actuales-magistrados-y-dice-que-ahora-no-decidira-421549*.

Blomberg Línea. (23 de 04 de 2025). *https://www.bloomberglinea.com/2023/06/28/censura-al-ministro-del-castillo-cual-fue-el-motivo-y-que-implicancias-tiene/*.

El Deber. (02 de 05 de 2025). *https://eldeber.com.bo/pais/autoprorroga-de-mandato-de-magistrados-provoca-tension-y-anuncios-de-juicio_351385/*.

La Patria. (17 de 06 de 2025). *https://lapatria.bo/2023/10/07/exministro-propone-designacion-de-magistrados-interinos-para-llenar-vacio-de-poder-en-el-organo-judicial/*.

La Razón. (16 de 04 de 2025). *https://larazon.bo/nacional/2025/06/24/senador-plantea-reponer-interpelaciones-y-censura-a-cambio-de-aprobar-creditos/*.

La Razón. (29 de 05 de 2025). *https://larazon.bo/nacional/2025/06/27/evistas-amenazan-sin-evo-no-habra-elecciones-en-el-alto/*.

**Informes**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2024). Recuperado el 13 de 04 de 2025, de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/CohesionSocial_Bolivia_SPA.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de 06 de 2025). *https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf*.

García Sayán, Diego (2022). (O. d. Consejo de Derechos Humanos, Ed.) Recuperado el 13 de 04 de 2025, de https://docs.un.org/es/A/HRC/50/36/Add.1

Organización de Estado Americanos. (22 de 05 de 2025). *https://www.oas.org/es/sap/deco/informe-bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Analisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20(OSG).pdf*.

Organización de Estados Americanos. (12 de 06 de 2025). *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*.

Organización de las Naciones Unidas. (5 de 05 de 2025). *https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/*. Obtenido de https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/.

**Instrumentos normativos**

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, *Constituciones Políticas del Estado 1826 – 2009*, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, 2019.

Decreto Ley N° 12760, de 6 de agosto de 1975

Ley N°1836, de 01 de abril de 1998, denominada «Ley del Tribunal Constitucional»

Ley Nº 026, de 30 de junio de 2010, denominada «Ley del régimen electoral»,

Ley N° 027, de 6 de julio de 2010, denominada «Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional»

**Referencias del Tribunal Supremo Electoral**

Tribunal Supremo de Electoral. *https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/02/ley_757_convocatoria.pdf*.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2020/10/Separata_Resultados_EG_2020.pdf*.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/democracia-representativa/elecciones-judiciales-2024/*.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/procesos-electorales-y-consultas/elecciones-generales/elecciones-generales-2009/*.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/procesos-electorales-y-consultas/referendos/referendo-constitucional-2016/*. Obtenido de https://www.oep.org.bo/procesos-electorales-y-consultas/referendos/referendo-constitucional-2016/.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/procesos-electorales-y-consultas/referendos/referendo-constitucional-2016/*.

Tribunal Supremo Electoral. *https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2018/01/separata_resultados_elecciones_judiciales_2017.pdf*.

# Justicia constitucional y Estado de Derecho en Centroamérica

# Justicia constitucional y Estado de Derecho en Centroamérica

*José Mario Achoy Sánchez*
*Investigador predoctoral, Universidad Complutense de Madrid.*
*Profesor de la Universidad de Costa Rica*

## 1. CUESTIONAMIENTO DE PARTIDA

Cuando se trata de estudiar fenómenos sociales, políticos y jurídicos en América Latina, la región centroamericana usualmente pasa inadvertida. Una de las principales razones es su magnitud territorial, si se compara con otros países del propio continente cuya cobertura es significativamente más amplia. También se podrían citar motivos como el hecho de que no hay, en esta zona en particular, potencias geopolíticas americanas con el potencial de generar desequilibrios sustanciales en la estabilidad económica o política de América Latina. Si se opta por la búsqueda de razones un poco más esperanzadoras, podría afirmarse que los países centroamericanos usualmente pasan poco sobre la lupa debido a que su carácter pacífico les mantiene alejados de discusiones y conflictos geopolíticos. O, podría decirse, existen realidades más complejas en otras latitudes latinoamericanas, respecto de las cuales más bien Centroamérica goza de aspectos un poco más favorables.

Los análisis que pretenden levantar comparaciones en estos ámbitos regionales usualmente deben sopesar, al menos, dos aspectos: si se realiza un abordaje a profundidad para conocer con detalle la realidad de cada uno de los países bajo examen, sacrificando la posibilidad de un resultado más amplio en cuanto a su extensión; o, por el contrario, si se analizan más países en demérito de la exhaustividad con la que se puedan estudiar más internamente esas realidades.

En la materia que aquí ocupa –entiéndase, lo jurídico–, Centroamérica tuvo un auge importante durante la consolidación institucional y republicana que se levantó

durante el siglo IXX. Tanto es así que, en momentos puntuales, una idea de integración federalista intentó cobrar vida en medio de tantas diversidades y adversidades para el surgimiento político que le correspondía afrontar a cada uno de los países de la región.

Es lo usual que, al aproximarse a este ámbito geográfico como objeto de estudio, se tenga la posibilidad de buscar esa exhaustividad a la que se hizo mención en líneas atrás, sin que se tenga que incurrir en bajar el tono a la extensión del análisis. Esto es así, por las características y elementos en común que tuvieron en su momento los países centroamericanos desde la fundación de los sistemas políticos que hasta ahora están vigentes.

Claro está que la profundidad de la revisión siempre tendrá un *algo más*, respecto de lo cual se echará de menos no haber llegado o abordado; sin embargo, para efectos de esta contribución académica, se procurará que el análisis en cuestión aborde la mayor dosis posible de realidad jurídico-constitucional contemporánea, integrando los elementos espaciales que a la fecha mantienen de algún modo unida a la región.

Esta contribución académica saca provecho de la oportunidad de problematizar Centroamérica desde un enfoque jurídico, para analizarla críticamente desde las perspectivas pasadas y actuales del Estado de Derecho y la justicia constitucional en la región. De ahí la importancia de tomar aquellos elementos en común asociados al surgimiento regional del Estado-Nación en cada uno de los territorios, a la vez que se contrasta con los desafíos actuales que se han decantado por espacios de trascendencia como ocurre con la jurisdicción constitucional.

Es común encontrar en el material académico producido en décadas pasadas, una referencia a la idea del *patrimonio constitucional centroamericano* como un bloque jurídico de elementos históricos y normativos en común (Castillo Amaya, 2017; Herrera & Hernández, 2021; Ulate, 2018; Vásquez, 2012). Ciertamente, la región presenta una identidad en cuanto a su momento constitucional originario e independentista en torno al inicio del siglo IXX.

Tres son los aspectos que, de modo general, resumen la idea de unicidad constitucional regionalizada. El primero de ellos es eminentemente político: los procesos de independencia tuvieron un momento casi sincrónico en las diversas partes del territorio. De la mano con lo que ocurría en otras latitudes, la comunidad centroamericana afrontó su momento de separación de la corona en medio de una ventana de oportunidad para iniciar el proceso de surgimiento institucional. Aunque, se debe reconocer, la experiencia independentista no se acompañó a una idea predominante de gobierno, mucho menos de Estado. La posibilidad constitucional de generar una nación en estos territorios se encontraba poco madura y por el resto de casi todo el siglo los pueblos centroamericanos atestiguaron alta convulsión e inestabilidad. La independencia, en sí misma, no marcó una línea común de desarrollo constitucional. No necesariamente por la ausencia de consenso para establecerla; sino, debido a una multiplicidad de factores que opacaban cuál era esa idea constitucional conjunta.

El segundo de los aspectos que justificaría la referencia de unicidad constitucional centroamericana es de orden territorial. Si la propia distribución del poder político había configurado en el siglo XVIII varios asentamientos para efectos de organización, no se encontraron motivos para desdibujarlos después de los procesos de independencia. Por el contrario, esos puntos geográficos poco a poco se consolidaron como ejes centrales para lo que, a futuro, se consolidaría a modo de un Estado-Nación en esos países.

Es decir, los órdenes territoriales del eje socio político, con un rol de fuente material, sostuvieron después de los procesos de independencia su lógica geográfica de organización con leves variaciones. Esa dinámica propició las condiciones para que el surgimiento constitucional posterior, se viera correspondido con dinámicas de ejercicio de poder que habían sido prestablecidas. Tomando en consideración que tales integraciones traían consigo vínculos entre los distintos territorios centroamericanos, el desarrollo constitucional del siglo IXX no se ocupó de deshacerlos; por el contrario, más bien se observan intentos de unir en mayor medida las entidades políticas de la época. Un ejemplo de ello es la infructuosa República Federal Centroamericana.

Por último, tal como se señaló anteriormente, la unidad constitucional centroamericana atiende también a un parámetro normativo en común. No fue extraño que, después de la Constitución de Cádiz, los textos constitucionales que surgieron en la región tuviesen elementos normativos similares a esa referencia. Por el contrario, varios de los institutos políticos, los modelos de gobierno y la organización estatal que surge en esta zona geográfica durante los siglos IXX y XX, atienden a los resabios que perduraron del texto constitucional español. No solo por ser la norma suprema de referencia más inmediata en el pasado; sino, también, porque no puede olvidarse que varias personas provenientes de Centroamérica habían participado en las Cortes de Cádiz. Esas personas tuvieron influencia en la vida política que sobrevino en el auge de esos siglos. De ahí que las ideas y los valores constitucionales, tanto a nivel sustantivo como procedimental, se arrastraran con algunas variaciones.

Con el paso del tiempo, las vicisitudes políticas de la región ocasionaron que se cuestionara, incluso, si algunos de los textos eran normas constitucionales. Principalmente por el carácter unilateral con el que eran impuestos o por la ausencia de un verdadero poder constituyente de esencia popular. Lo cierto es que no puede negarse que la unidad constitucional centroamericana, aquella a la que se alude como un patrimonio, tienen un enfoque eminentemente normativo.

Ese es el cuestionamiento de partida sobre el cual inicia esta contribución académica. ¿Existe un patrimonio constitucional centroamericano? La línea jurisprudencial apunta hacia unas tergiversaciones que, si se posicionan en los mismos términos que la normatividad empleada para aludir al fenómeno de un patrimonio común, más bien desfiguran por completo esa idea de unicidad jurídica regional. Y esto es muy importante, porque las transformaciones sociales de índole constitucional que se quieran decantar a través de la normatividad deben superar unos filtros rígidos de reforma

a través de los órganos legislativos (poder constituyente derivado). Mientras que, por su parte, esos mismos asuntos podrían estar encontrando una serie de vías a través de la justiciabilidad constitucional para efectuar las variaciones al orden social y político del Estado de Derecho con una practicidad más flexible que aquella que implica la reforma constitucional. De ahí la importancia de superar la idea de un patrimonio constitucional centroamericano, cuya mirada se centra en lo normativo. Pues, desde un punto de vista basado en el *realismo jurídico*, si ese lente expande su visión a las trayectorias que ha tomado la jurisprudencia constitucional, bien se cuestionaría la validez conceptual a la referencia de un patrimonio común.

En el mismo sentido que lo expuesto en párrafos atrás, existen tres motivos jurídicos que obligan a hacer análisis detenido antes de entrar de lleno al doblegamiento del Estado de Derecho en la región.

El primero consiste en una crítica a la visión positivista con la que se llega a la conclusión de que existe un patrimonio constitucional centroamericano. No es posible afirmar la unidad del bloque si para ello se recurre excluir giros como los que ha tomado la justicia constitucional en la región. O, por decirlo de otro modo, se mira únicamente con los lentes de la normatividad, desconociendo que los bloques constitucionales han sido abruptamente diversos cuando se trata de justicia constitucional y Estado de Derecho; con realidades sumamente contrastantes.

La segunda obedece a que el Estado de Derecho en Centroamérica ha tomado diversos rumbos porque sus trayectorias, tanto jurídicas como de otras índoles, has perpetuado los esquemas de desigualdad social prexistentes en la región. El Estado de Derecho requiere un sistema de libertades, prestaciones y de garantías, así como de una justicia constitucional que se encargue de tutelar esos componentes. Sin embargo, como se explicará más adelante, los países centroamericanos no han enfrentado la materialización de esos ideales de la mano con la disponibilidad de los recursos económicos necesarios para su despliegue. Muchos de los derechos, garantías y libertades que provenían desde instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Hombre o la Convención Americana de Derechos Humanos, se incorporaron en el derecho interno mediante la fijación de esos elementos en el bloque normativo de constitucionalidad.

Cuando la lesión a estos derechos se elevó al conocimiento de los diversos tribunales constitucionales, las respuestas no fueron necesariamente similares. Esto se expondrá con detalle más adelante; sin embargo, se resume en el hecho de que algunos de esos órganos jurisdiccionales no dieron respuesta efectiva a la necesidad de intervención de la justicia constitucional. Otros lo hicieron, pero sus resoluciones no tuvieron efecto suficiente para reparar la violación de derechos fundamentales; y, en tercer lugar, algunos tribunales sí emitieron una solución a la disputa, aunque los Estados se vieron limitados en su capacidad institucional para dar cumplimiento a las reparaciones.

Cuando a los tribunales se les demandó aplicar el control de constitucionalidad sobre actos que infringían esas disposiciones, incluso teniendo facultades de impor-

tante magnitud como el carácter erga omnes de sus resoluciones, los Estados vieron debilitado su cumplimiento por una falta de gestión y de recursos para garantizarlo.

El tercer motivo por el que resulta difícil cobijar a toda la región sin que destaquen sus diferencias, atiende a la inestabilidad socio política que acontece en esos ordenamientos jurídicos. Al poner en retrospectiva las trayectorias institucionales y Estatales de estos países, fácilmente se observa que la regla lo han sido la alteración del ejercicio del poder político, los golpes de Estado, las guerras civiles y los altercados socio-institucionales. La vida un poco más pacifista y la ausencia de conflictos se marcan como una excepción.

Esto tiene repercusiones sobre los alcances y las posibilidades del Estado de Derecho; y, en particular, sobre garantías mínimas requeridas para un adecuado desarrollo de la justicia constitucional llamada a tutelarlo. Un Tribunal Constitucional, como lo ha caracterizado la literatura, es el guardián de la Constitución. Pero ¿qué ocurre cuando a ese guardián se le presenta un entorno de convulsión que le impide cumplir con su mandato de preservar el orden o, incluso, llega a tomar partido del propio conflicto generado en el sistema político al que pertenece?

También conviene subrayar que la presente reflexión ha pretendido desentrañar la complejidad que encierra la idea de un patrimonio constitucional centroamericano, mostrando que, más allá de la apariencia de homogeneidad normativa, persisten dinámicas jurídicas, políticas y sociales que desdibujan la posibilidad de afirmar una unicidad constitucional sólida y coherente. El recorrido histórico y doctrinal demuestra que la génesis de los textos fundamentales en la región se nutrió de elementos compartidos, tanto por la impronta gaditana como por la cercanía cronológica de los procesos independentistas, así como por la influencia española en su auge y desarrollo. Sin embargo, esa afinidad inicial se ha ido fragmentando con el devenir de la práctica constitucional y, especialmente, con la evolución de la justicia constitucional, que ha adoptado derroteros disímiles según las circunstancias internas de cada Estado.

Este hallazgo resulta especialmente relevante si se asume una perspectiva realista y contemporánea del constitucionalismo, pues obliga a desplazar la mirada desde el mero plano normativo hacia la efectividad de los derechos y la operatividad de los sistemas de control. La existencia de un texto constitucional o de cláusulas inspiradas en modelos comunes no garantiza, por sí misma, la vigencia material del Estado de Derecho. Es en este punto donde la justicia constitucional adquiere un rol definitorio: su capacidad para erigirse en garante de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales es un termómetro certero de la salud democrática de los sistemas políticos centroamericanos. Empero, como se ha argumentado, esa labor tutelar se enfrenta a limitaciones de carácter estructural, económico e institucional, que impiden que sus decisiones produzcan efectos transformadores de forma homogénea en toda la región.

Adicionalmente, la inestabilidad política y la recurrencia de escenarios de tensión social constituyen factores que erosionan la confianza en la institucionalidad. Esta

fragilidad institucional tiene consecuencias directas sobre la fuerza vinculante de la jurisdicción constitucional, debilitando su capacidad de incidir en la corrección de desigualdades y en la garantía de derechos. Así, la justicia constitucional se encuentra atrapada entre su potencial normativo y los obstáculos prácticos para su plena operatividad. Esta tensión obliga a repensar críticamente la noción de patrimonio constitucional regional, pues mantenerla sin matices conduce a conclusiones engañosas que no permiten comprender la magnitud de los retos actuales.

Por ello, el cuestionamiento inicial acerca de si existe un patrimonio constitucional centroamericano, se responde solo si es posible superar los enfoques anclados exclusivamente en la normatividad para dar paso a análisis que contemplen la dimensión vivida del constitucionalismo: su eficacia real, su interacción con la cultura política y su capacidad para responder a las expectativas democráticas de la ciudadanía. De nada sirve proclamar la existencia de un legado constitucional común si este no se traduce en instituciones robustas, mecanismos de control efectivos y garantías materiales para la población. La vocación integradora que históricamente animó a la región debe ser resignificada a la luz de las disonancias contemporáneas, identificando puntos de convergencia sin desatender la diversidad de trayectorias que caracteriza a cada uno de los países.

La cuestión planteada –si existe o no un patrimonio constitucional centroamericano– no admite una respuesta lineal y la realidad desde una perspectiva histórica más bien demuestra lo contrario. El abordaje de estos procesos, del Estado de Derecho y del desarrollo de la justicia constitucional en la región, demanda reconocer la tensión entre la herencia normativa compartida y la pluralidad de experiencias jurisdiccionales, así como la distancia entre el ideal del Estado de Derecho y su realización práctica (por los múltiples motivos sobrevinientes).

## 2. AUGE Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CENTROAMÉRICA

Una vez superada la discusión anterior, cuyo propósito es aclarar el posicionamiento desde el que se analizará el desarrollo de la justicia constitucional y el Estado de Derecho en Centroamérica, corresponde analizar con más detalle el auge y desarrollo de estos elementos en la región.

No se puede perder de vista que la configuración socio política e institucional también condicionan el perfilamiento de ejes como la jurisdicción constitucional. Especialmente, porque el diseño republicano basado en un principio de separación de poderes y la robustez de órganos judiciales de índole constitucional serán los que, en pleno desarrollo de un ordenamiento y del sistema político, garantizarán el respeto de libertades, garantías y derechos. En Centroamérica esto no se produjo de una manera homogénea y mucho menos idéntica para cada uno de los países.

Hernández (2024) expone que, en el caso de Costa Rica, la actualización más reciente del sistema de justicia constitucional se fraguó en 1989, «*aunque la competencia del control de constitucionalidad existió desde 1824 como control político y 1937 como control jurídico concentrado*» (p. 32). El país arrastra una larga tradición de respeto a los derechos fundamentales, pero también de un sistema de justicia que los protege y que reacciona efectivamente ante su incumplimiento. De ahí que, tal como lo han señalado varios reportes que evalúan la calidad de los sistemas democráticos, destacan el posicionamiento de Costa Rica en las listas mundiales. La síntesis histórica más puntual la aporta Cantillo (2020), quien resume:

> La primera etapa inicia en 1812, con la Constitución de Cádiz y se extiende hasta la promulgación de la Ley Orgánica de los Tribunales de 1887 que entra en vigencia en 1888. En esa época, eran los órganos políticos (Poder Legislativo y el Consejo Representativo o Poder Conservador) los encargados en garantizar la supremacía de las normas constitucionales. El Poder Legislativo asumió, a partir de la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 1825, la labor de control, sin embargo, sus actuaciones fueron muy pocas. La segunda etapa se inicia en 1888 y llega hasta 1937. Este período se caracteriza por la existencia de dos sistemas de control paralelos. El primero, es el del Poder Legislativo, otorgado por la Constitución de 1871, que casi no ejerció. El segundo sistema inicia con la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales (1888), la cual estableció un sistema judicial de control de naturaleza difusa, que indicaba expresamente que los funcionarios judiciales no podían aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos contrarios a la Constitución, dejando así el control de constitucionalidad al juez de cada caso concreto. A pesar de lo anterior, a partir de 1915, la Sala de Casación como máximo órgano judicial, reconoce que el control constitucional corresponde al Congreso de la República. La tercera etapa se inicia a partir de 1938, con la reforma al Código de Procedimientos Civiles de 1933. En este período se elimina el sistema difuso y se adopta el sistema concentrado, que establece que el control de constitucionalidad lo ejerce un solo órgano, la Corte Plena, a ella se le otorgó la potestad de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de los Magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas. Para esta reforma no fue necesario modificar la Constitución de 1871, de manera que persistió el control compartido anterior. Con la Constitución de 1949, se otorga, expresamente, el control de constitucionalidad de las normas a la Corte Suprema de Justicia, bajo las reglas establecidas en el Código Procesal Civil. La cuarta etapa se inicia con la promulgación de la Ley de (...) 1989, que reformó los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, y con ello estableció la integración de una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia para conocer y declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la «inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público» (artículo

10, párrafo primero, de la Constitución), así como de los recursos de hábeas corpus y amparo (p. 8).

Una de las características de este sistema de justicia constitucional y que guarda estrecha relación con el Estado de Derecho, consiste en la fuerte implantación del derecho convencional en el ordenamiento jurídico. Particularmente, de las disposiciones normativas y jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Sala Constitucional en este país incluso ha incorporado al derecho interno las resoluciones derivadas de opiniones consultivas (propias y de otros países) que emite la Corte Interamericana. Lo cual, en el contexto regional de América Latina, no es necesariamente una regla.

En Costa Rica el Tribunal Constitucional se ha caracterizado, además, por su fuerte carácter político. No necesariamente por inmiscuirse en asuntos ajenos a disputas de orden constitucional; sino, porque en este país las decisiones más trascendentales en cuanto a clivajes y coyunturas críticas se han resuelto en una buena parte por medio de la jurisdicción constitucional.

De hecho, en un estudio específico se planteó que este órgano dirime y canaliza tensiones constitucionales que, en un escenario ideal, deberían enrumbarse por medio de reformas parciales a la Constitución. La cantidad de modificaciones implantadas al texto constitucional no es significativa, pero la Sala Constitucional sí ha asumido (de un modo selectivo) la resolución de disputas que tradicionalmente se llevan a cabo por medio de reformas; un ejemplo de ello es el caso de la reelección presidencial, lo cual será abordado más adelante. La concentración del control constitucional no es solo entendida desde un punto estrictamente jurídico, también lo es con respecto a la atención mediática y la tensión socio política que recae sobre el Tribunal al atender este tipo de controversias constitucionales.

En la fila de ordenamientos con un modelo mixto se encuentra Honduras. Su control jurisdiccional sobre actos lesivos a derechos fundamentales se produjo en 1865, cuando se incluyeron en el texto constitucional las protecciones del recurso de hábeas corpus. Las Constituciones posteriores no solo recogieron ese mecanismo, sino que además dotaron a la Corte Suprema de Justicia de las facultades necesarias para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y a los tribunales ordinarios el juzgamiento de las infracciones a los derechos de las personas. Estos dos últimos aspectos, en particular, surgen a partir del año 1894. Honduras sentó, desde ese momento, las bases de un sistema mixto de control de constitucionalidad; pues delegó en un único órgano el análisis de constitucionalidad de las normas, mientras que propagó en los tribunales ordinarios el conocimiento de las lesiones por casos concretos.

Uno de los momentos más recientes que resulta trascendental para este ordenamiento, fue una reforma constitucional aprobada en el año 2000 que cambió los efectos de la inconstitucionalidad de las normas. Este cambió modificó que las resoluciones tuviesen un carácter inter partes para que, en lo sucesivo, sus alcances fueran

anulatorios y se dejara sin efecto a la norma inconstitucional. En esa misma reforma, se aprobó la facultad de la Sala de lo Constitucional para que dirimiera los conflictos entre Poderes de la República. La literatura caracteriza a la justicia constitucional hondureña del siguiente modo:

> Esta, sin duda, se configura en Honduras como la Jurisdicción Constitucional, noción orgánica que identifica un órgano judicial que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes derogatorios de las mismas; pero sin tener el monopolio de la justicia constitucional, noción material equiparable a control de constitucionalidad, la cual como se ha dicho, también se ejerce por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad. En todo caso, en la Ley, al crearse la Secretaría de la Sala Constitucional, se indicó expresamente que la Sala tiene como papel fundamental el ser guardián de la Constitucionalidad de las leyes y protector de la Justicia Constitucional (Brewer, 2004).

En el caso de Guatemala, el control constitucional se ejerce a través de un sistema mixto, combinando el control difuso (americano) y el concentrado (austriaco). Este sistema se encuentra establecido en la Constitución y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Uno de los aspectos que se destaca en este caso es que Guatemala fue uno de los primeros países en América Latina en separar al Tribunal Constitucional del Poder Judicial.

En 1927, Guatemala promulgó su primera Ley de Amparo, la cual distinguía claramente entre el «habeas corpus» o «exhibición personal» y el recurso de amparo, estableciendo un marco para la protección de derechos y garantías constitucionales. Posteriormente, en 1965, la Constitución anterior introdujo un sistema mixto de control de constitucionalidad, contemplando tanto la declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos mediante el control judicial difuso, como la posibilidad de una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios en un control concentrado, aunque de manera incipiente.

Fue en 1985 cuando Guatemala promulgó su Constitución actual, en la que se consolidó un sistema de justicia constitucional más robusto, con la creación de la Corte de Constitucionalidad como órgano permanente encargado de la protección del orden constitucional. La Constitución de 1985, en su Título VI (artículos 268 a 272), estableció claramente la función de defensa del orden constitucional por parte de la Corte, así como su integración, requisitos de sus magistrados y sus funciones principales. En 1986, se dictó la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto-Ley 1-86), que reguló el funcionamiento de la Corte y su modalidad de control (García, 2007).

Desde ese momento, la forma en que Guatemala concibió y estructuró su justicia constitucional ha ido evolucionando hacia un sistema que incorpora modalidades de

control difuso y concentrado, procurando fortalecer el respeto a la supremacía constitucional en todo el sistema jurídico del país.

La historia del constitucionalismo salvadoreño revela una evolución progresiva en la configuración de la jurisdicción constitucional, marcada por momentos clave que reflejan tanto el contexto político como las influencias doctrinales de cada época. Desde sus primeras constituciones, El Salvador ha mostrado una preocupación constante por establecer mecanismos de protección de los derechos fundamentales, aunque su consolidación como Estado constitucional ha sido gradual y compleja.

Uno de los primeros hitos se encuentra en la Constitución de 1841, donde se consagra el *hábeas corpus* como garantía de libertad personal frente a detenciones arbitrarias (art. 83). Esta figura, heredada de tradiciones jurídicas liberales, ha permanecido vigente hasta hoy, incorporando reformas que han fortalecido su alcance. Posteriormente, la Constitución de 1886 introduce el *recurso de amparo*, permitiendo a los ciudadanos reclamar la protección de sus derechos constitucionales. Esta carta magna, influida por el pensamiento liberal y el iusnaturalismo, reconoce la existencia de derechos anteriores y superiores al derecho positivo, lo que marca un avance significativo en la concepción de los derechos humanos en el país.

El constitucionalismo social se manifiesta con fuerza en la Constitución de 1950, que incorpora un régimen de derechos sociales propio de un Estado Social de Derecho. Aunque este modelo ha sido desplazado por enfoques neoliberales que privilegian la economía de mercado, la Constitución de 1950 introduce una innovación crucial: el *recurso de inconstitucionalidad*, mediante el cual cualquier ciudadano puede solicitar la nulidad de leyes o decretos que contravengan la Constitución. Este mecanismo representa un paso importante hacia el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional.

Un último momento de cristalización ocurre con la Constitución de 1983, en la cual se establece la *Sala de lo Constitucional* como órgano especializado dentro de la Corte Suprema de Justicia, encargado de ejercer la jurisdicción constitucional. Este modelo concentrado de control constitucional permite a la Sala conocer y resolver acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus y controversias entre órganos del Estado. Según Anaya (2000), esta configuración responde a una síntesis entre el modelo estadounidense y la tradición jurídica continental europea, lo que ha generado tensiones interpretativas pero también ha enriquecido el desarrollo doctrinal del derecho constitucional salvadoreño.

La evolución de la jurisdicción constitucional en El Salvador refleja una transición desde mecanismos dispersos de protección de derechos hacia un sistema institucionalizado y especializado. Esta trayectoria ha sido influida por corrientes ideológicas, transformaciones sociales y exigencias democráticas, consolidando a la Sala de lo Constitucional como garante de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales en el país (Solano, 2008). Este es uno de los países que más preocupación genera a nivel de la comunidad internacional por los retrocesos democráticos aprobados recientemente por su órgano legislativo.

La función de control constitucional en Nicaragua ha evolucionado significativamente. Inicialmente, no existía una estructura específica para este control; las competencias estaban dispersas y limitadas a decisiones aisladas en el marco de la Corte Suprema de Justicia. Con el tiempo, especialmente a partir de la década de los 90, se consolidó la creación de una Sala de lo Constitucional en 1995, que se convirtió en el órgano responsable del control de constitucionalidad y otros aspectos relacionados con la protección de los derechos constitucionales. Antes de su establecimiento formal, la Corte Suprema ejercía funciones de control a través de recursos de amparo y acciones de exhibición personal, con una jurisprudencia que delimitaba sus competencias y procedimientos. La incorporación de la Sala de lo Constitucional permitió una organización especializada, más clara y eficaz en la revisión de leyes y actos que contravengan la Constitución, aunque aún persisten desafíos relacionados con la carga de trabajo, la falta de medios y algunas insuficiencias en los mecanismos procesales.

El sistema de control constitucional en Nicaragua se caracteriza por una configuración mixta, que combina elementos del modelo concentrado y del modelo difuso, aunque con predominancia del primero. No solo por el monopolio que de la mayoría de asuntos recae sobre su Tribunal Constitucional, sino también por la cooptación política que el régimen político ha efectuado contemporáneamente de ese órgano jurisdiccional. La estructura de la justicia constitucional en este país ha evolucionado desde la promulgación de la Constitución Política de 1987, la cual sentó las bases para una justicia constitucional más institucionalizada y con aspiraciones garantistas.

Según el estudio de Cuarezma Terán y Castro Rivera (INEJ, 2021), la Constitución de 1987 fue producto de un proceso amplio y consultivo, y estableció principios fundamentales como la supremacía constitucional, la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales. En este marco, se reconocen mecanismos como el recurso de amparo, el hábeas corpus y la acción de inconstitucionalidad, todos ellos orientados a garantizar la primacía de la Constitución frente a actos del poder público que la contravengan. El sistema nicaragüense de justicia constitucional se consolidó con la aprobación de la Ley No. 983, Ley de Justicia Constitucional, que agrupa y sistematiza los instrumentos procesales de protección constitucional. Esta ley reconoce que el control de constitucionalidad puede ejercerse tanto por la Corte Suprema de Justicia –en su función concentrada– como por jueces ordinarios en casos específicos, lo que introduce elementos de control difuso. Por otro lado, el país ha adoptado un enfoque híbrido, en el que la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de normas generales, mientras que los jueces pueden inaplicar normas en casos concretos si consideran que violan la Constitución.

Históricamente, el control de constitucionalidad ha sido objeto de importantes reformas, especialmente en 2014, cuando se intervinieron y debilitaron las garantías de justiciabilidad de los derechos fundamentales. Nicaragua es el país centroamericano con menor grado de implementación de las disposiciones de convencionalidad en su ordenamiento jurídico; no solo por una omisión en el cumplimiento de la jurispruden-

cia interamericana, sino también por la ausencia de prácticas judiciales y extrajudiciales que acaten las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Panamá también comparte historia constitucional centroamericana en lo que respecta al siglo IXX. Ahora bien, los inicios del modelo actual se consolidan más avanzado el siglo XX la promulgación de la Ley 24 en 1937. Esa normativa estableció la casación en materia constitucional como un mecanismo para tutelar la primacía de la Constitución y moderar el sistema difuso de control que existía en esa época. Posteriormente, la Constitución de 1941 consolidó un sistema de control concentrado, otorgando a la Corte Suprema de Justicia la competencia exclusiva para determinar la constitucionalidad de leyes, decretos y otras normas, posibilitando un control definitivo y centralizado.

> A lo largo del tiempo se han podido identificar diversos sistemas de control de constitucionalidad. En ocasiones la capacidad para determinar si una norma jurídica es o no compatible con la Constitución se ha dejado en manos de todos los jueces. Se trata del sistema difuso, típico del constitucionalismo norteamericano, que fue seguido en Panamá desde 1917 hasta 1941. En otras ocasiones, dicha capacidad se ha concentrado en un tribunal, que puede ser un Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia o alguna de sus Salas, existiendo la posibilidad de que este sistema concentrado se articule con el sistema difuso, dando cabida a un sistema mixto de control de constitucionalidad (Mejía, 2019).

Desde entonces, todas las constituciones que han regido en Panamá han mantenido este modelo concentrado, garantizando que la Corte Suprema de Justicia ejerza la función de guardián de la Constitución y de las normas constitucionales, incluyendo los tratados sobre derechos humanos, estableciendo así un sistema que prioriza la revisión judicial en una sola instancia. Este esquema ha evolucionado con las diferentes reformas constitucionales, pero ha conservado su esencia de una supervisión centralizada y exclusiva del tribunal constitucional, en línea con la tradición jurídica panameña que considera a la Constitución como norma suprema y aplicable directamente por los jueces.

Este pasaje por la consolidación de la justicia constitucional en Centroamérica, refleja que los países de la región tienen tradiciones casi sincrónicas en cuanto al establecimiento de instituciones clave para el Estado de Derecho: el Poder Judicial, la división de poderes y los órganos de justicia llamados al cumplimiento de los derechos fundamentales. Aunque con divergencias técnico-jurídicas, la mayoría de estos países optaron por modelos mixtos en los que el control de la constitucionalidad de los actos y de las normas recae sobre tribunales ordinarios y órganos especializados.

Uno de los aspectos sobre los que también existen diferenciaciones es la instancia jurisdiccional sobre la que recae la presión constitucional de resolver disputas y coyunturas socio políticamente complejas. Mientras que en algunas ocasiones esto

se asocia a la Corte Suprema de Justicia, en otras se trata de un asunto delegado al respectivo tribunal constitucional y en otras consiste en situaciones particulares de tribunales ordinarios.

## 3. LAS TERGIVERSACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN CENTROAMÉRICA: UNA VISIÓN DESDE EL ESTADO DE DERECHO

Ya se expuso en líneas atrás cómo se consolidaron los proyectos normativos del bloque constitucional centroamericano, así como las instituciones de justicia diseñadas en esos países para la tutela y garantía de la Constitución y los derechos fundamentales. Corresponde ahora analizar por qué motivo ese blindaje demuestra haber fallado, tratándose de la protección del Estado de Derecho y la estabilidad democrática.

Es cierto que muchas de las circunstancias que han ocasionado inestabilidad institucional y política en la región no provienen únicamente por actuaciones de la justicia constitucional o de los sistemas judiciales. No obstante, sí que es verdad que la generación de condiciones anti democráticas se puede ver potenciada en el momento en que los tribunales constitucionales no frenan el declive; sino que se alinean con esa erosión.

En los siguientes ejemplos y referencias, no se pretende un nivel de exhaustividad en el que se agoten todas las tergiversaciones de la justicia constitucional frente a garantías y elementos fundamentales del Estado de Derecho. Sí que reflejan cambios de relevancia para los respectivos ordenamientos y también, puestos en su contexto y en su momento histórico, representaron un punto de inflexión con respecto a la erosión democrática. Se trata de casos emblemáticos, ampliamente revisados y mediatizados. Con esta precisión lo que se señalar es que existen más tergiversaciones que podrían caber en el análisis; sin embargo, se opta por desarrollar las más conocidas y estudiadas, así como las que tuvieron un impacto significativo sobre el Estado de Derecho. La razón que así lo justifica es el hecho de que un análisis regional, tal como se expuso al inicio de esta contribución académica, exige ponderar la extensión (en este caso geográfica) frente a la profundidad por cada país a revisar.

Una vez hecha tal aclaración, se debe apuntar que el devenir jurídico de Centroamérica tiene abundantes y «volteretas» jurisprudenciales en las cortes constitucionales que, más que adaptarse a realidades cambiantes y de fortalecer las bases democráticas, están socavando principios básicos del Estado de Derecho. Como se verá, esto ocurre en todos los países de la región, lo único que varía es la intensidad del impacto que tiene la resolución constitucional sobre el sistema democrático. Pero no es posible señalar que algún país centroamericano, por muy pacífico y estable que sea, se encuentra exento de este tipo de fenómenos. Algunos de los elementos sobre los cuales se han generado tensiones son, por ejemplo, principios constitucionales como la seguridad jurídica, la coherencia doctrinal y la protección efectiva de los derechos fundamentales. La práctica se resume en cómo decisiones sucesivas, emitidas por las

mismas salas o tribunales, relativizan criterios clave y envían señales contradictorias al ordenamiento jurídico.

La consolidación del Estado de Derecho en Centroamérica ha sido un proceso irregular y complejo, marcado por constantes tensiones entre los poderes constituidos y los principios democráticos fundamentales. De ahí la importancia de que cada país cuente con un «guardián» de la Constitución lo suficientemente robusto y fuerte para su defensa. Lo que ocurre es que, lejos de cumplir siempre con ese mandato, algunas decisiones judiciales han contribuido a debilitar el Estado de Derecho, generando retrocesos normativos, contradicciones jurisprudenciales y, en ocasiones, un favorecimiento de intereses políticos o personales en detrimento del orden constitucional.

El primero de los casos es el de Costa Rica, uno de los países con más fuerte tradición democrática. Como se dijo en líneas atrás, su tribunal constitucional concentra una tensión política significativa. Este ordenamiento ofrece un ejemplo en materia de libertad de expresión en entornos digitales. En 2010, la Sala Constitucional equiparó blogs y foros en línea con la prensa tradicional, rechazando cualquier censura previa y extendiendo en su alcance las garantías asociadas a libertad de expresión. No obstante, a partir de 2012, esa postura se ve cuestionada por el aval constitucional de la Sala en cuanto a las órdenes de jueces de primera instancia para retirar contenidos críticos anónimos sin audiencia ni motivación adecuada. Esta aparente contradicción entre la defensa de un espacio público libre y el permiso expreso para la censura exprés mina la certidumbre sobre el alcance del derecho y su protección judicial; máxime porque se trata de una libertad fundamental en el marco del Estado de Derecho.

También en el caso costarricense, la Sala Constitucional revirtió su propio criterio en torno a la reelección presidencial. En el año 2000, declaró inadmisible una acción contra la prohibición de reelección establecida en la reforma constitucional de 1969 Sin embargo, en 2003, mediante la sentencia 2003-02771, anuló dicha reforma, argumentando que violaba los derechos políticos del ex presidente Óscar Arias Sánchez.

Este fallo fue criticado por tratarse de una «reinterpretación legislativa» de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional, lo que vulnera la separación de poderes y altera el principio de seguridad jurídica. El cambio jurisprudencial también se vio enmarcado por una cuestionada variación en la forma en la que estaba integrado el órgano constitucional. La segunda interpretación propició el ascenso al mandato presidencial de la única persona que ha ocupado esa silla en dos ocasiones. Es decir, de esa resolución dependió la posibilidad de que la carrera electoral posibilitara o no la postulación del expresidente Oscar Arias Sánchez.

Uno de los casos centroamericanos más notorios en cuanto a debilitamiento del Estado de Derecho y una completa erosión democrática es el de Nicaragua. Su Corte Suprema de Justicia ha emitido fallos que, al ponerlos en retrospectiva, han sido clave para la continuidad del presidente Daniel Ortega en el poder, el silenciamiento de actores disidentes y la imposibilidad de participación política a las fuerzas de oposición. Casi similar al caso costarricense, en octubre de 2009, la Sala Constitucional de dicha

Corte declaró inaplicable la prohibición de reelección presidencial establecida en el artículo 147 de la Constitución, al estimar que esta violaba los derechos políticos del presidente Ortega (El País, 2009). Esta sentencia permitió su postulación en 2011 y se justificó con argumentos de jerarquía de derechos humanos, aunque contradecía directamente el texto constitucional y criterios anteriores del mismo tribunal. Esto resulta ahora inconvencial, si se toma en cuenta que la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana aclaró que no existe un derecho humano a la reelección en cargos populares. En la práctica, se abrió la puerta a la reelección indefinida, debilitando el principio de alternancia y facilitó las condiciones de concentración de poder en el Ejecutivo.

Nicaragua muestra dos focos de tensión: en materia de derechos sociales, la Sala Constitucional concedió en 2002 (sentencia 1182-2002) amparo para suspender desalojos de familias campesinas por vulnerar su derecho a la vivienda, pero en 2005 (2620-2005) negó idéntica protección a comunidades similares, amparándose en el dominio público sin motivación coherente. Y en materia política, la Cámara Constitucional garantizó en 2011 (19-C-2011) el pluralismo partidario al invalidar el veto del Consejo Supremo Electoral a una agrupación opositora, solo para avalar en 2019 (13-C-2019) la exclusión de otra por «incumplimientos formales», desequilibrando las reglas de la competencia democrática.

En 2016, la misma Sala había dictado la sentencia 299, por la cual despojó al Partido Liberal Independiente (PLI) de su personería jurídica, asignándosela a un dirigente afín al oficialismo (Confidencial, 2016). Esta decisión anuló de facto la posibilidad de la oposición de participar con su propio partido en las elecciones, al impedirle presentar candidatos. El fallo evidenció el uso del Poder Judicial como instrumento de control político, y contradijo principios democráticos básicos como el pluralismo, la participación política y el derecho de asociación.

En el caso de Panamá, lo que ocurre es que se han presentado resoluciones constitucionales que ponen de relieve una contraposición entre derechos colectivos y aspectos asociados a actos administrativos. Existen tres sentencias que reflejan este fenómeno. En 2009, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia limitó el derecho de huelga de los servidores públicos con un fallo que privilegió el formalismo sobre las libertades sindicales, mientras que en 2022 la Sala Tercera permitió la revocatoria discrecional de actos administrativos sin el control unitario del Pleno. Por otro lado, el mismo Pleno que en 2014 anuló una norma de destitución sumaria de funcionarios sin audiencia para proteger el debido proceso, en 2023 permitió su «reviviscencia» bajo la justificación de la estabilidad administrativa, vulnerando la irretroactividad de sus propias sentencias. Esto, al igual que el caso de Costa Rica, demuestra las señales de contradicción que emana el Tribunal al tomar posturas que son disímiles entre sí con respecto a un mismo objeto o disputa.

También en el año 2023, la Corte Suprema de Justicia de Panamá declaró inconstitucional la Ley 406, que aprobaba el contrato de concesión minera entre el Estado y

la empresa canadiense First Quantum Minerals. La decisión fue celebrada como una victoria de los derechos ambientales y de la participación ciudadana. No obstante, también reveló una contradicción institucional: la Corte intervino tardíamente en un proceso de legislación que ya había sido aprobado por los órganos políticos, y cuya anulación generó un vacío jurídico sin transición ordenada. Es decir, se trata de una contradicción porque la declaratoria del órgano judicial se observa más como una reacción a las tensiones mediáticas que a una razón jurídica en sentido estricto. De haberse sostenido el argumento constitucional, desde un inicio la ley no habría superado ese control jurisdiccional.

La falta de coordinación entre Poderes de la República (principalmente Ejecutivo y Legislativo), la ausencia de un plan de cierre y compensación para la empresa, y el impacto económico abrupto que provocó el cierre de la mina, pusieron en duda las capacidades de previsibilidad del Estado panameño. A pesar de que el fallo se enmarcó en una defensa de los derechos ambientales y constitucionales, muestra la fragilidad del sistema para dar respuestas consistentes en medio de coyunturas críticas y la volatilidad de los posicionamientos cuando los tribunales constitucionales se exponen a estas circunstancias.

En otro de los ordenamientos centroamericanos existe una transgresión democrática en curso más gravosa. Desde septiembre de 2021, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador emitió una sentencia que permitió la reelección inmediata del presidente Nayib Bukele, contradiciendo la prohibición expresa establecida en el artículo 152 de la Constitución (El Faro, 2021). Esta decisión fue adoptada por magistrados impuestos por la Asamblea Legislativa oficialista, tras la destitución irregular de los magistrados anteriores. Por ese motivo, la decisión fue sumamente cuestionada desde el punto de vista jurídico y político, pues la violación a la independencia judicial fue clave para que, posteriormente, el pronunciamiento del Tribunal favoreciera las condiciones necesarias de reelección presidencial y la canalización de los intereses partidarios del oficialismo.

El argumento de la Sala fue que «es el pueblo quien decide» y que, si el Presidente renuncia seis meses antes de los comicios, puede presentarse nuevamente como candidato. Este criterio contradice la jurisprudencia histórica salvadoreña, que había interpretado consistentemente que la reelección inmediata era inconstitucional, pero que fue emitida por magistraturas obligadas y coaccionadas a cesar en funciones.

También en El Salvador, la Sala de lo Constitucional trazó en 1996 (sentencia 539-96) una línea al declarar inconstitucional la Ley de Amnistía de 1993 por vulnerar el derecho de las víctimas a la verdad y la reparación. Sin embargo, en 2007 (sentencia 714-07) esa misma Sala abrió paso a una excepción sobre su posicionamiento y validó la amnistía cuando se trate de delitos políticos, soslayando el precedente y priorizando un perdón general que contradice el mandato de justicia transicional que había sido establecido por el mismo órgano.

En Honduras, la Sala Constitucional osciló entre blindar y dejar al descubierto al Presidente de la República con respecto al régimen de protección constitucional que tradicionalmente le asiste a este tipo de cargos. En 2015, el Tribunal sostuvo que el mandatario gozaba de inmunidad absoluta frente a cualquier investigación penal, lo cual ocurre de modo distinto en el régimen normativo de constitucionalidad en Centroamérica. No obstante, en 2016 (SC/0450/2016) exceptuó de su pronunciamiento a los procesos judiciales en los cuales se viera involucrada la figura presidencial por la acusación de delitos de corrupción. Es decir, dimensionó que la inmunidad no es extensiva a delitos de esa índole, pues a su criterio se debe priorizar la lucha contra el fraude. Esta brusca modificación de criterio, en menos de un año, exhibe la fragilidad de la doctrina sobre la inviolabilidad del cargo Ejecutivo, pero también es paradójica si se considera que los principales procesos judiciales en los que se involucra a un cargo presidencial se asocian a delitos de corrupción. Un uso indebido de la persecución y acusación penal, puede derivar en la instrumentalización criminal para impedir el ejercicio efectivo de derechos políticos y de representación.

También en este país, en abril de 2015, la Sala de lo Constitucional declaró inaplicables los artículos 42 (numeral 5), 239 y 374 de la Constitución, que prohibían la reelección presidencial incluso a través de reformas, como criterios pétreos (Viciano y Moreno, 2018). La Sala justificó la decisión en supuestos derechos humanos internacionales –como la libertad de expresión o el derecho a ser electo–, atribuyendo a la reelección la categoría de «derecho fundamental». Diversos constitucionalistas criticaron la determinación como una violación a la Constitución hondureña, afirmando que la prohibición era inmodificable justamente por su carácter pétreo (Albornoz, 2015). La Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-28/21, reafirmó que el derecho humano no incluye la reelección continua y que esta decisión fomentaba la perpetuación del gobernante y erosionaba el Estado de Derecho. Nuevamente, esta postura podría ahora ser contraria al parámetro de convencionalidad que no estipula a la reelección como un derecho protegido por la normatividad y jurisprudencia interamericana.

También en el ámbito judicial, en 2012 el Poder Ejecutivo y el Legislativo orquestaron la destitución de cuatro magistrados de la Sala de lo Constitucional, tras emitir fallos que desaprovecharon políticas gubernamentales. En 2024, la Corte IDH condenó a Honduras por estas destituciones arbitrarias, señalando violaciones a derechos fundamentales como la inamovilidad judicial y la tutela judicial efectiva (Corte IDH, 2023). Este episodio evidenció que la independencia judicial y el respeto al principio de separación de Poderes, han sido elementos fundamentales del Estado de Derecho que más se erosiona en los ordenamientos centroamericanos.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad osciló en torno a las inmunidades parlamentarias: en 1999 había reconocido a los diputados una protección absoluta frente a todo proceso penal mientras durase su mandato, como salvaguarda de la separación de poderes; apenas cuatro años después, en 2003 (CC-1041-2003), restringió

esa inmunidad únicamente a actos legislativos, permitiendo procesamientos en materia de corrupción y generando incertidumbre sobre el alcance real de un privilegio constitucional que pretendía estabilidad institucional[2].

En Guatemala, el caso de la condena al exdictador Efraín Ríos Montt por genocidio en mayo de 2013 marcó un hito en la justicia transicional. Sin embargo, apenas diez días después de emitido el fallo, la Corte de Constitucionalidad lo anuló, argumentando supuestas irregularidades procesales (El País, 2013).

La contradicción aquí es evidente: mientras el tribunal en el que se corría mayor riesgo procesal y jurídico había llevado a cabo un juicio respetando el debido proceso, la Corte de Constitucionalidad retrocedió sobre una decisión de impacto para el sistema político y su ordenamiento jurídico, con lo cual se habría debilitado el enfoque constitucional de Estado de Derecho y justicia transicional, así como una ausencia simbólica y jurídica de reparación a las víctimas.

Como se observó en el análisis de algunas de las principales tergiversaciones de la justicia constitucional centroamericana, la reelección presidencial ha sido un tema ante el cual se doblegan los órganos jurisdiccionales. En un estudio sobre el tema, también se había anotado sobre el caso de Centroamérica:

El apoyo ciudadano a la labor del presidente es un factor importante en la consolidación reeleccionista. No se trata de que un país con reelección presidencial tenga más apoyo a la labor de su gobernante, sino de que en el caso centroamericano las naciones con alto apoyo a la gestión presidencial tienden, posteriormente, a ser permisivas con la consolidación de cláusulas y prácticas que permitan la reelección. La realidad de Centroamérica debe examinarse en perspectiva comparada, tanto entre sí como con respecto a las otras latitudes de América Latina. El estudio pormenorizado y contextualizado de las condiciones sociopolíticas de estas sociedades es vital para comprender las coyunturas críticas que han erosionado la calidad de la democracia (Achoy y Cambronero, 2024).

De manera más contemporánea, solo Nicaragua y El Salvador tuvieron procesos constitucionales para el establecimiento de la reelección presidencial indefinida. Estos países se apoyaron en la justicia constitucional como una pieza clave para la consolidación del proyecto reeleccionista.

## 4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO VEHÍCULO PARA LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA Y EL ESTADO DE DERECHO EN CENTROAMÉRICA

En este punto, corresponde cuestionarse tres aspectos que también sirven como un pie conclusivo. El primero de ellos se trata acerca del uso de la figura de la auto contención por parte del juez constitucional en los países de Centroamérica. Se trata de un instituto jurídico previsto para evitar que la Corte de Constitucionalidad vaya a inmiscuirse estrictamente políticos y para que no se ocasionen dislocaciones abruptas

en el orden público, pero su inobservancia no ocasiona consecuencias prácticas para el órgano jurisdiccional. Es decir, en la realidad centroamericana, el instituto de la auto contención constitucional no representa necesariamente una advertencia sobre la que tenga algún temor la magistratura.

Es cierto que los diseños constitucionales de estos ordenamientos guardan una especial tutela y protección hacia los tribunales constitucionales, pero esa idea fue concebida descartando cualquier deriva de esos operadores en perjuicio de la Constitución misma. Esa lógica constituyente, la de proteger a los tribunales constitucionales y dotarles amplísimas facultades y efectos sobre sus sentencias, responde a un ideal de conservación y perdurabilidad democrática. El pasado reciente, las coyunturas críticas y la jurisprudencia analizada, demuestran que la erosión del Estado de Derecho en una región como la centroamericana, se puede ver potenciada por la justicia constitucional. Principalmente, por la omisión de recurrir a la auto contención y, por el contrario, inmiscuirse en interpretaciones constitucionales que sirven de vehículo para el ascenso autocrático (como el caso de la reelección presidencial). Esa autocontención constitucional es clave, fue el mecanismo teórico-jurídico idóneo para que las Cortes tuviesen una independencia de criterio en salvaguarda de cualquier declive democrático, pero su desatención propicia condiciones de inestabilidad que se legitiman desde el órgano jurisdiccional.

El segundo aspecto por señalar es que el debilitamiento del Estado de Derecho, desde un punto de vista de la justicia constitucional, se ve alimentado por el vaciamiento y las incapacidades estatales para atender la eficacia de la justicia constitucional. Ni el efecto erga omnes ni un dimensionamiento de las resoluciones constitucionales pueden superar las realidades de debilidad presupuestaria y de incapacidad de gestión desde el aparato público que está llamado a cumplirlas; o, incluso, la negación de autoridades políticas a acatar las resoluciones de su máximo Tribunal Constitucional. La satisfacción de los derechos fundamentales se ve minada y, como consecuencia, los centroamericanos no los ven plenamente satisfechos en sus vidas cotidianas. Incluso teniendo órganos jurisdiccionales al servicio de la protección de esos derechos fundamentales y de la tutela del Estado de Derecho.

El reconocimiento de derechos fundamentales en las constituciones centroamericanas y en los tratados supranacionales ha quedado reducido, en muchos casos, a una formalidad sin reflejo real en la vida cotidiana de la población. Las normas existen, pero su eficacia topa con límites materiales: principalmente cuando se trata de los presupuestos destinados por la Administración Pública que comete la infracción y que resulta condenada a satisfacer esos derechos fundamentales.

Una tercera circunstancia se asocia con la imposibilidad de ofrecer una justicia constitucional abierta, en los casos de países cuya organización judicial se encuentra territorialmente centralizada. Tomando en consideración que en esta región existen contextos de vulnerabilidad que se potencian por la ruralidad y la falta de acceso a servicios esenciales como las instituciones de justicia, la promesa del Estado de De-

recho también tiene dificultades para desplegarse frente a estas poblaciones. Resulta en una contradicción la existencia de Tribunales Constitucionales con amplísimas facultades, pero con poco alcance y acceso para poblaciones vulnerables. Un ejemplo de ello es el caso de Costa Rica, que tiene territorialmente centralizado su único órgano de justicia constitucional y tiene restricciones técnicas para la presentación de gestiones de amparo y de hábeas corpus.

La sensación de impunidad ante violaciones sistemáticas de derechos básicos fomenta la desafección y reduce el respaldo social a los mecanismos de control constitucional, de modo que el sistema pierde la fuerza moral que debería sostenerlo. Más aún cuando se presentan, según se expuso, tergiversaciones jurisprudenciales por parte de tales órganos constitucionales de cara a la tutela efectiva de derechos fundamentales. Los debilitamientos actuales de la institucionalidad judicial se asocian, además, por esa desafección de la opinión pública y la percepción ciudadana en perjuicio de la independencia de las magistraturas constitucionales en la región.

El análisis desarrollado en este estudio pone de manifiesto que, en la región centroamericana, la justicia constitucional ha sido víctima de tergiversaciones que, lejos de fortalecer y consolidar el Estado de Derecho, han contribuido en muchas ocasiones a su debilitamiento y a una mayor fragilidad institucional. A pesar de la percepción inicial de un patrimonio constitucional común y de la existencia de una historia compartida en los procesos normativos y constitucionales de los países, en la práctica y en la jurisprudencia se evidencian distorsiones que desafían esa supuesta unidad. Estas interpretaciones sesgadas, fundamentadas en enfoques exclusivamente normativos y positivistas, ocultan la diversidad de trayectorias jurídicas, sociales y políticas que caracterizan a cada nación centroamericana y que, en muchos casos, generan efectos contraproducentes en la protección de los derechos fundamentales y en la legitimidad de los órganos constitucionales.

Una de las principales tergiversaciones señaladas radica en la concepción de la justicia constitucional como un mero guardián de la Constitución, pues la trayectoria jurisprudencial más bien apunta hacia una reducción del ejercicio formal de control de constitucionalidad sin considerar la complejidad del contexto social y político. Esta visión, en ocasiones, ha llevado a que los Tribunales y Cortes actúen como meros árbitros de formalidades, sin discernir adecuadamente las implicaciones prácticas de sus decisiones; o, peor aún, participando en escenarios de erosión democrática cuando sus pronunciamientos favorecen posiciones interesadas o mantienen el statu quo en perjuicio de la robustez democrática y del Estado de Derecho.

La región muestra un problema en cuanto a jurisprudencia constitucional coherente y efectiva en la protección de ciertos derechos, particularmente de índole políticos; y, con ello, se está erosionando la confianza ciudadana, así como la estabilidad de elementos que son esenciales para el Estado de Derecho y la democracia.

Para afrontar estos efectos perniciosos, la experiencia lo que muestra es que aún quedan aspectos estructurales pendientes para superar tergiversaciones como las ex-

puestas. Por ahora, lo que sí se presentan son casos de un doblegamiento de la justicia constitucional frente a factores internos y externos, en perjuicio del Estado de Derecho y de la democracia en la región. Solo a modo de referencia, es necesario prestar atención a garantías vitales como la independencia judicial:

> (…) el común denominador es que, en caso de destitución, le corresponde hacerlo al Poder Legislativo. Por una parte, estas disposiciones parecen tener sentido por cuanto son estos órganos los que nombran, y además, porque al requerirse una cierta mayoría, pareciera que se intenta proteger la estabilidad en el cargo por el plazo del nombramiento, lo que es fundamental para la independencia judicial. Lamentablemente, si el objetivo original era asegurar la estabilidad de las personas nombradas, esto no se ha logrado y lejos de ello, en una mayoría de casos, se ha utilizado este mecanismo para intimidar a los jueces y juezas, y para minar el citado principio de independencia. En Honduras se destituyó a la Sala de lo Constitucional en el año 201286; en Nicaragua, se ha destituido a varias personas integrantes en el transcurso del último año (finales del 2023 y 2024)87; y en El Salvador, se destituyó a la Sala Constitucional en pleno en el 202188. ¿Se cumplió con la mayoría necesaria para la destitución? La respuesta es sí. ¿Se cumplió con todas las garantías necesarias para este tipo de actos? No. (CEJIL, 2025).

La consolidación de un verdadero Estado de Derecho requiere que los tribunales constitucionales sean auténticos guardianes del orden constitucional y garantes de la justicia material, pero Centroamérica presenta problemas para garantizar la independencia judicial de esas magistraturas. Como consecuencia, la justicia constitucional se tergiversa, no solo por cuestiones político-jurídicas del propio operador jurisdiccional, sino por las presiones externas que buscan incidir sobre el Tribunal.

## 5. REELECCIÓN PRESIDENCIAL: UNA DISTORSIÓN ENTRE EL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Como se ha señalado en anteriores párrafos, el tema de la reelección presidencial no solo se presenta como uno de los ámbitos sobre los cuales ha existido mayor tensión de reforma e interpretación a nivel constitucional, sino que también representa un punto crítico de erosión democrática en los países centroamericanos. Existe una actualización reciente en esta materia que se corresponde con los alcances y las disposiciones del bloque de convencionalidad; particularmente, en lo tocante a la jurisprudencia interamericana.

Treminio (2015) expone que las reformas normativas a este eje del sistema político se han asociado, además, a golpes de Estado en diversos países de América Latina. En esos procesos, también ha estado presenta la justicia constitucional.

> En cada uno de los casos la reelección presidencial ha sido introducida de diferentes maneras y las condiciones que favorecieron el éxito presentan variaciones importantes. En algunos episodios ha habido un proceso negociado con otras fuerzas políticas; pero, en la mayoría, ha sido a través de canales que permitían al líder un mayor control político, al margen de la oposición, reforzando con ello la imagen del liderazgo personal del incumbent o del ex presidente. En términos comparados es claro que este escenario se ve favorecido por el uso de mecanismos decisorios extraparlamentarios como los referendos y los recursos de inconstitucionalidad del Poder Judicial (p. 15, 2015)

Desde finales del siglo XX, los países centroamericanos han atestiguado procesos políticos y jurídicos asociados a la reelección presidencial. Esos movimientos se han empujado por diferentes motivos, aunque debe señalarse que la mayor parte de esas motivaciones no han sido necesariamente por un fortalecimiento democrático. Al pasar los años, países como Nicaragua y El Salvador han demostrado que ese tipo de reformas constitucionales propician el ascenso autoritario y autocrático.

Más recientemente, se actualizó la jurisprudencia interamericana en esta materia. Por tratarse de un tema de trascendencia política y de cuestionamiento jurídico en la región, el estándar interamericano representa un antes y un después. Principalmente, porque la tradicional discusión en torno a este asunto siempre se había centrado en cuanto a la probable inconvencionalidad de limitar las posibilidades del sufragio pasivo a sus habitantes; es decir, la improcedencia de restringir el acceso a cargos públicos. Se pondera el derecho de los habitantes de participar en la política para el acceso al ejercicio de cargos de elección popular, con respecto a la garantía de alternancia en el ejercicio del poder como un elemento fundamental de las democracias contemporáneas.

En 2019, Colombia presentó ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva, con el propósito de que se órgano jurisdiccional se pronunciara acerca de la conformidad de la reelección presidencial indefinida en el contexto de sistemas presidencialistas.

A través de la opinión consultiva OC-28/21, la Corte estableció que la prohibición de la reelección presidencial indefinida es compatible con los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, como la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana. Es decir, que aquella interpretación que se pensaba como transgresora del sufragio pasivo al establecer una imposibilidad de reelección, no tiene cabida a la luz del ordenamiento convencional.

Si bien la consulta se circunscribió al cargo de la Presidencia de la República, el Tribunal estimó que la reelección de manera indefinida va en contra de los principios fundamentales de una democracia representativa, ya que puede favorecer la concentración de poder en una sola persona, poniendo en riesgo la estabilidad institucional y la integridad del orden democrático. A ello se le debe unir el hecho de que una au-

sencia en el ejercicio alternativo del poder, vacía de contenido elementos esenciales de la democracia.

El posicionamiento más trascendente en esta resolución es que, por primera vez, la Corte señaló que la reelección indefinida no puede entenderse como un derecho humano protegido en sí mismo. Mucho menos de uno que se encontrase tutelado a la luz de la Convención y de los instrumentos internacionales. Es decir, no se reconoce como un derecho autónomo que deba ser garantizado o promovido por los Estados miembros, sino como una figura que puede generar tensiones y conflictos con los derechos políticos y la propia estabilidad democrática. Aunque, también vale la pena señalar, la opinión consultiva no establece que sea contraria a la Convención una reforma constitucional que habilite la reelección presidencial. En este sentido, la resolución sí pone de manifiesto la necesidad de que las restricciones o prohibiciones sobre la reelección deben estar justificadas en la protección de los valores democráticos y el respeto por el Estado de Derecho. También lo hace con respecto a la trascendencia de los instrumentos internacionales y de la propia jurisprudencia en la protección de los derechos políticos, en un marco que prioriza la legitimidad de los procesos electorales y la protección de la institucionalidad democrática, de cara a los ordenamientos internos y la necesidad de su compatibilidad. Dicho de otro modo, la tutela de un derecho particular y en defensa individual, no podría vaciar de contenido las bases mismas del sistema democrático. La Corte advirtió que una modificación del ordenamiento jurídico con el objetivo de prolongar indefinidamente la permanencia en el poder puede afectar la legitimidad de los sistemas democráticos y, en consecuencia, vulnerar obligaciones internacionales de respeto a los derechos humanos; sin embargo, como se verá más adelante, algunos de los Estados en Centroamérica no solo incurren en un desconocimiento de facto de este parámetro de convencionalidad, sino que estiman legítimas las acciones reeleccionistas  a través de vehículos como el caso de la justicia constitucional.

En su texto «El pueblo contra la democracia», Yascha Mounk afirma que el miedo a que «los insurgentes populistas socaven las instituciones liberales si llegan al poder puede ser alarmista. Pero está basado en un abultado catálogo de precedentes» (p. 16, 2018). El autor enlista varias manifestaciones anti democráticas y, entre ellas, destaca las acciones que despliegan liderazgos contemporáneos de índole autócrata y autoritario, para llenar de partidarios y «compinches» suyos los tribunales.

El ascenso del populismo en Centroamérica no solo se manifiesta en el uso legítimo de mecanismos y procedimientos democráticos para traerse abajo a esa forma de gobierno, sino que saca a flote la afectación de otros de sus elementos. Uno de ellos lo ha sido la manipulación e influencia sobre las Cortes Constitucionales para la tergiversación de líneas jurisprudenciales que coadyuven al populista en esas coyunturas.

El pasado reciente deja muestra de ello con claridad. El Salvador fue testigo de una tergiversación de la justicia constitucional que habilitó la continuidad en el ejercicio del poder al Presidente Nayib Bukele. A través de la sentencia «Pérdida de derechos

de ciudadanía 1-2021», la Corte Constitucional cambió un criterio del 2013 que impedía la reelección presidencial en el país.

En sustitución de esa imposibilidad, incurrió en una variación a su posicionamiento, resumido en los siguientes puntos:

- Justificó la necesidad de una reinterpretación jurisprudencial, aludiendo que el anterior crit.erio se había basado en una lectura errónea de la Constitución Política. Por ende, era necesario rectificar el posicionamiento del Tribunal Constitucional frente a la cuestión planteada.
- Estimó que la imposibilidad prevista en la Constitución para reelegirse (haber ocupado el cargo en el periodo anterior, no en el inmediato), lo era con respecto a las candidaturas y que la postulación del Presidente para competir nuevamente, no implicaría de facto que este llegue a ser electo. Sino, que ello representaba la posibilidad de que el electorado tuviese más opciones en la oferta política al momento de la elección.
- Estableció que la anterior postura, al limitarle al pueblo esa amplia gama de posibilidades, representaba una interpretación poco garantista y que, finalmente, solo sería el pueblo el que decidiera si le daba o no la oportunidad al Presidente de ocupar nuevamente ese cargo.
- La Corte reconoció que el Presidente ostenta una ventana de visibilidad política diferenciada, pero que eso supone en realidad que el pueblo efectuaría un mayor escrutinio sobre su labor.
- Por último, tomando en cuenta que el «periodo inmediato anterior» no representa el actual término de ejercicio, sino el trasanterior, entonces la limitante de reelección sí operaría para el término siguiente. Con ello, descarta la posibilidad de perpetuidad en el ejercicio del cargo.

Esa tergiversación de criterio debe leerse, además, contextualizada por las maniobras populistas a través de las cuales en 2021, la Asamblea de El Salvador aprobó una reforma con la que destituyó a 5 magistraturas de la Corte Constitucional y designó a 9 personas nuevas en ese órgano.

Como se vio antes, similar ocurrió en el caso de Nicaragua. Costa Rica, por su parte, lo hizo en el año 2003 con una versión moderada de reelección no sucesiva. En el periodo constitucional 2022-2026, el partido oficialista llamó al pueblo para que en las elecciones generales de 2026, elija masivamente las diputaciones necesarias para una reforma constitucional que cambie esa realidad.

La principal conclusión en este estudio es que la justicia constitucional centroamericana presenta una particular tergiversación cuando se trata de la reelección presidencial. A pesar de que ahora se cuenta con un precedente interamericano de vinculatoriedad para estos ordenamientos, lo cierto es que su implantación en la vía interna pareciera ir en sentido contrario. No debe dejarse a un lado que, el hecho

de que se trate de uno de los elementos esenciales de la democracia, los cambios de postura jurisprudencial afectan la robustez y la integridad de ese régimen en el istmo. Con lo cual, lejos de ser guardianes constitucionales para la preservación del orden democrático, la evidencia muestra que algunos de estos Tribunales han facilitado condiciones de erosión en perjuicio de los derechos fundamentales de los habitantes de la región.

## BIBLIOGRAFÍA

ACHOY SÁNCHEZ, José Mario, & CAMBRONERO TORRES, Andrei, «Perspectivas de análisis sobre los procesos políticos de reelección presidencial y la democracia en Centroamérica». *Middle Atlantic Review of Latin American Studies*, *8*(1), 48–76, 2024. https://doi.org/10.23870/marlas.453

ALBORNOZ, Álvaro, «Análisis de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de Honduras que elimina artículos constitucionales pétreos y establece la reelección presidencial indefinida», *Al Poniente*, 2015. https://alponiente.com/analisis-de-la-sentencia-de-la-sala-de-lo-constitucional-de-honduras-que-elimina-articulos-constitucionales-petreos-y-establece-la-reeleccion-presidencial-indefinida-por-dr-alvaro-f-albornoz-p/

ANAYA, Enrique, «La Justicia Constitucional en el Salvador», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM,* 2000. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/15.pdf

BREWER CARÍAS, Allan, «El Sistema de Justicia Constitucional en Honduras», *Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* 2004. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/22598-1.pdf

CANTILLO GAMBOA, Vanlly, «Historia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia», *Revista de la sala constitucional,* 2, 2020. https://revistasalacons.poderjudicial.go.cr/images/2020/Revista/Revista_Sala_Constitucional_No_2.pdf

CASTILLO AMAYA, Lidia, «La historia constitucional de la integración centroamericana. Un estudio desde el derecho comparado». *Revista Realidad y Reflexión, 36*, 2017, pp. 69–96.https://doi.org/10.5377/ryr.v36i0.3616

CEJIL, «Informe Independencia Judicial en Centroamérica: Un anhelo todavía lejano», *CEJIL*, 2025. https://cejil.org/publicaciones/informe-independencia-judicial-en-centroamerica-un-anhelo-todavia-lejano/

Confidencial. (2016, junio 8). *Sala Constitucional despoja al PLI de su personería jurídica*. *Confidencial*. https://www.confidencial.digital/

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras, Sentencia de 29 de noviembre de 2023 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 514, San José, 2023, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_514_esp.pdf

CUAREZMA TERÁN, Sergio & CASTRO RIVERA, Edwin, *«La justicia constitucional de Nicaragua», Instituto de Estudios Jurídicos (INEJ),* 2021. https://inej.net/investigaciones/la-justicia-constitucional-de-nicaragua.pdf

El Faro. (2021, septiembre 4). *La nueva Sala de lo Constitucional avala la reelección inmediata. El Faro*. https://elfaro.net

El País. (2009, octubre 20). *La justicia de Nicaragua permite a Ortega optar a la reelección*. *El País*. https://elpais.com

El País. (2013, mayo 21). *La justicia de Guatemala anula la condena a Ríos Montt por genocidio*. *El País*. https://elpais.com/internacional/2013/05/21/actualidad/1369101633_290958.html

Embajada de EE. UU. en El Salvador. (2021, septiembre 5). Declaraciones sobre la reelección presidencial. *Embajada de EE. UU. en El Salvador*. https://sv.usembassy.gov/

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, «La justicia constitucional en Guatemala», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (1)*, 207–219, 2007. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/45566

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally, «Justicia Constitucional en Costa Rica», *Revista de la Sala Constitucional,* 2024. https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/2024/Articulos/PDF/Justicia_Constitucional_en_Costa_Rica.pdf

HERRERA MENA, Sajid, y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Leonel, «Constitucionalismo gaditano e independencia en Centroamérica: un apretado balance historiográfico», *Cuadernos Inter.c.a.Mbio sobre Centroamérica y el Caribe, 19*(1), e48878. 2021. https://doi.org/10.15517/c.a..v19i1.48878

MEJÍA JERÓNIMO, Edward, «El control de Constitucionalidad de Panamá», *Revista de la Sala Constitucional,* 1, 2019. https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/El%20control%20de%20constitucionalidad%20%20en%20Panama.pdf

MOUNK, YASCHA. (2018). *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertas está en peligro y cómo salvarla*. Paidós-Estado y Sociedad.

Organización de Estados Americanos. (1978). *Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/ser/ccidhr_texto_completo.pdf

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA, Sentencia 2003-02771 de la Sala Constitucional, San José, 2003, disponible en: https://pj.poder-judicial.go.cr/

SOLANO, Mario, «La jurisdicción constitucional en El Salvador», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (11), 2008*. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44793

TREMINIO SANCHEZ, Ilka. *Las reformas a la reelección presidencial del nuevo siglo en América Central: Tres intentos de reforma y un golpe de Estado*. Polít. gob, Ciudad de México. 2015. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 04 sept. 2025.

ULATE CHACÓN, Enrique, *Patrimonio constitucional centroamericano y tutela de los derechos fundamentales mediante el control «tridimensional» de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad,* Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018. https://www.inej.net/libros/publicaciones/ulate_agosto.pdf

Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León), «*El control constitucional de la ley en Nicaragua», Repositorio Institucional UNAN-León,* s.f. http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/bitstream/123456789/3282/1/224547.pdf

VÁZQUEZ VICENTE, Guillermo, «Nacimiento y ocaso de la Federación de Centro América: entre la realidad y el deseo». *Revista Complutense de Historia de América, 37*, 2012, pp. 253–275. https://doi.org/10.5209/rev_RCHA.2011.v37.11

VICIANO PASTOR, Roberto, y MORENO GONZÁLEZ, Gabriel, «Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales», Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 22, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 165-198.

# De-constitucionalización y fragilidad democrática de la justicia constitucional en Perú

# De-constitucionalización y fragilidad democrática de la justicia constitucional en Perú

*José Rolando Cardenas Gonzales*
*Doctorando de la Universidad Complutense de Madrid*
*Profesor de la Escuela de Posgrado de la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, Perú*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el constitucionalismo contemporáneo, la crisis de legalidad rara vez se manifiesta a través de un desafío abierto a la Constitución, sino que surge a través de una sutil domesticación de su lenguaje. Los tribunales, que antes se concebían como guardianes de la rigidez constitucional, operan cada vez más como mediadores de la contingencia política. Esta transformación ha sido particularmente visible en Perú, donde el Tribunal Constitucional (TC) ha atravesado una prolongada secuencia de rupturas institucionales, enfrentamientos legislativos y crisis de legitimidad. Entre 2020 y 2025, su jurisprudencia ha pasado de ser un instrumento de estabilización constitucional a convertirse en un laboratorio de experimentación interpretativa, produciendo decisiones que, aunque formalmente constitucionales, han redefinido los límites mismos del Estado de derecho.

La experiencia peruana resume la paradoja de la erosión jurisprudencial a través de la legalidad. Varias de las principales sentencias del Tribunal durante este período – la validación de la disolución del Congreso (2020), la aprobación de la Ley 31355 (2022) que restringe las mociones de confianza ejecutivo, la normalización de los poderes de excepcionales durante la crisis del 7 de diciembre (2022-2024), la deferencia a la supervisión del Congreso sobre la Junta Nacional de Justicia (2023-2024) y la legitimación de la contrarreforma de la Ley Universitaria (2023)– revelan un patrón

de flexibilidad interpretativa que debilita las garantías constitucionales con el pretexto de preservar el equilibrio institucional. Tornando a la jurisprudencia herramienta que desmantela abiertamente el constitucionalismo, reprogramándolo desde dentro.

Este fenómeno no puede entenderse simplemente como una patología local. Refleja una tendencia más amplia en las democracias contemporáneas, en las que los tribunales se convierten en instrumentos del «legalismo autocrático» (Scheppele, 2018) o del «constitucionalismo abusivo» (Landau, 2013), en el que el uso gradual de las normas constitucionales para legitimar la concentración política. Sin embargo, lo que distingue al caso peruano es su naturaleza oscilatoria. A diferencia de las consolidaciones autoritarias en Hungría o Polonia, por ejemplo, el Tribunal peruano opera en un contexto de inestabilidad crónica. Por lo tanto, su jurisprudencia alterna entre el activismo y la moderación, por un lado, amplía el poder al Ejecutivo para resolver la crisis y por el otro, se somete a la supremacía legislativa para restablecer el equilibrio. Esta lógica pendular transforma al Tribunal en un equilibrador institucional de la disfunción, en lugar de ser un árbitro de principios.

En teoría, esta evolución ejemplifica el conflicto entre las racionalidades comunicativas y sistémicas identificadas por Jürgen Habermas (1992). La legitimidad de la adjudicación constitucional no deriva de su capacidad para estabilizar el poder, sino de su capacidad para producir una justificación razonada. Cuando los tribunales dan prioridad a la funcionalidad sistémica –manteniendo la supervivencia institucional por encima de la coherencia normativa– abandonan la base comunicativa del derecho. De manera similar, el modelo de «constitucionalismo rígido» de Ferrajoli (2016) concibe el estado de derecho como una estructura de garantías inmutables que restringen tanto el oportunismo político como la discrecionalidad judicial. Una vez que esas garantías se vuelven negociables, el derecho constitucional se disuelve en la contingencia procesal.

En este contexto, la jurisprudencia reciente del TC peruano plantea una pregunta central, cómo contribuye un tribunal como este, que opera dentro de una democracia frágil, a la erosión progresiva del significado constitucional mientras lo defiende formalmente en sí mismo. Esta pregunta trasciende a la evaluación doctrinal; exige un análisis de los mecanismos epistémicos e institucionales que permiten que la legalidad se transforme en adaptabilidad. La respuesta no radica en errores aislados, sino en una reorientación sistémica del razonamiento judicial, que pasa de un discurso basado en principios a una lógica de gobernanza.

Esta investigación pretende hacer énfasis en que las decisiones del TC entre 2020 y 2025, son claro ejemplo de un proceso de de-consitucionalización, es decir, una sustitución gradual de la justificación normativa por el razonamiento funcional. Este proceso se manifiesta a través de cinco patrones interconectados: (1) la funcionalización de la legalidad en la sentencia de disolución del 2020 ; (2) la institucionalización del predominio legislativo en virtud de la Ley 31355; (3) la normalización de situaciones de excepcionalidad durante la crisis del 7 de diciembre; (4) la erosión de la

autonomía judicial en los casos de la Junta Nacional de la Justicia; y (5) la regresión de los derechos sociales a través de la contrarreforma de la supervisión universitaria. En conjunto, estas sentencias revelan cómo la interpretación constitucional, más que la ruptura política, puede convertirse en el principal vector de su propia decadencia.

Desde el punto de vista metodológico, se adopta un enfoque crítico-analítico basado en la teoría constitucional comparada y respaldado por análisis doctrinales, jurisprudenciales e institucionales. En lugar de tratar las decisiones del TC como actos jurídicos aislados, se examinan como nodos dentro de un sistema comunicativo más amplio en el que el derecho interactúa con la política y la legitimidad. El análisis aborda tanto el constitucionalismo continental europeo (Ferrajoli, Dworkin, Zagrebelsky, Luhmann) como el pensamiento constitucional latinoamericano (Gargarella, Abramovich y Courtis, Cepeda Espinosa), situando el caso peruano en un diálogo transnacional sobre la función judicial en contextos de fragilidad democrática.

Los argumentos se desarrollan en tres etapas. En primer lugar, reconstruye los fundamentos teóricos de la adjudicación constitucional como una práctica de justificación más que de adaptación. En segundo lugar, examina los cinco casos fundamentales que ilustran la transición del TC del razonamiento normativo al funcional. Por último, desarrolla un debate sobre las implicaciones sistémicas de esta transformación y propone un modelo para restaurar la responsabilidad constitucional en la práctica judicial. El objetivo no es desacreditar al TC peruano, sino exponer los patrones epistémicos que sustentan la erosión jurisprudencial del significado constitucional.

Con todo lo anterior, se busca demostrar que el declive constitucional no siempre es resultado del desafío político, sino que también puede surgir del cumplimiento judicial. En las democracias frágiles, la crisis del derecho comienza cuando los tribunales, en su esfuerzo por preservar el orden, olvidan su deber de justificarlo. La jurisprudencia reciente del TC peruano ofrece así un caso paradigmático de cómo el constitucionalismo puede sobrevivir como forma mientras perece como razón, y de cómo su recuperación no exige una reforma del texto, sino una renovación de la conciencia judicial que lo interpreta.

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ESTADO DE DERECHO

En el pensamiento constitucional contemporáneo, el concepto de Estado de derecho trasciende sus orígenes formalistas para encarnar un proyecto normativo que restringe el poder mediante la legalidad, la igualdad y la aplicación de los derechos. Para Ferrajoli (2016), la esencia de la democracia constitucional no reside en proclamar derechos, sino en construir un sistema de garantías que los haga justiciables frente a las mayorías y al poder arbitrario. Esta noción se ajusta a la Lista de verificación del Estado de Derecho de la Comisión de Venecia (2016), que define el Estado de Derecho a través de seis criterios interdependientes: legalidad, seguridad jurídica,

prevención del abuso de poder, igualdad ante la ley, acceso a la justicia y respeto de los derechos humanos. En este marco, la jurisprudencia de un TC debe evaluarse no solo por su fidelidad al texto, sino también por su contribución a la preservación de estas salvaguardias sistémicas.

Desde un punto de vista teórico, el TC funciona como guardián y como factor de riesgo para el Estado de derecho. Cuando su razonamiento se aleja de la justificación basada en principios y se convierte en un vehículo para la conveniencia política, puede facilitar lo que Landau (2013) denomina «constitucionalismo abusivo». En tales procesos, el retroceso democrático no se produce a través de golpes de Estado o autoritarismos manifiestos, sino a través de la manipulación interna de los mecanismos constitucionales: enmiendas, reinterpretaciones o rediseños institucionales que mantienen la legalidad formal mientras vacían su sustancia. Los tribunales que validan estas estrategias, incluso de forma inadvertida, contribuyen a lo que Scheppele (2018) conceptualizó posteriormente como «legalismo autocrático», al que concibe como el uso de instrumentos jurídicos y de la legitimidad judicial para desmantelar las restricciones democráticas desde dentro.

La experiencia peruana desde 2020 ilustra vívidamente esta tensión. Varias decisiones del TC se han justificado como esfuerzos para estabilizar el conflicto institucional, pero en conjunto revelan un cambio hacia la deferencia judicial hacia los poderes políticos. Esta tendencia jurisprudencial refleja patrones más amplios en América Latina, en los que los tribunales, inicialmente diseñados para limitar la política, evolucionan hasta convertirse en actores que normalizan la captura institucional (Couso, 2010; Hilbink, 2012; Sadurski, 2019). Cuando el discurso judicial prioriza el «equilibrio» institucional sobre el control sustantivo, la legalidad se convierte en performativa en lugar de protectora, un fenómeno que Brewer-Carías (2020) asocia con la erosión de la supremacía constitucional a través del relativismo interpretativo.

Desde una perspectiva sistémica, el estado de derecho funciona como una red de instituciones autolimitadas. Gargarella (2019) ha propuesto la metáfora de la sala de máquinas constitucional, haciendo hincapié en que la verdadera distribución del poder reside en las normas procedimentales e institucionales– mecanismos de nombramiento, votos de confianza, órganos de supervisión– que determinan quién decide y cómo. En ese sentido, pequeños cambios interpretativos en doctrinas como la confianza política o el alcance de la supervisión judicial pueden recalibrar todo el sistema político. Cuando el TC peruano en 2020, en el caso 0006-2019-CC/TC, aceptó la «denegación fáctica de confianza», reestructuró efectivamente el equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo, ampliando la discrecionalidad ejecutiva y manteniendo al mismo tiempo la formalidad constitucional. El propio Tribunal reconoció que las disoluciones recurrentes podían generar un «deseo de concentración de poder», un reconocimiento implícito de su propia fragilidad interpretativa (TC, 2020).

La jurisprudencia posterior reforzó la naturaleza pendular del control constitucional. En 2022, con la aprobación de la Ley 31355 y la posterior validación por parte

del TC de la prerrogativa del Congreso para definir los procedimientos de confianza reflejan un cambio doctrinal de la flexibilidad a la rigidez. Por un lado, esta interpretación proporciona seguridad jurídica al frenar el abuso del poder ejecutivo; por otro, institucionaliza la asimetría a favor del poder legislativo. Según el criterio de Scheppele (2018), esta deferencia judicial ejemplifica cómo los tribunales pueden legalizar cambios de poder que, de otro modo, requerirían una enmienda formal. El reto para el razonamiento judicial, entonces, es articular principios que concilien la estabilidad con la rendición de cuentas, en lugar de oscilar entre ambos.

La lógica del excepcionalismo constitucional complica aún más este panorama. Tras los acontecimientos del 7 de diciembre de 2022, cuando el presidente Castillo intentó disolver el Congreso, el TC emitió sentencias que legitimaban medidas excepcionales en defensa de la democracia. Sin embargo, como nos recuerda Alexy (2002) el equilibrio de principios no debe dar lugar a la normalización de las excepciones. Una constitución que tolera emergencias permanentes deja de funcionar como ley superior. Desde el punto de vista ferrajoliano, las excepciones solo pueden justificarse por estricta necesidad y deben ser temporales; de lo contrario, erosionan las garantías inderogables que definen el orden constitucional. La relajación parcial de las garantías procesales por parte del TC peruano en las decisiones posteriores a la crisis plantea precisamente esta preocupación: la línea entre la legalidad defensiva y la flexibilidad instrumental se vuelve peligrosamente delgada.

Una dimensión igualmente crítica es la independencia judicial, piedra angular tanto del Estado de derecho como del constitucionalismo interamericano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2023) ha advertido contra la injerencia legislativa en la Junta Nacional de Justicia (JNJ) de Perú, subrayando que la independencia se extiende más allá de los jueces individuales hasta la gobernanza institucional del poder judicial. La Comisión de Venecia (2016) subraya de manera similar que las salvaguardias estructurales– nombramientos transparentes, destituciones no arbitrarias, autonomía financiera– constituyen elementos sustantivos del estado de derecho. Cuando el TC juzga disputas que redefinen la autonomía de la JNJ, su deber interpretativo trasciende la hermenéutica técnica: debe evaluar si sus decisiones fortalecen o erosionan la arquitectura del autogobierno judicial.

Una dinámica comparable surge en la contrarreforma de la educación superior a partir de los resuelto en la Sentencia 397/2022, Exp. N.°00008-2022-PI/TC. El respaldo del TC a la Ley 31520, que reestructuró la supervisión de la SUNEDU, ilustra la gestión judicial de la regresión institucional. La decisión justificó la intervención legislativa en nombre de la autonomía universitaria, pero al desmantelar el regulador independiente, debilitó las garantías institucionales del derecho a una educación de calidad. En términos doctrinales, esto desafía el principio de irrevocabilidad de los derechos sociales (Abramovich & Courtis, 2014). Como sostiene Zagrebelsky (2011), la interpretación constitucional debe preservar la ductilidad del derecho sin erosionar sus garantías fundamentales. Un tribunal que acepta medidas regresivas bajo la bande-

ra de la autonomía corre el riesgo de legitimar el retroceso de los derechos colectivos.

Con todo lo anterior, queda evidenciado que se requiere un marco evaluativo en múltiples capas. En primer lugar, la lista de verificación del Estado de derecho ofrece indicadores medibles: legalidad, separación de poderes y recursos efectivos. En segundo lugar, las teorías del constitucionalismo abusivo y el legalismo autocrático ayudan a detectar la manipulación estructural de la legalidad. En tercer lugar, la teoría de la sala de máquinas pone de relieve los mecanismos ocultos de redistribución del poder dentro de la jurisdicción constitucional. Finalmente, mayor énfasis a los enfoques sobre el razonamiento judicial en la racionalidad normativa más que el pragmatismo político. En conjunto, estos marcos permiten una auditoría jurisprudencial crítica orientada a determinar si las decisiones del TC refuerzan o debilitan la capacidad real de la Constitución para restringir el poder.

En última instancia, la base teórica aquí establecida subraya que los tribunales constitucionales no se limitan a interpretar la ley, sino que dan forma al ecosistema constitucional. Como subrayan Levitsky & Ziblatt (2018), las democracias rara vez perecen a causa de golpes de Estado abruptos, sino que se deterioran a través de la normalización gradual del desequilibrio y el declive de la restricción institucional mutua. Las decisiones judiciales que pretenden estabilizar la política pero diluyen las garantías pueden, por lo tanto, participar, aunque sea de forma involuntaria, en este silencioso proceso de corrosión constitucional.

## 3. LA DINÁMICA DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL Y EL MARCO INSTITUCIONAL PERUANO

Para comprender la jurisprudencia reciente del TC peruano es necesario situarla en un entorno institucional frágil y cíclico. La Constitución de 1993, redactada tras el autogolpe de Alberto Fujimori, consolidó un régimen híbrido que combina una dinámica semipresidencialista con un sistema de partidos fragmentado y unos mecanismos débiles de rendición de cuentas horizontal (García Belaunde, 2015). Aunque se diseñó para estabilizar la autoridad del Poder Ejecutivo tras el hiperpresidencialismo de la década de 1980, lo que produjo fueron enfrentamientos recurrentes entre el Ejecutivo y el Congreso. Este frágil equilibrio ha convertido la interpretación constitucional no en un acto neutral, sino en un recurso político. Así, el TC ha pasado de ser el guardián de la legalidad a convertirse en un árbitro recurrente de la supervivencia política, un papel que pone de manifiesto la paradoja de la justicia constitucional en las democracias en transición: el mismo tribunal destinado a prevenir las crisis se convierte en su administrador.

La fragmentación política que siguió al colapso de los partidos tradicionales en la década de 1990 se intensificó después de 2016, cuando sucesivos Congresos y presidentes se enfrentaron a una desconfianza mutua. La destitución del presidente

Kuczynski en 2018, el breve mandato del presidente Vizcarra y la disolución del Congreso en 2019 ilustran un ciclo de inestabilidad que institucionalizó la crisis como forma de gobierno (Levitsky, 2018). Cada conflicto invocó cláusulas constitucionales –cuestiones de confianza, vacante por incapacidad moral, interpelaciones– que revelaron el diseño ambiguo de la Constitución y la ausencia de consenso interpretativo. Cuando los conflictos llegaron al TC, sus decisiones dieron forma al propio orden constitucional. Como señala Hakansson (2021) el TC se convirtió en un espejo institucional que reflejaba la ansiedad política, un espacio en el que la legitimidad se renegocia constantemente.

Desde una perspectiva teórica, esta trayectoria ejemplifica lo que Ginsburg & Huq (2018) describen como el modelo de «cuasi desaparición» de la erosión democrática: la Constitución permanece formalmente intacta, mientras que las instituciones pierden gradualmente su eficacia debido al uso excesivo y la reinterpretación. Sin embargo, la variante peruana se caracteriza por una volatilidad juridificada: todas las crisis importantes se resuelven mediante la ley, pero cada resolución debilita la fe en la legalidad. La repetición de este ciclo ha transformado la jurisdicción constitucional en un escenario de estabilidad performativa, en el que el TC debe reafirmar constantemente su autoridad en medio de una legitimidad política en declive.

La composición y el proceso de nombramiento del Tribunal Constitucional magnifican aún más esta fragilidad. Los magistrados son elegidos por el Congreso mediante una votación por mayoría cualificada, un mecanismo destinado a promover el consenso, pero que a menudo ha dado lugar a negociaciones partidistas y vacantes temporales (Landa Arroyo, 2020; Rojas Canales, 2023). Los escándalos periódicos sobre presuntos favoritismos políticos han erosionado la confianza pública en la independencia del Tribunal. En 2022, la selección de nuevos magistrados por parte del Congreso suscitó críticas de la sociedad civil y de la Defensoría del Pueblo, que argumentaron que el proceso carecía de transparencia y de una evaluación basada en los méritos (Ayala Corao et al., 2022). Desde el punto de vista de la teoría de las garantías de Ferrajoli (2016), esta politización de los nombramientos judiciales socava la autonomía estructural que sustenta el Estado de derecho. El diseño institucional se convierte en una puerta de entrada a través de la cual las mayorías políticas se infiltran en la esfera de la adjudicación constitucional.

La posición del TC dentro del sistema de controles y contrapesos de Perú difumina aún más los límites entre la revisión judicial y la mediación política. Históricamente, la jurisprudencia del Tribunal ha oscilado entre el activismo (defendiendo los derechos y limitando al Congreso en la década de 2000) y la deferencia (enfatizando la autonomía legislativa después de 2020). Este movimiento pendular se corresponde con lo que Tushnet (2019) denomina «constitucionalismo débil», un modo de revisión judicial que se abstiene de ejercer la supremacía definitiva, dejando que los poderes políticos ajusten el significado constitucional. Si bien esta moderación puede parecer democrática, en sistemas frágiles puede acelerar la captura por parte de los actores

dominantes. En el contexto polarizado de Perú, la autocontención judicial no ha ampliado la deliberación, sino que ha legitimado la extralimitación legislativa.

El giro del Tribunal hacia la deferencia desde 2020 también puede explicarse a través del concepto de «pluralismo constitucional» en situaciones de crisis, acuñado por Walker (2002). En contextos en los que la autoridad está fragmentada, las instituciones compiten por definir el significado constitucional. La recurrente reivindicación del TC de ser el «interpretador definitivo» coincide, paradójicamente, con su creciente subordinación a las presiones políticas. Las sentencias de 2022 sobre la cuestión de confianza (Ley 31355) ilustran esta dualidad: al tiempo que reafirman la supremacía interpretativa del Tribunal, consolidan efectivamente el dominio procedimental del Congreso. Esta dinámica se ajusta a la teoría de la sala de máquinas de Gargarella (2019), donde el control sobre las palancas procedimentales, más que los derechos explícitos, determina la distribución real del poder en la Constitución.

En términos comparativos, la experiencia de Perú se asemeja a los patrones observados en Hungría y Polonia, donde las instituciones judiciales se han convertido en lugares de reorientación institucional. Como muestran Scheppele (2018) y Sadurski (2019), la erosión no se produce mediante la abolición de los tribunales, sino mediante la redefinición de su función. El TC peruano, aunque no ha sido capturado en eel mismo sentido autoritario, ha experimentado una transformación más suave, convirtiéndose de guardián de los límites a mediador de su disfunción. Esta transformación refleja lo que Hirschl (2004) denominó *juristocracia bajo instrumentalización política*, es decir, el Poder Judicial se expande formalmente, pero pierde autonomía sustantiva.

La inestabilidad constitucional del Perú también interactúa con los marcos normativos regionales. La Carta Democrática Interamericana (Organización de los Estados Americanos, 2001) establece los elementos esenciales de la democracia, entre ellos la separación de poderes y la independencia judicial. La CIDH (2023) ha instado repetidamente al Perú a garantizar la estabilidad de la Junta Nacional de Justicia y a evitar la injerencia política. Sin embargo, estas normas encuentran una aceptación limitada a nivel nacional porque, como sostiene Landa Arroyo (2024), la clase política peruana ha interiorizado la crisis como una forma de gobernanza, una precariedad constitucionalizada que normaliza el conflicto en lugar de resolverlo.

Otra dimensión estructural de la crisis constitucional del Perú es la fragmentación del sistema de partidos. La ausencia de bloques parlamentarios coherentes transforma cada mandato e e del Congreso en un mosaico de micropartidos motivados por negociaciones a corto plazo. Mainwaring & Torcal (2006) describen estos sistemas como «vacíos institucionales» que fomentan la extralimitación del ejecutivo y el obstruccionismo legislativo. En este contexto, el TC se convierte en un sustituto de la negociación política, cuando esto debería tener lugar en el Parlamento. Cada fallo llena un vacío dejado por la irresponsabilidad política, convirtiendo la interpretación judicial en una forma de gobernanza por defecto. Esta recurrente dependencia del Tribunal

politiza su autoridad, haciendo que cada decisión interpretativa sea un sustituto de la victoria política.

El papel del TC en el arbitraje de estas crisis también refleja la ausencia de instituciones intermedias capaces de canalizar los conflictos. Perú carece de un Consejo Constitucional, de un Defensor del Pueblo con fuertes poderes sancionadores o de un sistema sólido de quejas constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*). Desde una perspectiva institucional comparada, el concepto de «momentos constitucionales» de Ackerman (1991) se invierte en Perú, apreciandose que en lugar de momentos de renovación, el país experimenta continuos «minimomentos» de refundación, en los que el TC debe reconstruir repetidamente el orden constitucional a través de sus sentencias. Esta constante reinterpretación disminuye la estabilidad normativa esencial para el estado de derecho.

Los indicadores empíricos corroboran esta volatilidad institucional. Según los datos del World Justice Project (2023), Perú se encuentra entre los países de América Latina con menores restricciones al poder del Gobierno y a la independencia judicial. Las encuestas del Instituto de Estudios Peruanos (IEP, 2023) muestran que menos del 20 % de los ciudadanos confía en que el TC actúe de manera imparcial. Estos datos, cuando se leen junto con las tendencias jurisprudenciales, sugieren una disyunción entre la autoridad formal del Tribunal y su legitimidad sociológica, un síntoma clásico de lo que Habermas (1992) denominó el «déficit de legitimación» de los sistemas jurídicos modernos.

En resumen, el marco constitucional del Perú presenta una combinación paradójica de centralidad judicial y fragilidad institucional. El TC se encuentra en la intersección del poder jurídico y político, pero su capacidad para salvaguardar el constitucionalismo se ve limitada por los nombramientos politizados, la oscilación doctrinal y la desconfianza pública. La consecuencia es un sistema constitucional en el que la ley funciona como causa y remedio de la crisis. Comprender esta dualidad es fundamental para interpretar la jurisprudencia reciente del Tribunal: sus decisiones no pueden leerse como actos jurídicos aislados, sino como componentes de un proceso continuo de recalibración institucional bajo presión. Por lo tanto, en la siguiente sección se aplican los criterios teóricos elaborados anteriormente a las cinco sentencias más significativas del Tribunal entre 2020 y 2025, examinando cómo cada una de ellas contribuye, de forma explícita o implícita, a la reconfiguración de la arquitectura del Estado de derecho en Perú.

## 4. LA RECONFIGURACIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

### A. La disolución del Congreso y el origen «caos» constitucional

La decisión de 2020 en la STC Exp.N.°0006-2019-CC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2020), que valida la disolución del Congreso, inaugura lo que podría

denominarse la normalización jurisprudencial de la crisis. El TC, al respaldar la noción de «denegación fáctica de confianza», redefinió los límites constitucionales de la discrecionalidad ejecutiva en virtud del artículo 134 de la Constitución de 1993. La innovación doctrinal de la decisión –reconocer la tácita negativa de confianza sin voto explícito del Congreso– transformó una salvaguardia estrictamente procesal en una herramienta políticamente expansiva (Tribunal Constitucional del Perú, 2020).

A nivel teórico, esta interpretación supone una desviación del constitucionalismo basado en garantías concebido por Ferrajoli (2016), para quien la legalidad opera como un poder negativo: limita el alcance de la discrecionalidad política al anclar la autoridad en procedimientos sujetos a normas. Por el contrario, la sentencia del TC subordina la legalidad a la necesidad funcional. Esta inversión ejemplifica lo que Landau (2013) denomina constitucionalismo abusivo, en el que se utilizan las formas constitucionales para legitimar la erosión de las restricciones. El Tribunal peruano justificó su razonamiento en nombre de la «estabilidad institucional», pero, como nos recuerda Habermas (1992), la legitimidad basada en la funcionalidad más que en la justificación erosiona la racionalidad comunicativa, es decir, la capacidad misma del derecho para mantener la coherencia normativa.

Desde una perspectiva comparativa, esta evolución es paralela a la Ley del Tribunal Constitucional de Hungría de 2011, analizada por Scheppele (2018) como un caso paradigmático de legalismo autocrático: la legalidad se preserva en la forma, pero se instrumentaliza en el fondo. En el caso peruano, el razonamiento teleológico del Tribunal buscaba resolver el estancamiento político, pero al permitir que el Ejecutivo inferir la denegación, desplazó la separación de poderes a una esfera de oportunismo interpretativo. La teoría de sistemas de Luhmann (1995) describiría esto como un cierre autorreferencial del sistema jurídico: el derecho responde a la presión política adaptando sus propios códigos, reproduciendo así la crisis como parte de su función.

El efecto sistémico de esta jurisprudencia es doble. En primer lugar, institucionaliza la indeterminación constitucional. Una vez que la línea entre la denegación «expresa» y la «fáctica» se vuelve fluida, la previsibilidad –el núcleo del Estado de derecho– se disuelve en la discrecionalidad. En segundo lugar, recalibra la identidad institucional del Tribunal: de órgano de revisión constitucional a árbitro de contingencias políticas. Como observan Ginsburg & Huq (2018), los tribunales que asumen funciones de gestión de crisis corren el riesgo de transformar la legalidad en un instrumento de continuidad, no de restricción.

La cuestión más profunda no radica en un error doctrinal, sino en la orientación epistémica. El Tribunal razonó como si la legalidad fuera una variable contingente en lugar de un límite categórico. Este voluntarismo interpretativo aleja al TC del modelo de integridad constitucional descrito por Dworkin (2013), en el que el razonamiento judicial debe expresar el compromiso moral de la comunidad con la coherencia de principios. Al sustituir el principio por el pragmatismo, el Tribunal adoptó lo que Teitel (2020) denomina la lógica del constitucionalismo transicional: una negociación in-

terminable entre la norma y la necesidad. Sin embargo, a diferencia de las transiciones posconflicto, la crisis del Perú fue institucional, no existencial. Por lo tanto, la decisión no constituye una adaptación, sino una autoerosión jurisprudencial: la complicidad de la ley en su propia desestabilización.

Si la legalidad se volvió elástica en 2020, las implicaciones repercutieron más allá del conflicto específico entre los poderes. La doctrina de la «negación fáctica» constitucionalizó efectivamente la confianza, incorporando la gestión de crisis en la gobernanza ordinaria. Esta decisión sentó las bases doctrinales para las oscilaciones posteriores en el poder, allanando el camino tanto para la reacción legislativa como para la cautela ejecutiva. El intento del Tribunal de equilibrar la flexibilidad y el control inauguró en última instancia una jurisprudencia de permisividad, en la que los límites de la autoridad constitucional se definen menos por principios que por la utilidad política.

Si la decisión de 2020 amplió la libertad de acción del ejecutivo con el pretexto de la gestión de crisis, la posterior Ley 31355 de 2022, y su validación por el mismo Tribunal representaron la imagen especular de esa permisividad: un contraataque jurisprudencial hacia la supremacía legislativa. En conjunto, estas sentencias definen la variante peruana del pendularismo constitucional, una oscilación recurrente entre la activación y la abdicación que revela la patología más profunda de la inestabilidad jurídica.

### B. La institucionalización del predominio legislativo

La Ley 31355 de 2022, pretendía restringir la capacidad del Ejecutivo para emplear el mecanismo de la cuestión de confianza, limitando su invocación a asuntos de «política gubernamental específica». En la sentencia N° 307/2023 Exp. 0004-2022-CC/TC, el Tribunal (2023) confirmó esta limitación, argumentando que el Congreso posee la autoridad inherente para regular sus procedimientos internos. Superficialmente, esta decisión restablece el equilibrio al frenar los excesos del ejecutivo. Sin embargo, en esencia, ejemplifica lo que Scheppele (2018) identifica como la autocratización a través de la legalidad: un proceso por el cual las formas jurídicas se convierten en instrumentos para consolidar el dominio de un poder bajo el lenguaje del orden constitucional.

Desde un punto de vista analítico, la decisión completa el ciclo pendular iniciado en 2020. Tras legitimar la flexibilidad del poder ejecutivo, el Tribunal ahora santifica la rigidez legislativa. Este giro simétrico subraya lo que Gargarella (2019) denomina la manipulación de la sala de máquinas constitucional: la reorganización subterránea de los controles procedimentales que, en última instancia, determina la distribución del poder. Aunque el TC proclamó su neutralidad, su silencio sobre la proporcionalidad y la finalidad indica una abdicación jurisprudencial, una negativa a mediar en el diálo-

go constitucional entre los poderes. La validación de la ley transformó lo que debería ser una dinámica de rendición de cuentas en una jerarquía de control.

El razonamiento de la decisión también traiciona una concepción formalista de la autonomía, desvinculada de la justificación normativa. El TC invocó la ¡autorregulación parlamentaria» como metaprincipio, pero no proporcionó ninguna prueba interpretativa para evitar abusos. Desde una perspectiva habermasiana, esto representa un colapso de la racionalidad comunicativa: el discurso constitucional pierde su núcleo deliberativo cuando la autoridad sustituye al argumento (Habermas, 1992). Del mismo modo, el modelo de integridad de Dworkin (2011) exige que la coherencia judicial vaya más allá de la corrección textual y alcance la coherencia moral. Al ignorar el objetivo constitucional de los controles y contrapesos, el Tribunal sustituyó la integridad por el proceduralismo.

En términos comparativos, esta medida jurisprudencial se hace eco de las decisiones del Tribunal Constitucional polaco entre 2015 y 2018, en las que se utilizó el control procesal para marginar al poder judicial, manteniendo al mismo tiempo la legalidad formal (Sadurski, 2019). El análisis de Landau (2013) sobre el constitucionalismo abusivo describe acertadamente el caso peruano: el razonamiento del Tribunal internaliza la asimetría política bajo el disfraz constitucional. La deferencia del TC hacia las prerrogativas legislativas no refleja humildad democrática, sino un cambio del constitucionalismo sustantivo (basado en derechos y garantías) a la soberanía procesal (basada en la autorreferencia institucional).

La tensión teórica entre el razonamiento basado en principios de Alexy (2002) y el cierre sistémico de Luhmann (1995) se hace visible aquí. Al adoptar una lógica autorreferencial –validando el poder simplemente porque emana de un órgano constitucional–, el Tribunal reprodujo lo que se denomina como la paradoja de la autodescripción: la ley se legitima a sí misma en virtud de su forma. Por el contrario, el modelo de proporcionalidad de Alexy habría exigido al TC que comprobara si la restricción de la confianza ejecutiva lograba un propósito legítimo mediante medios necesarios y proporcionados. El hecho de no haber realizado esta comprobación pone de manifiesto un retroceso de la justificación racional hacia el positivismo procesal.

Desde un punto de vista normativo, la advertencia de Zagrebelsky (2011) sobre la ductilidad del derecho constitucional adquiere una renovada relevancia: la flexibilidad sin principios degenera en manipulación. El razonamiento del TC privilegia la autonomía institucional como un fin en sí mismo, separado de su teleología constitucional: la rendición de cuentas. Como sostiene Teitel (2020) las democracias en transición requieren que los tribunales actúen como agentes de reconstrucción moral, no como registradores pasivos de la voluntad política. Al renunciar a este papel, el TC peruano contribuye a la consolidación de lo que Levitsky & Ziblatt (2018) denominan «juego duro constitucional»: la normalización de la política de riesgo calculado dentro de las instituciones democráticas.

En resumen, la Ley 31355 representa la institucionalización de la permisividad del TC en 2020 en una doctrina de deferencia jurisprudencial. El activismo selectivo del Tribunal –asertivo cuando amplía el poder ejecutivo, pasivo cuando lo limita– no revela equilibrio, sino incoherencia doctrinal. Esa oscilación erosiona la previsibilidad esencial para el constitucionalismo y la sustituye por un relativismo funcional. El resultado es un sistema híbrido en el que la legalidad sobrevive como retórica, mientras que las garantías constitucionales son reabsorbidas progresivamente por la política.

Tras oscilar entre posturas permisivas y deferentes, el TC entró en el período 2022-2024 enfrentándose a un nuevo reto: la colisión entre la legalidad y la necesidad. La crisis del 7 de diciembre y las sentencias de hábeas corpus que le siguieron pusieron de manifiesto la prueba definitiva de la adjudicación constitucional: si un tribunal, enfrentado a una emergencia estatal, puede resistirse a transformar la excepción en normalidad.

### C. La crisis del 7 de diciembre y la judicialización de la excepción

Los acontecimientos del 7 de diciembre de 2022, cuando el presidente Pedro Castillo intentó disolver el Congreso desafiando los límites constitucionales, desencadenaron el enfrentamiento más agudo de Perú entre la defensa democrática y la legalidad constitucional. Tras la destitución y detención de Castillo, múltiples peticiones de hábeas corpus impugnaron la legalidad de su destitución y posterior detención. En su sentencia 96/2024 Exp. 01803-2023-HC/TC, el TC (2024c) confirmó la constitucionalidad de la disolución parlamentaria y las medidas adoptadas por el gobierno interino. La afirmación central del fallo era que «la defensa de la democracia» justificaba desviaciones excepcionales de las garantías procesales ordinarias.

Este razonamiento revela la juridificación del estado de excepción, una dinámica en la que las medidas extraordinarias se absorben en el lenguaje de la normalidad constitucional. Agamben (2005) describió esto de manera famosa como la transformación de la excepción en un paradigma de gobernanza: el orden jurídico legitima su propia suspensión. Este razonamiento representa la forma más elevada de antigarantismo, en la que el Estado de derecho deja de funcionar como límite y se convierte en un instrumento de conveniencia política (Ferrajoli, 1995). La sentencia del TC plantea así una cuestión fundamental: ¿puede sobrevivir la legalidad cuando la necesidad dicta su contenido?

En tal contexto, el Tribunal invocó el principio de defensa democrática como un valor constitucional no escrito, comparando la situación con la autoprotección del orden constitucional (Jaramillo, 2015). Sin embargo, la sentencia no realizó la prueba de proporcionalidad estructurada que Alexy (2002) considera indispensable a la hora de equilibrar principios. Tampoco identificó el peso del objetivo legítimo ni evaluó alternativas menos restrictivas. Esta omisión señala un cambio del razonamiento basa-

do en principios a la adjudicación funcional. Dyzenhaus (2006) denomina a esto «la zona gris de la legalidad», es decir, un espacio intermedio en el que la ley conserva su forma pero pierde su fuerza restrictiva.

Desde una perspectiva comparada, este movimiento jurisprudencial es paralelo a las sentencias colombianas sobre el estado de excepción de principios de la década de 1990, en las que el TC de Colombia respaldó inicialmente los decretos ejecutivos «en defensa de la democracia», reconociendo posteriormente que los poderes de emergencia sin control habían erosionado la legalidad ordinaria (Cepeda-Espinosa, 2004). Sin embargo, el TC peruano no extrajo esa lección institucional. Su decisión normalizó la continuidad de la lógica de emergencia, utilizando un discurso excepcional para validar las restricciones a la protesta, las detenciones arbitrarias y la participación militar en la seguridad interna.

La ironía conceptual radica en el hecho de que el TC enmarcó su fallo como fidelidad constitucional. Al situarse como árbitro último de la protección democrática, se involucró en lo que Gross (2003) denomina el modelo de medidas extralegales: la legalidad justificada a través de su propia violación. La distinción entre defender la democracia y redefinirla se difuminó por completo. Como advierte Habermas (1992), una vez que el «imperativo sistémico de la estabilidad» supera la justificación comunicativa, el discurso constitucional se derrumba en una autorreferencia administrativa.

A nivel normativo, esta jurisprudencia representa una crisis de justificación. Para Alexy (2002), la estructura racional de la proporcionalidad garantiza que el poder siga siendo discursivamente responsable; su ausencia transforma la ley en mandato. Para Agamben (2005), la excepción expone el umbral en el que coinciden la ley y la violencia. La sentencia del TC se sitúa precisamente en ese umbral. No suspendió explícitamente la Constitución ni mantuvo todas sus garantías procesales, creando efectivamente una zona de emergencia latente. Al hacerlo, institucionalizó una liminalidad jurídica que corroe los límites temporales entre la excepción y la normalidad.

Desde un punto de vista sistémico, este caso ejemplifica el excepcionalismo constitucional como un patrón recurrente en la jurisprudencia peruana (León Vásquez, 2024). Cada crisis se convierte en un precedente para ampliar la discrecionalidad, y cada precedente debilita los límites que definen el gobierno constitucional. En términos de Luhmann (1995) el sistema jurídico absorbe el conflicto reproduciéndolo dentro de su propia lógica: la crisis se convierte en el medio de adaptación constitucional. Sin embargo, esa adaptación sin reflexividad conduce a la entropía. La sentencia del Tribunal, destinada a estabilizar la democracia, contribuyó en cambio a la dependencia del camino de la emergencia, perpetuando un ciclo autojustificativo de excepción como ley.

Si la crisis del 7 de diciembre reveló la disposición del Tribunal a constitucionalizar la necesidad, los conflictos posteriores que involucraron a la Junta Nacional de Justicia (JNJ) pusieron a prueba su compromiso con la independencia estructural del poder judicial. Lo que comenzó como tolerancia a las medidas de emergencia se

convirtió en tolerancia a la interferencia institucional, una erosión aún más sutil de las garantías constitucionales.

### D. Independencia judicial e intervención política de la Junta Nacional de Justicia

Entre 2023 y 2024, el Congreso inició investigaciones y posibles destituciones de miembros de la Junta Nacional de Justicia (JNJ), el organismo encargado de nombrar, ascender y sancionar a los jueces. En las Sentencias 137/2024 (Tribunal Constitucional del Perú, 2024a) y 299/2024 (Tribunal Constitucional del Perú, 2024b), confirmó la competencia del Congreso para «evaluar» a la JNJ, haciendo hincapié en el respeto a la función de supervisión del poder legislativo. Sin embargo, no especificó los límites sustantivos o procesales para evitar el abuso político. En efecto, el Tribunal legitimó la intervención del Congreso en el núcleo del autogobierno judicial.

Esta omisión atenta contra el núcleo estructural del Estado de derecho. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) ha establecido desde hace tiempo que la independencia judicial es una garantía estructural, no un privilegio de los jueces, sino una condición previa para la protección de los derechos. La decisión del TC peruano ignoró estas normas, sustituyendo la autonomía sustantiva por la legalidad formal. Al hacerlo, ejemplificó lo que Scheppele (2018) denomina abdicación legalista: la retirada del poder judicial a tecnicismos que permiten la intromisión política mientras se mantiene la fachada del cumplimiento del Estado de derecho.

Desde un punto de vista teórico, este caso enfrenta la tensión entre la integridad institucional y la adaptación sistémica. Para Dworkin (2013), la integridad exige que el razonamiento judicial exprese una visión moral coherente de la legalidad; un tribunal que tolera la injerencia por motivos políticos abdica de esa responsabilidad. Por el contrario, Luhmann (1995) describiría el comportamiento del TC como una autoprotección sistémica: mantener la continuidad operativa acomodándose al poder político. Sin embargo, tal acomodación transforma la independencia judicial en una variable contingente en lugar de una constante normativa.

El razonamiento deferente del TC enmarcó la supervisión del Congreso como un «diálogo constitucional». Sin embargo, como argumentaría Habermas (1992), el diálogo sin simetría no es comunicativo, sino coercitivo. En un contexto en el que el Congreso nombra y disciplina simultáneamente a los jueces, el diálogo genuino se vuelve estructuralmente imposible. Por lo tanto, la decisión representa una inversión de la teoría de las garantías de Ferrajoli (1999): en lugar de que la ley limite la política, la política coloniza la legalidad a través del cumplimiento interpretativo.

En términos comparativos, este patrón refleja la crisis judicial de Polonia después de 2016, cuando el TC validó las reformas legislativas que subordinaban los consejos judiciales al ejecutivo (Sadurski, 2019). En ambos casos, los tribunales invocaron la legalidad para autorizar intervenciones que desmantelan la autonomía institucional.

La consecuencia, como observa Aguiar-Aguilar (2020) en el contexto latinoamericano, es la aparición de un mimetismo institucional: las formas democráticas persisten, pero su sustancia funcional se erosiona.

El fracaso del TC para delimitar los límites del control del Congreso revela el problema más profundo de la autodestrucción constitucional. Cuando el guardián de la independencia respalda su condicionalidad, el núcleo normativo del sistema se derrumba. El concepto de «déficit de legitimación» de Habermas (1992) capta con precisión este fenómeno: la legalidad permanece intacta desde el punto de vista procedimental, pero su credibilidad social se desintegra.

Desde una perspectiva normativa, la jurisprudencia del Tribunal erosiona el principio de independencia estructural, piedra angular del constitucionalismo moderno. Como subrayó Bobbio (1989), la separación de poderes no funciona como una mera división, sino como una limitación recíproca. Al renunciar a su capacidad de definir esos límites, el TC participa en lo que Gargarella (2019) denomina cooptación constitucional: un proceso en el que la legalidad formal oculta la sustitución gradual de los controles y equilibrios por una subordinación jerárquica.

El efecto final es la conversión de la autonomía judicial en discrecionalidad legislativa. Esta transición señala la etapa más avanzada de la erosión constitucional: cuando el poder judicial internaliza su propia subordinación. A diferencia del excepcionalismo manifiesto de la crisis del 7 de diciembre, las sentencias de la JNJ encarnan la normalización por omisión. El Tribunal no violó explícitamente los principios constitucionales, sino que permitió su decadencia mediante el silencio. En este sentido, la jurisprudencia del TC para 2023-2024 resume la variante peruana del legalismo autocrático: el poder consolidado no mediante el desafío a la ley, sino a través de su aplicación selectiva.

Si la deferencia del Tribunal en los casos JNJ debilitó la autonomía institucional, su posterior respaldo a la contrarreforma universitaria reveló la dimensión final de la erosión jurisprudencial: el abandono de las garantías constitucionales en el ámbito de los derechos sociales. En ese caso, el lenguaje de la autonomía ya no defendía a las instituciones de la política, sino que legitimaba el retroceso de los logros colectivos.

### E. La contrarreforma de la Ley Universitaria y el principio de irretroactividad

La decisión del TC en el Caso 00008-2022-PI/TC marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia peruana sobre derechos sociales y autonomía institucional. Al declarar constitucional la Ley 31520, el Tribunal respaldó la reestructuración de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU) llevada a cabo por el Congreso, que sustituyó su consejo técnico independiente por representantes designados por intereses políticos y universitarios-empresariales (TC, 2023). Presentada como una restauración de la «autonomía universitaria», la sentencia desmanteló en la

práctica el mecanismo regulador que, desde 2015, había garantizado el cumplimiento de las normas mínimas de calidad y transparencia en la educación superior.

Desde un punto de vista teórico, esta sentencia ejemplifica la paradoja de la regresión constitucional: el uso del lenguaje constitucional para legitimar la erosión de las garantías sustantivas. Luigi Ferrajoli (1995) concibe el Estado de derecho como un sistema de restricciones, una arquitectura normativa que limita la arbitrariedad gubernamental y mayoritaria mediante garantías exigibles. Al validar una ley que reducía la supervisión institucional en nombre de la autonomía, el TC invirtió esta lógica: la autonomía se convirtió en un vehículo de desregulación, no en un escudo para la libertad académica. Esta inversión pone de manifiesto lo que Zagrebelsky (2011) denominó la ductilidad del derecho constitucional: la tendencia de los principios, una vez separados de su orientación teleológica, a servir a fines contradictorios. La «Constitución elástica» que resulta de tal plasticidad interpretativa puede acomodar tanto la protección como la violación bajo la misma fórmula retórica.

La decisión también ignoró el principio de irrevocabilidad en la jurisprudencia de los derechos sociales, una piedra angular del constitucionalismo internacional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en el 2000, estableció que, una vez alcanzado un nivel de protección de los derechos, el Estado tiene la carga de probar que cualquier reducción está justificada por una necesidad imperiosa. Abramovich & Courtis (2014) tradujeron esta doctrina a la práctica constitucional latinoamericana: la regresión solo es permisible si es temporal, proporcionada y va acompañada de garantías compensatorias. Sin embargo, el TC no proporcionó ninguna justificación empírica o normativa para desmantelar la autonomía de la SUNEDU, transformando así la regresión en política. Al descuidar el análisis de la proporcionalidad y el escrutinio de las pruebas, el Tribunal renunció a su papel de garante institucional de los derechos sociales justiciables.

Desde el punto de vista doctrinal, la decisión refleja un cambio del constitucionalismo sustantivo al simbólico. La invocación de la «autonomía» por parte del TC funcionó como una categoría puramente formal, desvinculada de las condiciones materiales que dan sentido a la autonomía: la integridad académica, la suficiencia de recursos y la rendición de cuentas pública. Habermas (1992) interpretaría esto como una manifestación del «déficit de legitimación» característico de los sistemas jurídicos tardomodernos: el derecho mantiene su validez procedimental, pero pierde su racionalidad comunicativa. El discurso del Tribunal no entabló un diálogo razonado con las partes interesadas afectadas, las universidades o la comunidad académica; en cambio, reprodujo lo que Luhmann (1995) denomina el cierre autopoético del derecho: decisiones autorreferenciales destinadas a preservar la coherencia institucional en lugar de la capacidad de respuesta social.

Desde una perspectiva comparativa, la sentencia refleja los patrones regionales de desinstitucionalización en la gobernanza de la educación superior. En Brasil, las reformas de 2019 que debilitan la autoridad de acreditación del MEC y, en México,

la creación en 2021 de consejos universitarios dependientes políticamente, ilustran cómo las mayorías populistas reutilizan la autonomía para neutralizar la supervisión (Acosta Silva, 2022; McCowan, 2021). El concepto de constitucionalismo abusivo de Landau (2013) capta con precisión este mecanismo: los principios constitucionales se reinterpretan para legitimar retrocesos políticos que, de otro modo, violarían garantías arraigadas. El caso peruano contribuye así a un fenómeno latinoamericano más amplio en el que el formalismo jurídico oculta un deterioro sustantivo.

A un nivel filosófico más profundo, la sentencia redefine la dimensión temporal del constitucionalismo. Ferrajoli distingue entre constituciones rígidas, que preservan el tiempo normativo frente a la contingencia política, y constituciones flexibles, que permiten la adaptación pero corren el riesgo de la entropía. La decisión del TC aceleró esta última dinámica, subordinando las garantías a largo plazo al consenso político a corto plazo. En términos habermasianos, el aprendizaje constitucional fue sustituido por la adaptación sistémica: el derecho respondió a los estímulos políticos sin reflexión normativa. Teitel (2020) clasificaría esto como una perversión del constitucionalismo transicional: en lugar de guiar la consolidación democrática, el Tribunal facilitó la regresión institucional con el pretexto de la transición.

Empíricamente, las consecuencias son cuantificables. Los informes de la Asamblea Nacional de Rectores Universitarios de 2024, indican una disminución en el cumplimiento de la acreditación del 94 % al 62 % después de la reforma, y las organizaciones estudiantiles han documentado un aumento de las matrículas y una reducción de la transparencia. Estos resultados contradicen la obligación del Estado en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce la educación como un vehículo de igualdad y desarrollo. Sin embargo, el TC consideró que esos datos eran irrelevantes, lo que pone de manifiesto lo que Hirschl (2004) denomina la jurisprudencia de la indiferencia: la producción judicial de legitimidad a través de la abstracción.

Visto a través del prisma de la teoría de los sistemas constitucionales, el caso completa el ciclo iniciado en 2020. Mientras que la sentencia de disolución transformó la legalidad en contingencia política y los casos JNJ internalizaron la supervisión política en la estructura judicial, la contrarreforma universitaria internaliza la discrecionalidad política en el ámbito de los derechos sociales. En cada caso, el razonamiento del Tribunal sustituyó la justificación normativa por la adaptación funcional. El efecto acumulativo es una autopoiesis jurisprudencial desvinculada de la responsabilidad democrática: un sistema jurídico que se reproduce a sí mismo absorbiendo sistemáticamente los fundamentos políticos.

En última instancia, el caso 00008-2022-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2022) demuestra cómo la erosión constitucional puede avanzar bajo la apariencia de fidelidad. El Tribunal no violó la Constitución, sino que la reinterpretó hasta que la violación se volvió indistinguible de la aplicación. Al priorizar la autonomía sobre la igualdad, la discrecionalidad sobre las garantías y la retórica sobre la razón, el TC

transformó la adjudicación constitucional en un instrumento de cumplimiento simbólico. En el vocabulario de Habermas (1999), la legalidad sobrevive, pero su fuerza normativa se vacía de contenido. El principio de no regresión, que en su día fue un baluarte de la progresividad, se convierte en otra cláusula flexible en la gramática posconstitucional del Estado peruano.

## 5. PATRONES JURISPRUDENCIALES Y CONSECUENCIAS CONSTITUCIONALES

Los cinco casos examinados revelan una trayectoria coherente, aunque quizás involuntaria, de erosión constitucional a través del razonamiento judicial. Más que inconsistencias episódicas, estas decisiones articulan un patrón sistémico: una lógica jurisprudencial que convierte la legalidad en funcionalidad, la autonomía en formalismo y los derechos en retórica. El TC peruano, a lo largo del período 2020-2025, redefinió progresivamente su papel institucional: de guardián de los límites a gestor de la inestabilidad. Esta evolución ejemplifica lo que Landau (2013) conceptualizó como constitucionalismo abusivo: el uso interno de los mecanismos constitucionales para debilitar las garantías que se suponía debían hacer cumplir.

En el centro de esta transformación se encuentra el desplazamiento del razonamiento normativo por la racionalidad funcional. En el caso 0006-2019-CC/TC, el TC (2020) justificó la disolución del Congreso por necesidad teleológica; en la Ley 31355 (2022), se remitió a la soberanía legislativa; en la crisis del 7 de diciembre de 2024, legitimó la excepción; en los casos JNJ (2023-2024), normalizó la injerencia; y en la contrarreforma universitaria de 2023, respaldó la regresión bajo la bandera de la autonomía. Cada decisión, tomada individualmente, podría parecer defendible. Sin embargo, cuando se consideran en conjunto, delinean un continuo jurisprudencial de desconstitucionalización, un proceso en el que la interpretación constitucional deja de limitar el poder y comienza a reproducirlo.

El marco teórico que ilumina este continuo es la teoría de las garantías de Ferrajoli (2016), al considerar que el constitucionalismo es un proyecto de «rigidez normativa»: somete la voluntad política a principios jerárquicamente superiores que no dependen de las circunstancias. Una vez que un TC interpreta las garantías como variables o negociables, se transforma de un límite en un instrumento de la política. Este cambio representa una inversión paradigmática de la función constitucional. Las decisiones del TC, aunque revestidas de legalidad, muestran lo que Zagrebelsky (2011) describió como la maleabilidad de la Constitución: una forma de plasticidad interpretativa que permite que un mismo texto sustente tanto la protección como la erosión, dependiendo del contexto.

Un segundo patrón transversal es la construcción judicial del equilibrio a través de la oscilación. La jurisprudencia del TC alterna entre el activismo y la moderación, presentándose alternativamente como un guardián asertivo y como un árbitro deferente.

La metáfora de Gargarella (2019) sobre la sala de máquinas constitucional capta acertadamente esta dinámica: el Tribunal no se limita a interpretar las normas, sino que reconfigura la distribución mecánica del poder dentro del sistema. En el caso de Perú, cada ajuste interpretativo –ya sea ampliando la discrecionalidad ejecutiva o limitándola– ha recalibrado la sala de máquinas sin reforzar su coherencia estructural. El resultado es lo que Scheppele (2018) denomina legalismo autocrático a cámara lenta: una reorientación acumulativa de los mecanismos constitucionales hacia la utilidad política, todo ello bajo el disfraz de la normalidad jurídica.

Este péndulo jurisprudencial puede entenderse mejor a través de la distinción de Habermas (1992) entre racionalidades comunicativas y sistémicas. La legitimidad judicial, en una democracia deliberativa, se deriva de la justificación comunicativa, es decir, del discurso razonado basado en principios universalizables. Por el contrario, la racionalidad sistémica responde a las presiones de estabilidad, eficiencia o supervivencia institucional. Las sentencias del TC manifiestan lo segundo: decisiones justificadas por la necesidad más que por el argumento. Al privilegiar la funcionalidad sobre la justificación, el Tribunal sustituyó el discurso del derecho por la gestión de la crisis. El núcleo comunicativo de la adjudicación constitucional –su capacidad para producir legitimidad vinculante a través de razones– fue desplazado por una lógica de adaptación.

Desde una perspectiva constitucional comparada, este patrón resuena con las experiencias globales de «deriva constitucional» descritas por Levitsky & Ziblatt (2018) y Sadurski (2019). La decadencia democrática rara vez es el resultado de una ruptura abierta; evoluciona a través de la legalidad incremental. Los tribunales, en su afán por estabilizar las instituciones, validan inadvertidamente su transformación. En Hungría y Polonia, las decisiones judiciales legitimaron las reconfiguraciones estructurales de los órganos de control y las enmiendas constitucionales que afianzaron el control mayoritario. El TC peruano muestra una dinámica similar, aunque en un contexto de inestabilidad crónica más que de autoritarismo consolidado. El resultado es una forma paradójica de erosión: debilidad constitucional a través del exceso jurídico, demasiadas decisiones y muy pocos principios.

El tercer patrón es la normalización de lo excepcional. La crisis del 7 de diciembre resume cómo la Corte internalizó la lógica de la emergencia en la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la excepción, que antes se limitaba a momentos de amenaza existencial, pasó a formar parte del repertorio argumentativo estándar de la Corte. Aquí se hace tangible la visión de Agamben (2005) sobre el estado de excepción como paradigma de gobierno: la emergencia ya no suspende la ley, sino que la define. La confianza del TC en la «defensa democrática» sin análisis de proporcionalidad refleja lo que Dyzenhaus (2006) denomina la ley del miedo: el intento de la ley de justificar su propia rendición. A través de la repetición, lo excepcional se vuelve invisible; la legalidad sobrevive solo como actuación.

El cuarto patrón se refiere a la erosión de las garantías estructurales. En los casos JNJ, la deferencia del Tribunal ante la supervisión del Congreso ilustra la transforma-

ción de la independencia judicial de una constante normativa a una variable política. El ideal de Dworkin (2013) de la ley como integridad –en el que las decisiones judiciales expresan una narrativa moral coherente de legalidad– contrasta fuertemente con el formalismo del TC. El Tribunal invocó la legalidad sin tener en cuenta la proporcionalidad, la necesidad y la autonomía, alineándose efectivamente con la conveniencia legislativa. Esta jurisprudencia se hace eco de la advertencia de Bobbio (1989) de que la supervivencia de la democracia depende menos de la existencia de instituciones que de la distribución de sus funciones limitadoras. Una vez que el Tribunal dejó de limitar, se convirtió en un participante procesal en la autoextensión del poder.

El quinto y último patrón surge en el ámbito de los derechos sociales. La contrarreforma universitaria demuestra cómo puede producirse una regresión constitucional mediante la invocación selectiva de valores. La «autonomía», separada de su telos normativo, se utilizó como arma para desmantelar la supervisión. El razonamiento del TC tipifica la descripción de Landau (2013) del «pretexto constitucional»: el despliegue del discurso de los derechos para legitimar resultados anticonstitucionales. Cuando se lee junto con los casos anteriores, esta decisión completa la transformación del Tribunal, que ha pasado de ser un árbitro de principios a un administrador de retórica. En palabras de Habermas (1992), este es el punto en el que la legalidad «se desvincula de la racionalidad comunicativa» (p. 56): la Constitución sigue hablando, pero ya no dice nada vinculante.

Estos cinco patrones –funcionalización, oscilación, normalización, erosión y regresión– constituyen lo que podría denominarse el modelo peruano de desconstitucionalización jurisprudencial. No se trata de un colapso del derecho, sino de una reprogramación gradual de sus funciones: la interpretación se convierte en gobernanza, la legalidad se convierte en negociación y la justicia se convierte en simbolismo. Este proceso ejemplifica la teoría de la autopoiesis jurídica de Luhmann (1995): los sistemas preservan su identidad interiorizando las presiones externas. La jurisprudencia del TC revela el poder de adaptación del derecho, pero la adaptación sin reflexividad se vuelve autodestructiva. La supervivencia institucional del Tribunal se ha conseguido a costa de la coherencia constitucional.

Desde el punto de vista normativo, esta trayectoria exige replantearse el papel de los tribunales constitucionales en las democracias frágiles. Como sostiene Teitel (2020), el constitucionalismo transicional no debe normalizar la temporalidad, sino transformar la crisis en aprendizaje constitucional. La jurisprudencia del TC peruano demuestra lo contrario: el aprendizaje constitucional ha sido sustituido por el olvido jurisprudencial. La ley recuerda el procedimiento, pero olvida el principio. Para invertir esta tendencia es necesario volver a lo que Ferrajoli (2016) denomina constitucionalismo rígido: una arquitectura normativa que resista las seducciones de la adaptación política. Sin esa rigidez, el Tribunal corre el riesgo de cumplir la profecía de Scheppele sobre el legalismo autocrático: la legalidad sobrevive solo como ritual, vaciada de su esencia limitadora.

En conclusión, la jurisprudencia reciente del TC peruano ejemplifica cómo la erosión del Estado de derecho puede producirse a través del mismo lenguaje de su defensa. Sus decisiones no articulan la rebelión, sino la conformidad: una rendición disciplinada a la necesidad, el equilibrio y la autonomía desprovista de principios. La Constitución, bajo tal régimen, no muere, sino que se desvanece a través de la interpretación. Por lo tanto, el debate sitúa el caso peruano en un debate global más amplio: cómo los tribunales constitucionales, concebidos como baluartes de la democracia, pueden evolucionar hasta convertirse en agentes de su corrosión gradual. El reto que se plantea consiste en recuperar la justificación racional que en su día distinguió la adjudicación de la gobernanza, el derecho de la política y el constitucionalismo de la mera supervivencia.

## 6. EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN DEMOCRACIAS FRÁGILES

El análisis anterior demuestra que, en los últimos cinco años, el TC peruano ha pasado de ser una institución de defensa constitucional a convertirse en un regulador jurisprudencial de la inestabilidad. Esta transformación, aunque explicable desde el punto de vista contextual, es normativamente insostenible. En las democracias frágiles, donde la cultura constitucional sigue siendo emergente, el razonamiento judicial cumple una doble función: no solo resuelve disputas, sino que también constituye el significado. La pérdida de esta dimensión constitutiva –cuando las sentencias reflejan la necesidad política en lugar de la deliberación normativa– marca el comienzo de lo que Habermas (1992) denomina la colonización del derecho por los imperativos sistémicos. Para revertir este proceso es necesario replantearse la adjudicación constitucional no como el equilibrio de poderes, sino como la reconstrucción discursiva de la legitimidad.

El primer desafío es epistemológico. La jurisprudencia del TC peruano refleja una deriva hacia el pragmatismo judicial, un modo de razonamiento en el que las decisiones se justifican por la funcionalidad y las consecuencias, más que por los principios. Si bien el pragmatismo puede estabilizar las crisis, socava la naturaleza categórica de las normas constitucionales. Ferrajoli (2016) advierte que cuando los tribunales sustituyen la justificación por la necesidad, transforman las garantías en permisos. La solución radica en restaurar la racionalidad constitucional, un método de adjudicación que trata cada limitación, excepción o reforma como sujeto a un razonamiento explícito, proporcionado y transparente.

El modelo de razonamiento basado en principios de Alexy (2002) ofrece una estructura práctica: el Tribunal debe identificar objetivos legítimos, evaluar la necesidad de las restricciones y demostrar la proporcionalidad en sentido estricto. Esta racionalización de la argumentación judicial restablece la lógica discursiva que distingue la

adjudicación constitucional del arbitraje político. Además, la racionalidad debe ser comunicativa, no meramente instrumental: las decisiones deben generar la comprensión pública de su coherencia normativa. En términos habermasianos, la legalidad recupera la legitimidad solo cuando vuelve a entrar en el circuito de la razón comunicativa.

El segundo desafío es institucional. La independencia judicial, en el contexto peruano, no puede reducirse a la no injerencia; debe ser ecosistémica, es decir, estar anclada en estructuras que garanticen tanto la autonomía como la rendición de cuentas. Los casos de la JNJ (2023-2024) demostraron que la independencia formal sin garantías estructurales es vacía. Siguiendo el concepto de integridad de Dworkin (2013), la independencia debe replantearse como una práctica de principios: los jueces son autónomos no porque sean intocables, sino porque su razonamiento es coherente con una narrativa moral de legalidad.

Para lograrlo, Perú necesita innovaciones institucionales similares a las implementadas en el Consejo de la Judicatura de Colombia o el Consejo de Gobernanza Judicial de Chile, donde las facultades de supervisión y nombramiento se distribuyen entre organismos plurales y públicamente responsables. Este modelo se ajusta a la propuesta de Gargarella (2019) de democratizar la sala de máquinas, desplazando el enfoque de la reforma textual al rediseño procedimental. Los consejos judiciales, los tribunales constitucionales y las fiscalías no deben funcionar como silos aislados, sino como nodos interdependientes en un ecosistema deliberativo. Solo un marco integrado de este tipo puede impedir que las instituciones constitucionales sean capturadas por mayorías transitorias.

Una tercera dimensión se refiere a la ética de la deliberación. La jurisprudencia reciente del TC revela un patrón de razonamiento monológico: las decisiones se dirigen a la sociedad, no con ella. Habermas (1992) insiste en que la legitimidad constitucional surge del diálogo inclusivo, en el que los actores afectados pueden reconocerse en las razones expuestas. Esto implica la apertura procesal –audiencias públicas, participación de amicus curiae y razonamiento transparente– como algo intrínseco a la adjudicación, no como adornos procesales. El Tribunal debe pasar de la retórica de la autoridad a la práctica de la reciprocidad.

Desde una perspectiva comparativa, el TC colombiano ha institucionalizado este modelo a través de las «audiencias públicas deliberativas», mientras que el TC sudafricano integra los diálogos sociales en los litigios basados en derechos. El Tribunal peruano podría adoptar mecanismos similares para restablecer el vínculo comunicativo roto entre legalidad y legitimidad. El objetivo no es el populismo, sino la democracia basada en la razón: un tribunal que enseñe, a través de su método, cómo se justifica el poder.

El principio de no regresión, ignorado en el caso 00008-2022-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2022), debería convertirse en la brújula jurisprudencial de futuras resoluciones. En sociedades marcadas por la desigualdad, la progresividad no es una aspiración, sino un deber. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

turales de las Naciones Unidas (2020), afirma explícitamente que los Estados deben «evitar cualquier medida deliberada que dé lugar al deterioro de los derechos existentes». Al constitucionalizar este principio, los tribunales evitan el desmantelamiento cíclico de las instituciones que caracteriza a las democracias débiles.

Zagrebelsky (2011) advierte que la flexibilidad de una constitución debe servir a la adaptación, no a la decadencia. La incorporación de la no regresión en el marco interpretativo del TC establecería una dimensión temporal de la responsabilidad: cada decisión debe mejorar, o al menos preservar, los logros normativos de sus predecesoras. Esta lógica reintroduce la memoria constitucional en la jurisprudencia, el antídoto contra la amnesia del pragmatismo.

En última instancia, lo que Perú y otras democracias frágiles necesitan es una jurisprudencia de responsabilidad. Este modelo trasciende tanto el formalismo textual como la adaptación pragmática. Basándose en el concepto de legalidad sustantiva de Ferrajoli y en la visión del constitucionalismo transicional de Teitel (2020), esta jurisprudencia trata cada decisión judicial como un lugar de reconstrucción ética. Los tribunales deben razonar no como administradores del orden, sino como autores de principios. En palabras de Dworkin (2013), la integridad exige que los jueces «hablen con una sola voz», no en el sentido de uniformidad de opiniones, sino de coherencia de propósitos morales.

Una jurisprudencia responsable también implica humildad constitucional. El TC debe reconocer que, en contextos de fragilidad institucional, una discrecionalidad excesiva, incluso de buena fe, puede perpetuar la inestabilidad. La noción de resistencia constitucional de Scheppele (2018) sugiere que los tribunales deben institucionalizar la autocontención como un compromiso ético: resistir la captura política no con silencio, sino con disidencia basada en principios. Cada decisión debe articular no solo lo que permite la Constitución, sino también por qué ese permiso sirve a sus valores fundamentales.

En este sentido, el futuro de la adjudicación constitucional en Perú depende menos de la reforma del texto que de la reforma de la conciencia jurisprudencial. La crisis de la justicia constitucional no es una crisis de derecho, sino de significado. Restaurar la fuerza normativa de la Constitución requiere una reeducación de la razón judicial, una recuperación de la convicción de que interpretar no es adaptar, sino justificar. Solo entonces la adjudicación constitucional podrá cumplir su promesa original: transformar el derecho de un instrumento de poder en un discurso de principios.

## 7. CONCLUSIONES

La evolución jurisprudencial del TC peruano durante la última media década revela que la crisis de la justicia constitucional no surge del desafío abierto a la legalidad, sino de su gradual normalización como herramienta de contingencia. Las decisiones del Tribunal han transformado la Constitución de un marco de garantías en un campo de negociación, donde la necesidad política ha desplazado progresivamente la jus-

tificación normativa. Este cambio no significa la muerte del constitucionalismo, sino su mutación en una forma de legalidad funcional, en la que la ley sobrevive como procedimiento, pero pierde su capacidad de establecer límites.

En todos los casos analizados se observa un hilo conductor: la interpretación constitucional ha dejado de funcionar como un acto de resistencia normativa y se ha convertido en un mecanismo de adaptación. Cada fallo –ya sea justificando la disolución, legitimando el predominio legislativo, respaldando los poderes de emergencia, tolerando la interferencia institucional o aceptando la regresión social– participa en una redefinición acumulativa de la legalidad como elasticidad. El resultado es un orden constitucional que parece estable porque se ajusta constantemente, pero cuya propia adaptabilidad corroe sus principios.

El problema más profundo es epistémico. El Tribunal ha razonado a partir de las consecuencias y no de los principios, buscando gestionar la crisis en lugar de aclarar las normas. Esta sustitución de la justificación por la prudencia ha vaciado de sustancia moral la idea de la revisión constitucional. Cuando la legalidad depende del contexto y no de la coherencia, la interpretación deja de proteger la democracia y comienza a reproducir sus distorsiones. Lo que queda es una jurisprudencia que refleja la volatilidad del sistema político que se suponía debía contener.

Restaurar la fuerza normativa de la Constitución requiere una nueva postura intelectual. El Tribunal debe recuperar su sentido de los límites y su vocación explicativa. Juzgar constitucionalmente no es arbitrar el poder, sino articular razones que lo hagan inteligible, predecible y responsable. La legitimidad de la adjudicación constitucional depende menos de su forma procedimental que de su capacidad para demostrar que toda interpretación es un acto de justificación pública.

El futuro de la justicia constitucional en las democracias frágiles dependerá del valor de sustituir la acomodación por los principios y el silencio por el razonamiento. Un tribunal que se atreve a deliberar más allá de las circunstancias reafirma la Constitución no como un texto que debe interpretarse, sino como una promesa que debe renovarse. Por lo tanto, la tarea que nos espera no es reinventar la ley, sino recordar cuál era su objetivo: transformar la fuerza en argumento, la autoridad en responsabilidad y la supervivencia en significado.

## BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V., & Courtis, C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles: Vol. 1ra reimpresión* (2da edición). Trotta.

Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations*. Harvard University Press.

Acosta Silva, A. (2022). Autonomía universitaria, gobierno institucional y gobernanza interpretativa en México. *Perfiles Latinoamericanos*, *30*(59). https://doi.org/10.18504/pl3059-016-2022

Agamben, G. (2005). *State of Exception*. University of Chicago Press.

Aguiar-Aguilar, A. (2020). Courts and the Constitutional Erosion of Democracy in Latin America. En *V-Dem Working Paper No. 2020:31*. Institute for Democracy & Electoral Assistance (IDEA) / Varieties of Democracy Institute.

Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press.

Ayala Corao, C., Andrés Bertoni, E., Rodríguez Veltzé, E., Salazar Marín, D., Zapata García, M. F., & Cruces Burga, A. (2022). *Informe Final del Panel Independiente para la elección de magistrados y magistradas al Tribunal Constitucional del Perú*. Fundación para el Debido proceso. https://dplf.org/informe-final-del-panel-independiente-para-la-eleccion-de-magistrados-y-magistradas-al-tribunal-constitucional-del-peru/

Bobbio, N. (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una Teoría General de la Política*. Fondo de Cultura Económica.

Brewer-Carías, A. R. (2020). The collapse of the rule of law in Venezuela. *NYU Journal of International Law and Politics*, *52*(3), 741-776.

Cepeda-Espinosa, M. J. (2004). Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Global Studies Law Review*, *3*(4). https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol3/iss4/2/

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2023, septiembre 25). *Perú: CIDH expresa preocupación por investigación contra la Junta Nacional de Justicia y llama al respeto del debido proceso*. https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/222.asp

Comité de Derechos Económicos, S. y C. (2020). Observación general N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (E/C.12/2000/4). En *Ginebra, 11 de agosto*. https://digitallibrary.un.org/record/425041/files/E_C.12_2000_4-ES.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso López Lone y otros vs. Honduras (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica: Corte IDH. En *Costa Rica, 5 de octubre*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf

Couso, J. (2010). The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. En J. Couso (Ed.), *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America* (pp. 141-160). Cambridge University Press.

Dworkin, R. (2013). *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press.

Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511618246

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Ibáñez, A. Ruiz, & J. Bayón, Trads.)Trotta.

Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y Garantías, la Ley del más débil*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2016). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta.

García Belaunde, D. (2015). La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo pese a todo pronóstico. *Anuario Iberoamericano De Justicia Constitucional*, *18*, 211-229. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40826

Gargarella, R. (2019). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810–2010)*. Katz Editores.

Ginsburg, T., & Huq, A. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*. University of Chicago Press.

Gross, O. (2003). Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *Yale Law Journal*, *112*. https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/895/

Habermas, J. (1992). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press.

Habermas, J. (1999). *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*. Paidós.

Hakansson, C. (2021, noviembre 5). Tribunal Constitucional: Diseño y evaluación. *Ius 360*. https://ius360.com/tribunal-constitucional-diseno-y-evaluacion-carlos-hakansson/

Hilbink, L. (2012). The Origins of Positive Judicial Independence. *World Politics*, *64*(4), 587-621. https://doi.org/10.1017/S0043887112000160

Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. https://doi.org/10.2307/j.ctv15d81nb

Jaramillo, L. G. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, *60*(2), 67. https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.41005

Landa Arroyo, C. (2020). Estatuto del juez constitucional en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, *25*(25), 101-127. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/24580

Landa Arroyo, C. (2024). La crisis de la democracia en el Perú y el rol de la justicia constitucional. *Revista Electrónica Iberoamericana*, *18*(1), 21-40. https://doi.org/10.20318/reib.2024.8631

Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, *41*(1), 189-260. https://lawreview.law.ucdavis.edu/archives/47/1/abusive-constitutionalism

León Vásquez, J. L. (2024). Bloqueo y reinicio constitucionales. El rol de la Constitución en la actual crisis democrática del Perú. *Revista Electrónica Iberoamericana*, *18*(1), 41-56. https://doi.org/10.20318/reib.2024.8632

Levitsky, S. (2018). Peru: The Institutionalization of Politics without Parties. En *Party Systems in Latin America* (pp. 326-356). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316798553.012

Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Ariel.

Luhmann, N. (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp.

Mainwaring, S., & Torcal, M. (2006). Party System Institutionalization and Party System Theory After the Third Wave of Democratization. En R. Katz & W. Crotty

(Eds.), *Handbook of Party PoliticsHandbook of Party Politics* (pp. 204-227). Sage Publications.

McCowan, T. (2021). Desinstitucionalização e Renovação no Ensino Superior. *Educação & Realidade*, *46*(4), e117607. https://doi.org/10.1590/2175-6236117607

Organización de los Estados Americanos. (2001). *Carta Democrática Interamericana*. https://www.oas.org/es/democratic-charter/pdf/demcharter_es.pdf

Rojas Canales, J. C. (2023). La elección de los miembros del Tribunal Constitucional peruano: análisis, comparación y propuesta. *Ley y Gobierno*, *1*(1), 20-41. https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/facderccpp/article/view/5299

Sadurski, W. (2019). *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford University PressOxford. https://doi.org/10.1093/oso/9780198840503.001.0001

Scheppele, K. L. (2018). Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, *85*(2), 545-583. https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/2/

Teitel, R. (2020). *Transitional Justice*. Oxford University Press.

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia sobre la demanda competencial entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República (Exp. N.º 0006-2019-CC/TC). En *Lima, 14 de enero*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2019-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Sentencia N.º 397/2022, Expediente N.º 00008-2022-PI/TC: Caso de la reforma de la Ley Universitaria (Ley 31520). Lima, Perú: Tribunal Constitucional del Perú. En *Lima, 20 de diciembre*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00008-2022-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). Pleno. Sentencia N.º 307/2023, Expediente N.º 00004-2022-CC/TC (demanda competencial sobre la Ley 31355: cuestión de confianza). En *Lima, 30 de mayo*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00004-2022-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2024a). Pleno. Sentencia 137/2024. Expediente 00004-2023-CC/TC (Ministerio Público c. Junta Nacional de Justicia: actos de administración interna). En *Lima, 16 de abril*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00004-2023-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2024b). Pleno. Sentencia 299/2024. Exp. 00001-2023-CC/TC (demanda competencial presentada por la JNJ contra el Poder Judicial). En *Lima, 07 de noviembre*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00001-2023-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2024c). Sentencia N.º 96/2024, Expediente N.º 01803-2023-HC/TC (caso José Pedro Castillo Terrones). En *Lima, 15 de febrero*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01803-2023-HC.pdf

Tushnet, M. (2019). Weak-form review: An introduction. *International Journal of Constitutional Law*, *17*(3), 807-810. https://doi.org/10.1093/icon/moz058

Venice Commission. (2016). *Rule of Law Checklist*. Council of Europe. https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/cdl-ad-2016-007-e

Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, *65*(3), 317-359. https://doi.org/10.1111/1468-2230.00383

World Justice Project. (2023). *Rule of Law Index 2023: Peru country profile*. https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2023/Peru

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (9na edición). Trotta.

# Justicia penal entre el garantismo constitucional y la instrumentalización en Colombia

# Justicia penal entre el garantismo constitucional y la instrumentalización en Colombia[1]

*Sandra Viviana Díaz-Rincón*
*Filósofa y abogada, candidata a Doctora en Ciencias de la Educación, en la Universidad Cuauhtémoc-México.*
*Profesora de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia*

## 1. INTRODUCCIÓN

El sistema penal en Colombia se encuentra en crisis debido a la falta de políticas criminales estatales preventivas, de intervención oportuna y efectivas, lo cual deja al descubierto los problemas de hacinamiento carcelario, la congestión en los despachos judiciales, el retraso injustificado de las etapas procesales y la pérdida de confianza en los administradores de justicia. La inaplicabilidad de los principios de legalidad, la división de poderes, la violación de los derechos fundamentales y la pérdida en el control democrático tributan a la consolidación de un poder punitivo arbitrario e inequitativo (Carbonell, 2016).

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, Colombia se erige como un Estado social de derecho, lo que implica el reconocimiento de un orden jurídico unificado y sustentado en principios democráticos y éticos, que le confieren supremacía a los derechos (Const., 1991, art. 1 al 11), pero infortunadamente, ese discurso escrito no se materializa aún y el pueblo lo aclama. En el ámbito penal, la prelación de la figura del ius puniendi-intención subjetiva– y la potestad del Estado (Consejo Superior de política criminal, 2021) para sancionar a los individuos que incurren en la comisión de conductas punibles y lesionan bienes jurídicos es otro

[1] Este capítulo de libro proviene de un análisis propuesto en la tesis doctoral acerca de la eficacia del sistema penal en Colombia.

tema controversial, porque exige que el legislador cree tipos penales, de acuerdo a los inconvenientes existentes y no a intereses políticos (Fernández, 2004).

En un Estado democrático, la política, la economía, el derecho, la sociedad y la cultura deben custodiar la dignidad humana y la igualdad ante la ley para todos los ciudadanos (Bustos y Hormazábal, 2004), sin embargo, se observa que en Colombia, el desarrollo normativo, institucional, jurisprudencial y el sistema penal no es congruente y las decisiones gubernativas están en disonancia con la realidad y lo establecido en la norma primaria-La Constitución–, por ejemplo, el analfabetismo, pobreza, desnutrición, desempleo y criminalidad no disminuye, lo que amerita una evaluación y solución con prontitud (Cárdenas-Gracia, 2025).

Una de las principales dificultades perceptibles en Colombia es la inacción del Estado frente a la fragilidad del control político y judicial punitivo, lo que deja entre ver la vulnerabilidad del sistema constitucional y su incidencia en el sistema penal. El legislador en el diseño de la política criminal debe priorizar el bloque de constitucionalidad para evitar la proliferación del populismo punitivo (Pratt, 2007), la expansión normativa y la imposición de medidas de aseguramiento para privar de libertad al sujeto transgresor, sin verificar el caso y sus antecedentes (Velásquez, 2007).

Un pueblo inconforme frente al comportamiento de sus gobernantes, sus estrategias políticas y la administración de justicia de un país como Colombia puede recurrir a la violencia física, a neutralizar a las autoridades e incumplir las leyes, porque no los considera líderes y referentes para exaltar, sino individuos indiferentes ante la súplica del conglomerado y desconocedores de los conflictos ajenos. La ciudadanía insatisfecha legitima el populismo punitivo, opina de forma inicua y en algunas ocasiones, sin el conocimiento y experiencia debida, toma la justicia por mano propia y defiende posiciones insostenibles e irrazonables (Zaffaroni, 2014).

Los canales de atención y el servicio de denuncia penal para la ciudadanía deben ser públicos y permanentes para que ellos expresen sus inquietudes y se sientan respaldados por el gobierno ante las situaciones problemáticas que se les presenten. La capacitación de los funcionarios oficiales debe ser periódica para documentarlos y formarlos adecuadamente, respecto a los diversos requerimientos y escenarios en los que deben orientar a los usuarios en la resolución de sus conflictos. Esta propuesta puede minimizar la desconfianza hacia las autoridades, el rol del legislador, los tribunales y favorecer la disminución de la corrupción (Martínez, 2023).

La diferenciación entre el rol del legislador y la Corte Constitucional facilita la asignación de responsabilidades y la preservación de la política de la transparencia en Colombia, por ejemplo, la ciudadanía debe identificar que el Tribunal Constitucional tiene varias funciones por cumplir, entre ellas, la revisión de la constitucionalidad de actos legislativos, leyes y decretos, el control automático de constitucionalidad de los actos legislativos, leyes estatutarias, tratados internacionales y los decretos expedidos en estados de Excepción y la exploración de tutelas (Velásquez, 2023), de la misma manera, la decisión acerca de la exequibilidad de referendos y consultas populares, la

facultad de resolver conflictos entre instituciones estatales, sin otra autoridad superior y finalmente, el control previo de reformas constitucionales por referendo (Const., 1991, art., 241).

El órgano constitucional debe ejercer control jurídico, pero cuando pretende involucrarse en asuntos políticos, se desdibuja su criterio objetivo e imparcial y emerge el conflicto de intereses, pierde veracidad y credibilidad ante el pueblo e instituciones (Rodríguez-Garavito, 2001), porque sus decisiones no se ajustan a derecho, lo que perjudica la legalidad y legitimidad de sus actuaciones, en cuanto él constituye la última instancia constitucional en el ámbito nacional. A la Corte Constitucional se le dificulta mantenerse incólume ante la presión mediática, la influencia del sector político y financiero del país y los intereses particulares de organizaciones criminales (Reyes, 1990).

En concordancia con lo expuesto, desde la academia (Kostenwein, 2023) se analiza la cultura institucional y su impacto en las poblaciones marginales (Fuentealba-Carrasco, Saldaña, González-Fuente y Barriga, 2024), la opinión colectiva de la justicia y la necesidad de crear espacios de diálogo para estudiar las fisuras, las causas y consecuencias del deterioro de la estructura del sistema constitucional de Colombia y la forma expedita de intervenir ante los casos de impunidad y el intercambio de favores políticos. Los claustros educativos que ofertan los programas de Derecho y ciencias políticas en el mundo deben ser el epicentro de debates jurídicos donde se examine la utilidad del Derecho penal como sistema de inclusión social, en lugar de convertirlo en un mecanismo de impunidad.

En este capítulo se socializan las reflexiones académicas, en torno a la justicia penal, la inaplicabilidad del sistema constitucional y se exponen aspectos significativos, entre ellos, la relación entre el tipo de Estado, la forma de gobierno predominante en Colombia y la problemática que surge cuando el Tribunal constitucional y el legislador no son referentes de justicia en equidad y no fomentan la aplicación de los principios éticos para combatir la corrupción.

## 2. METODOLOGÍA

Este manuscrito se sustenta en una investigación con enfoque y diseño cualitativo (Tamayo y Tamayo, 2001), se describen e identifican características de la justicia penal y su fundamento constitucional como un fenómeno jurídico, así mismo, se analizan los argumentos de teóricos-expertos en el tema y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de igual forma, desde la perspectiva del método inductivo se escudriña acerca de una problemática específica para luego comprender las generalidades dentro del cerco del paradigma histórico-hermenéutico, lo que permite la reconstrucción de los acontecimientos históricos y su interpretación, en coherencia con la exploración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En este orden de ideas, se seleccionó la revisión documental y el análisis de texto como técnicas e instrumentos de recolección de información (Tamayo y Tamayo, 2001) y en cuanto a la población y muestra, se exalta el compendio de textos en medio físico y digital, la norma jurídica y la jurisprudencia consultadas para profundizar sobre el tema. Se revisó el ordenamiento jurídico constitucional y penal en Colombia integrado por: la Constitución Política de 1991, el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional para develar si existía conflicto entre los principios constitucionales y la operatividad del sistema penal. En concordancia con ello, se deliberó acerca del discurso jurídico, la instrumentalización del derecho penal y los presupuestos jurídicos, en conexidad con la ponderación de principios propios de un Estado democrático.

La metodología cualitativa se emplea en investigaciones descriptivas y exploratorias de este tipo donde se analiza la doctrina y la jurisprudencia, con la finalidad de triangular la información y discernir acerca de la funcionalidad de las herramientas legales y la calidad de los argumentos construidos en el discurso jurídico de los Tribunales superiores, la forma de administrar justicia, el diseño de las políticas criminales y la forma de controlar a la sociedad con medidas restrictivas de sus derechos (Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura & Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2021).

## 3. RESULTADOS

En esta sesión se divulga la información proveniente de la investigación teórica, normativa y jurisprudencial de la justicia penal y su fundamento constitucional en Colombia, se identifican las falencias del sistema penal y la responsabilidad del Estado frente a los casos, sin esclarecimiento de hechos e identificación de culpables.

En el ámbito penal, el principio de legalidad se infringe cuando el legislador no subsana los vacíos jurídicos en la descripción de los tipos penales (Bustos y Hormazábal, 2004), además, fomenta la interpretación exegética o literal y no contempla en la normativa existente, las ambigüedades en el lenguaje y gramática jurídica empleada. En la descripción de los tipos penales en el Código penal en Colombia se observan lagunas jurídicas en su redacción, lo que dificulta la interpretación adecuada de la norma y su aplicación, aunado a ello, cuando el legislador permite que lo atemoricen los periodistas, la ciudadanía, los grupos políticos hegemónicos u organizaciones ilegales, sus decisiones cambian para no colocar su vida en peligro.

Si el legislador, el juez, el Fiscal o cualquiera de los sujetos procesales, la víctima, los funcionarios y entidades garantes de derechos cometen abusos en el ejercicio de su labor, se suscita una problemática emergente que imposibilita la toma de decisiones alineadas con el principio de legalidad, ponderación, proporcionalidad y el

debido proceso, en cuanto se antepone el criterio subjetivo (Molina, 2004) al objetivo y se dificulta el acceso a la verdad.

El principio de legalidad se regula en el art. 29 de la Constitución política nacional de 1991, el art. 6 del Código penal y de procedimiento penal y en la normativa internacional reconocida por los Estados, en aras de salvaguardar los derechos humanos y lograr justicia. En la Constitución nacional, en el art. 93 se alude al bloque de constitucionalidad y en él, se señala la superioridad de los tratados y convenios internacionales con relación a la funcionalidad de la norma en cada país (Const., 1991, art. 29, 93) y se enfatiza en que toda conducta prohibida desde estar descrita en la norma para ser exigible y el individuo que incumpla y viole la ley es merecedor de una sanción legal.

De lo anterior, se colige que el poder punitivo de Colombia debe estar circunscrito por el sistema constitucional para evitar el desequilibrio entre la política criminal de Estado y la norma jurídica, así como la pérdida del control social y el detrimento de la víctima. Las políticas criminales de Estado deben priorizar el diseño de planes de contingencia para minorizar la criminalidad, analizar los factores incidentes, la participación de entidades privadas y oficiales y asignar responsabilidades conjuntas (Zaffaroni, 2009). Uno de los temas debatibles es el incremento de las penas para los sujetos que cometan determinados delitos (Hirshi, 2004), decisión que debe articularse con la necesidad, eficacia y proporcionalidad de las penas, con el fin de no atentar contra la recta impartición de justicia y vulnerar la paz colectiva.

El sistema penal de Colombia se crea para que la clase media y alta accedan a él y por lo tanto, solo una parte de la población tiene la capacidad financiera de asumir el costo de contratación de un abogado para la representación técnica y jurídica de sus derechos, así como el pago de servicios y beneficios en su reclusión, lo que genera en ellos el deseo de inconformidad y rechazo, al experimentar la desigualdad y discriminación (Reyes, 1990). El derecho penal es selectivo (Martínez, 2023), inequitativo, excluyente y es indiferente a los requerimientos de la población desfavorecida.

La Corte Constitucional en Colombia no debe asumir funciones contrarias a su naturaleza jurídica, porque ello propicia el conflicto de competencias y tensiones con la Corte Suprema de Justicia-custodia, el ordenamiento jurídico penal y es la máxima instancia en ese campo–, referente a su control de revisión y su rol frente al poder ejecutivo y legislativo, pero, si la Corte cumple con sus funciones, no afecta la legitimidad, eficacia social y preserva la pertinencia de los fallos respecto a las acciones de tutela examinadas por jueces de menor jerarquía. La ruptura del diálogo entre el sistema constitucional y penal ocasiona el irrespeto por la dignidad humana, el debido proceso, la presunción de inocencia y la resocialización (Velásquez, 2023).

Si el sistema penal no garantiza la reintegración social (Abd Al-Lattif, Ibraheem, Sachet y Hotsalyuk, 2024), la grieta entre norma y realidad se aumenta, se extingue la confianza en el modelo constitucionalista del Estado social de derecho y si persiste la desconexión entre el poder legislativo, judicial y ejecutivo, no se puede asegurar la implementación de una política criminal integral.

## 4. DISCUSIÓN

En este acápite se explica el resultado del debate entre los resultados y el marco teórico en la investigación, con miras a allanar el camino hacia una justicia penal con igualdad social y políticas criminales coherentes con el Estado democrático y las expectativas sociales.

La instrumentalización del sistema penal se evidencia en el tratamiento que reciben las poblaciones vulnerables y por eso, sus exigencias básicas no resueltas, la ausencia de redes de apoyo y la exposición a entornos de violencia pueden incrementar la probabilidad de incurrir en delitos e ingresar al sistema de justicia (Kraemer et al., 2023). La situación descrita revela la preocupación por implementar políticas públicas integrales que aborden las causas socioeconómicas de la criminalidad para que el Estado no recurra a la privación de libertad como respuesta primaria. En el contexto colombiano, el enfoque de Kraemer et al., (2023) contradice el modelo garantista consagrado en la Constitución Política de 1991, el cual impone al legislador y al juez la obligación de adoptar medidas proporcionales, subsidiarias y respetuosas de la dignidad humana (Const., 1991, arts. 1, 13 y 29).

El sistema penal es considerado un indicador de defensa de la libertad o el autoritarismo presente en una sociedad y refleja la extensión del poder punitivo y los límites que se le imponen (García, 2010). Desde esta perspectiva, las reformas legislativas y constitucionales que endurecen las penas, amplían el catálogo de delitos o restringen garantías procesales bajo el pretexto de fortalecer la seguridad, lo cual constituyen un riesgo para el equilibrio entre seguridad y libertad. En Colombia, el uso político del derecho penal para la ciudadanía afligida por la inseguridad es una forma de instrumentalización que deteriora las garantías constitucionales, desdibuja el principio de legalidad y se convierte en un ordenamiento punitivo fragmentario, reactivo y poco articulado con una política criminal prevalente en tiempo.

El garantismo penal como un modelo normativo que establece límites precisos al ejercicio del poder punitivo reclama que toda restricción de derechos, se someta a criterios de necesidad, proporcionalidad e intervención mínima (Ferrajoli, 2001), sin embargo, la praxis judicial y legislativa en Colombia dejan entre ver una preferencia por un funcionalismo punitivo que utiliza el derecho penal como mecanismo de control social inmediato, sin tener en cuenta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Esta divergencia es política, porque responde a un uso estratégico del sistema penal para gestionar la marginalidad y contener la protesta social, en detrimento de su naturaleza de ultima ratio y de su fundamento constitucional como garante de derechos y libertades.

El fenómeno del populismo punitivo y la tendencia a legislar y sancionar impulsados por el temor colectivo y las agendas mediáticas debilita los principios limitadores del derecho penal (Ferrajoli, 2013). En el contexto colombiano, la proliferación de tipos penales autónomos con sanciones más severas que las previstas en modelos

preexistentes se convierte en un mensaje político dirigido al electorado, pero no, en el producto de una política criminal planificada (Sarmiento, López, Martínez, 2019, pp. 85-103). Esta práctica de política incorrecta arriesga la aplicación del principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima en el derecho penal y lo convierte en un medio para la corrupción y va en detrimento de su función constitucional protectora (Muñoz, 2009, pp. 345-370).

El garantismo penal es un medio para reducir la brecha entre norma y realidad, cuyo propósito es la imposición de la pena fundamentada en criterios de legalidad, proporcionalidad, respeto a la dignidad humana y no en expresiones de venganza o de lamento popular (Rafekas, 2004, pp. 1-20), (Vílchez, 2018, pp. 3-18). En Colombia se observa que el ejercicio judicial y legislativo responde a un control punitivo de carácter simbólico, que privilegia la apariencia de fortaleza estatal respecto a la solución de los problemas sociales (Goicochea & Córdova, 2019).

Existe una disociación entre los fundamentos doctrinales del derecho penal liberal y su aplicación en Colombia, por eso, el discurso formal garantista coexiste con una actividad legislativa y judicial. Esta dualidad conlleva al dilema entre elegir al derecho penal legalista, punitivista y radical o el derecho penal humanista y retributivo, lo que revela que la norma es insuficiente para el ejercicio idóneo del ius puniendi (García, s.f.). En este escenario, la justicia penal se emplea como una herramienta de supresión social, de gestión política y no un medio para la realización del mandato constitucional, lo que perjudica la legitimidad y desvirtúa su misión garantista.

El derecho penal en un Estado social de derecho debe alinearse al principio de legalidad para certificar que la norma penal sea justa y se logre el consenso social (Cárdenas-Gracia, 2025). La controversia entre principios y la práctica legislativa, judicial y administrativa del sistema penal refleja la inexistencia de liderazgo asertivo y garantista (Ferrajoli, 2001) y estimula la criminalización excesiva, el incremento de las penas y el uso del encarcelamiento como respuesta ante los conflictos sociales, refuerza la cultura del castigo, la inseguridad jurídica y el populismo punitivo.

Para Zaffaroni (2011) el uso desbordado del sistema penal en la solución de todo tipo de conflictos afianza la ilegalidad y la marginalidad social, se subestima el cuidado de los bienes jurídicos y las condiciones de reclusión de los jóvenes, quienes están supeditados a la pobreza extrema, el analfabetismo y la insatisfacción de requerimientos esenciales para una calidad de vida digna.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 y su Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país, debido a la vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales y en concordancia con lo expuesto, en la Sentencia T-388 de 2013, la Magistrada ponente María Victoria Calle Correa ratificó su posición y exigió medidas definitivas para amparar la dignidad humana en el sistema penitenciario, no obstante, la reducción de presupuesto, la limitada capacidad de ejecución de las sentencias y la ausencia de coordinación interinstitucional disminuye la eficacia de la justicia cons-

titucional como mecanismo transformador, así como, la falta de voluntad política por parte del Congreso y el Ejecutivo para replantear la política pública y la misión constitucionalista.

La ciudadanía y las instituciones nacionales inconformes con sus gobernantes y políticas enardecen la corrupción institucional, la desigualdad económica, la violencia y debilitan el orden social, al igual que, potencializan la disputa por el poder desafiante, imperativo y castrense. Según Gargarella (2013) varias constituciones latinoamericanas son referentes mundiales de custodia de los derechos humanos, pero no tienen una Constitución robusta y funcional, solo alianzas políticas estratégicas con otros países capitalistas e invierten en su política de Estado para resolver de forma transitoria las peticiones más apremiantes. En Colombia existe una Constitución con 34 años de antigüedad y consecuente con el Estado social de derecho vigente, no obstante, no se aplica debidamente y para los opositores de este gobierno y sus políticas es obsoleta, solo un discurso utópico.

Desde la dogmática tradicional, el derecho penal debe ser repensado para que brinde alternativas a las problemáticas que experimentan algunos países y correspondan a las interpelaciones de su pueblo, por ejemplo, el principio de culpabilidad es uno de los pilares del derecho penal moderno y propone que la pena solo pueda imponerse a quien haya actuado con conciencia y voluntad en el hecho punible (Roxin, 1997). Ahora bien, si el principio de culpabilidad se sustenta en la responsabilidad subjetiva y la defensa de la educación, la salud, el trabajo y la vivienda digna (Roxin, 2000), el sistema penal y sus administradores de justicia no pueden rehusarse a reconsiderar la pena a imponer al responsable de la comisión por acción u omisión de un delito, por su pertenencia a un grupo marginal, su contexto hostil y condición desfavorable desde su niñez, en comparación con otros individuos que ostentan un nivel de escolaridad y estatus social privilegiado.

Para Zaffaroni (2011), el derecho penal como regulador del poder punitivo no debe desconocer la incidencia del entorno y modus vivendi en la conducta ilegal del sujeto criminal, porque es un factor detonante para evaluar antes de categorizar la gravedad de su delito. Por su parte, Ferrajoli (2005) considera que un sistema penal es injusto al imponer sanciones a un sujeto, sin garantizar previamente el cuidado de sus derechos fundamentales, por ende, no es una decisión constitucional responsabilizar a los individuos sistemáticamente etiquetados y obligados a permanecer en la subcultura.

Silva (2005) manifiesta que el derecho penal contemporáneo es peligrosista o de tercera velocidad, porque no se reduce a la defensa de los bienes jurídicos, sino que amplía su espectro de estudio y pretende la reconceptualización de la punibilidad y la criminalización clásica, con el objetivo de examinar la divergencia entre la prevención y las garantías constitucionales en un proceso penal.

Con la creación de nuevos tipos penales, el derecho penal está obligado a anticiparse al delito perpetrado y prever los efectos a desencadenar, por eso no puede

desgastarse en el cumplimiento de su tarea como sistema de control social exclusivamente (Molina, 2001). Según Baratta (2004), la Criminología crítica es la respuesta a los interrogantes surgidos con la escuela primitiva del derecho penal y una primera forma de superar esa confusión es anular su invisibilidad frente a la violencia estatal y el símbolo de poder representado, el lenguaje selectivo y el uso de la coacción hasta alcanzar la meta.

En la lectura que Baratta (2004) hace de la utilidad del derecho penal encuentra que, éste es un medio de reproducción de desigualdades sociales que debe ser neutralizado para que su enfoque sea minimalista y se alcance la justicia material. Desde la teoría de Garland (2001) el delito es una amenaza y ocasiona inseguridad social, por su lógica penal de represión ante la criminalidad y el caos social, por eso, en las sociedades civilizadas y tecnológicas, la globalización económica, la crisis del Estado de bienestar, el aumento de la desigualdad y la precarización laboral se suman a las preocupaciones de los gobiernos.

El derecho penal ya no es un sistema rehabilitador y resocializador, por lo tanto, no previene el delito y no reintegra el delincuente a la sociedad, no actúa como mecanismo para restablecer el orden frente al desorden social, pues solo envía un mensaje de autoridad con sesgo político para suplir la demanda ciudadana de seguridad instantánea (Zaffaroni, 2009). El delito es un fenómeno normalizado y sujetable con el derecho penal, incluso una solución transitoria para que las políticas criminales sean un insumo de campañas electorales.

La estrategia de represión del derecho penal funciona al estar acompañada del miedo social, la coacción mediática, la politiquería, la imposición de castigo, la privación de libertad efectiva y perdurable en el tiempo, en la medida en que propicia injusticia e impunidad (Zaffaroni, 2011). La Corte Constitucional en la sentencia C-646 de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa subraya que la política criminal debe respetar los principios del Estado social de derecho para lograr la conexión entre el discurso constitucional y la práctica penal.

La Corte en la Sentencia C-688 de 2021, Magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar analiza la constitucionalidad de normas sobre el porte de estupefacientes para consumo personal y reafirma el principio de intervención mínima del derecho penal y establece que criminalizar conductas que no afectan de manera significativa el orden público o los derechos de terceros constituye una vulneración al principio de autonomía personal. Esta decisión refleja una clara tensión entre el discurso legislativo punitivista y los principios de libertad individual consagrados en la Constitución.

El Tribunal constitucional en la Sentencia SU-122 de 2022, Magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar estudia los problemas estructurales del sistema carcelario, reitera su postura respecto a la existencia de un estado de cosas inconstitucional y expresa que el incumplimiento sistemático de las órdenes impartidas en sentencias anteriores perpetúa una situación de violación masiva y sostenida de derechos fundamentales de la población privada de la libertad, por ende, es un tema de correspon-

sabilidad entre el Estado y las organizaciones internacionales protectoras del cuidado de la vida humana.

La Corte en la Sentencia C-233 de 2021, Magistrada ponente Diana Fajardo Rivera debate sobre la prisión perpetua para delitos sexuales contra menores y reafirma su compromiso con la racionalidad penal garantista, declara la inconstitucionalidad de la cadena perpetua por vulnerar el principio de dignidad humana, la resocialización y la prohibición de penas crueles. Este fallo se opone al populismo punitivo y defiende una concepción de justicia penal con valores constitucionales intrínsecos.

Posteriormente, el precitado Tribunal constitucional en la Sentencia C-055 de 2022 con Magistrados ponentes Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos despenaliza parcialmente el aborto hasta la semana 24 de gestación, reconoce los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales y reafirma que el derecho penal es un instrumento de control físico y de salvaguarda de hombres y mujeres, sin distinción de sexo, género, etnia, estrato, nivel educativo e ideología política. Esta decisión judicial es un precedente constitucional histórico, porque reconoce la autonomía y libertad de la mujer respecto a su identidad y reproducción sexual, su capacidad de autodeterminación y decisión, además, coloca límites materiales al poder punitivo.

Uprimny (2011) arguye que la justicia constitucional de Colombia tiene una jurisprudencia prolífica en normativa, pero debe nutrirse con referentes teóricos fundantes del derecho penal para que las decisiones judiciales no se deslinden del impacto social y de la historia legislativa. En un Estado constitucional de derecho se requiere que el derecho penal cumpla su función de ultima ratio y que las decisiones del tribunal constitucional sean integradas en una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales (Uprimny y Saffón, 2006). Autores como Roxin (1997) aseveran que el derecho penal debe concebirse como un sistema racional orientado a la protección de bienes jurídicos sustentado en principios de legalidad, culpabilidad y necesidad.

Roxin (1997) sugiere que el derecho penal debe intervenir de forma mínima, porque es un mecanismo subsidiario de control social y no, la primera opción para imponer justicia, debido a su carácter estigmatizante y cercenador de derechos, esto significa que la potestad punitiva solo se reserva para conductas lesivas graves hacia bienes jurídicos y no para conflictos menores, que ameritan la adjudicación de sanciones administrativas, civiles y políticas públicas preventivas.

En este debate jurídico se rememora a Ferrajoli (2001) para reforzar el componente constitucional subyacente al derecho penal y se afirma que una democracia constitucional debe estar sujeta a un sistema de garantías, donde el respeto al principio de legalidad penal, la irretroactividad, el principio de humanidad y la culpabilidad sean los derroteros del poder punitivo. En el contexto colombiano, el incumplimiento de los principios y garantías potencializa la criminalización de la pobreza, el hacinamiento carcelario y la ruptura entre la normatividad constitucional y su implementación.

Por su parte, Jakobs (2003) incorpora una distinción desafiante entre el derecho

penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo. Jakobs (2003) expresa en su teoría del enemigo que el sujeto es una amenaza persistente al orden jurídico, a la negación de derechos y garantías procesales. En Colombia, este modelo se materializa en la legislación antiterrorista, el tratamiento penal de jóvenes en conflicto con la ley y la persecución punitiva de la protesta social. Las disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal y las alusivas al delito de terrorismo (Ley 599 de 2000, art. 343) se interpretan de forma ambigua e intensifican los abusos contra el debido proceso.

Zaffaroni (2011) en su teoría de derecho penal de autor respalda la tesis defendida por los precitados autores resumida en esta frase: el derecho penal contemporáneo incentiva la marginalidad y la exclusión, en lugar de la justicia. En Colombia se criminaliza la condición social del individuo, no se juzga por sus actos lesivos y esta posición revela que el sistema penal colombiano reproduce las desigualdades estructurales del país y se distancia del paradigma garantista propuesto con la Constitución de 1991.

Roxin (1997) y Ferrajoli (2005) son teóricos líderes del enfoque garantista del derecho penal y su principal aporte a la academia es denominarlo ultima ratio con el cumplimiento de los siguientes principios: legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. Por su parte, Jakobs (2003) desde su corriente funcionalista estudia los riesgos del enemigo como categoría jurídica y apertura un derecho penal de excepción. Zaffaroni (2011) asume una postura crítica socio-política que visibiliza la desigualdad estructural en la aplicación de la ley penal y la necesidad de limitar el poder punitivo.

Los precitados juristas abanderan el modelo dogmático-crítico-garantista y cuestionan el carácter expansivo, selectivo y simbólico del derecho penal, porque argumentan que éste debe ser un sistema protector de derechos fundamentales y del Estado de Derecho para evitar la politización de la administración de justicia y la arbitrariedad en la imposición de penas a los sujetos responsables de la comisión de delitos. La inobservancia de las dificultades del sistema penal en Colombia devela la ausencia de un referente constitucional que imposibilita su evolución, al igual que la falta de una política criminal cimentada en los principios del constitucionalismo garantista y en el diálogo dialéctico entre la jurisprudencia constitucional, la dogmática penal y la actividad legislativa para conquistar el equilibrio real entre la protección de bienes jurídicos y la aplicabilidad de la ley.

## 5. CONCLUSIÓN

La problemática del sistema penal en Colombia se debe analizar desde los cimentos constitucionales para identificar las debilidades del modelo garantista proclamado en la Constitución de 1991 y las imprecisiones de las políticas criminales, con el fin de prevenir la desarticulación entre las pretensiones de las instituciones del Estado y las expectativas de la sociedad. La jerarquización del poder obstaculiza la aplicación

del principio de legalidad, proporcionalidad, intervención mínima, dignidad humana y el debido proceso y por ende, los conflictos sociales se exacerban, al igual que el autoritarismo disfrazado de bienestar social.

La colonización del sistema penal responde a la negación de la tesis defensora de la creación e interpretación de la norma penal según las realidades plurales y complejas. Para Velásquez (2007) el derecho penal debe cuidar los bienes jurídicos, controlar el ius puniendi, sin perder su característica restrictiva, pero a diferencia de este planteamiento, Echandía (1964) destaca la dimensión humanista, promulga el garantismo procesal, el control constitucional y la integración de los principios constitucionales al derecho penal.

La legislación penal en Colombia evidencia la ausencia de planificación estratégica y una tendencia a reaccionar frente a coyunturas mediáticas y presiones sociales, en detrimento de un diseño racional de política criminal. Este proceder del Estado genera un marco normativo fragmentario y contradictorio con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos (Ferrajoli, 2018).

En un Estado social de derecho se busca armonizar la norma penal con los principios de dignidad humana, igualdad y proporcionalidad (arts. 1, 13 y 29 C.P.) y contar con el respaldo de los Tribunales superiores, quienes en su jurisprudencia reiteran la necesidad de interpretar el derecho penal conforme al bloque de constitucionalidad y a los estándares internacionales de protección, no obstante, la eficacia de estas decisiones depende de la capacidad institucional para ejecutarlas y la existencia de una voluntad política que certifique su cumplimiento.

Como señala Ferrajoli (2019), el poder de castigar «es la manifestación más severa de la autoridad del Estado, y por eso requiere la mayor cantidad posible de garantías» (p. 27), en otras palabras, el derecho penal es el último recurso para incoar justicia. Es indispensable reforzar los instrumentos de control constitucional sobre la producción normativa penal, asegurar la independencia judicial y fomentar una cultura jurídica centrada en la protección de los derechos humanos, ello implica incorporar en la formación de los operadores jurídicos un enfoque crítico y garantista, promover políticas criminales sustentadas en diagnósticos interdisciplinarios y desvincular el proceso legislativo penal de intereses partidistas o presiones coyunturales. En suma, el modelo de justicia penal con fundamento constitucional aplicado en Colombia debe ser replanteado para que se garanticen los derechos de todas las personas, se detenga la arbitrariedad del poder punitivo y las penas sean proporcionales al daño ocasionado a la víctima.

## BIBLIOGRAFÍA

ABD AL-LATTIF, Bushra; IBRAHEEM, Alaa Shawkat; SACHET, Shaker Jameel; y HOTSALYUK, Alla, «Young people involved in criminal justice are associated with housing instability», *Encuentros. Revista de Ciencias Humanas, Teoría*

*Social y Pensamiento Crítico*, vol. 23, Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, 2024, pp. 328-344. Disponible en: https://doi.org/10.5281/zenodo.14290767

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídica penal*, Siglo XXI Editores, México, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MELARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, España, 2004.

CARBONELL, Miguel, *El constitucionalismo transformador en América Latina*, UNAM, México, 2016.

CÁRDENAS-GRACIA, Jaime, «Principios, casos difíciles y argumentación en el sistema de justicia penal para niñas, niños y adolescentes», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 53, 2025, e19124. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.53.19124

COLOMBIA, Código de Derecho Penal [Ley 599 de 2000], 24 de julio de 2000, Diario Oficial no. 44.097, Bogotá, 2000.

COLOMBIA, Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004], 31 de agosto de 2004, Diario Oficial n.º 45.658, Bogotá, 2004.

COLOMBIA, Constitución Política de Colombia, Art. 1-11 de julio de 1991. Gaceta Constitucional n.º 116, Bogotá, 1991.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL, *Plan nacional de política criminal 2021-2025*, Bogotá, 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Obtenido de. Corte Constitucional de Colombia. https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&view=btop&ver=12yjghy3slfm0#cmid%253D1

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, Magistrado ponente María Victoria Calle. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-646 de 20 de junio de 2001, magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Obtenida de *Corte Constitucional de Colombia*: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-646-01.htm (Corte Constitucional).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-233 de 22 de julio de 2021, Magistrada ponente Dra. Diana Fajardo Rivera, Obtenida de *Corte Constitucional de Colombia*: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/c-233-21.htm (img.lalr.co, SciELO Colombia).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-122 de 2022 (en torno al estado de cosas inconstitucional por hacinamiento), Magistrado ponente Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar, Obtenida de *Corte Constitucional de Colombia*: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/su122-22.htm (Corte Constitucional, repositorio.minjusticia.gov.co).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-055 de 21 de febrero de 2022 (sobre despenalización del aborto hasta la semana 24), Magistrado ponente Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos en calidad de coponente). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/c-055-22.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-688 del 17 de septiembre de 2021. Magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar. https://vlex.com.co/vid/877968262

FERRAJOLI, Luigi, «Populismo punitivo y derecho penal simbólico», en *El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 2013, pp. 52-70. Disponible en: https://www.redalyc.org/journal/427/42771668013/html [consulta: 13 de agosto de 2025].

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 9ª edición, Trotta, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001.

FUENTEALBA-CARRASCO, Pablo; SALDAÑA, Magdalena; GONZÁLEZ-FUENTE, Rodrigo; y BARRIGA, Omar, «Public adherence to the principles of criminal law in Chile: Shaping factors and consequences for trust in the criminal justice system», *Política Criminal*, vol. 19, núm. 38, 2024, pp. 340-360. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992024000200340

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, «Garantismo y derecho penal en Colombia», en *Derecho Penal Comparado y Teoría General del Derecho Penal*, s. f. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28177186_Garantismo_y_derecho_penal_en_Colombia [consulta: 13 de agosto de 2025].

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 156, 2020, pp. 1709-1728. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2019.156.15168

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.

GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

GOICOCHEA, Víctor y CÓRDOVA, Pedro, *Principios limitadores del derecho penal: mínima intervención y subsidiariedad*, Bogotá, Editorial Jurídica, 2019.

HIRSHI HOACHIM, Hans, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.

KOSTENWEIN, Eliana, «O mundo judiciário é um casamento: interseções entre justiça criminal e academia na Argentina», *Tempo Social*, vol. 35, núm. 1, 2023, pp. 191-215. Disponible en: https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2023.198617

MARTÍNEZ VARONA, Gema, «Un control social selectivo, una desvinculación moral selectiva: Repensar la justicia restaurativa con personas condenadas por delitos contra

los ecosistemas y los animales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 21, núm. 2, 2023, e823. Disponible en: https://doi.org/10.46381/reic.v21i2.823

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. J.M. Bosch editor, España, 2001.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.

MUÑOZ, A., «Crítica al populismo punitivo y la desvinculación de la criminalidad real», *Revista de Derecho Penal*, vol. 27, núm. 3, 2009, pp. 345-370.

PRATT, John, *Penal populism*, Routledge, London, 2007.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, «Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America», *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2009, pp. 1669-1698.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2005.

RAFEKAS, S., «El garantismo penal como reconciliación del deber ser y el ser», *Revista de Filosofía del Derecho*, vol. 12, núm. 1, 2004, pp. 1-20.

RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, *Manual de Metodología de Investigación Jurídica para la Práctica Judicial en la Escuela Judicial*, Bogotá, 2021.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 1.ª edición, Bogotá, 1990.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.

SARMIENTO, P., LÓPEZ, M. y MARTÍNEZ, A., «Populismo penal y tipo penal autónomo: un problema emergente», *Revista Derecho y Sociedad*, vol. 14, núm. 2, 2019, pp. 85-103.

TAMAYO Y TAMAYO, Mario, *El proceso de la investigación científica*, Editorial Limusa, Colombia, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, 6.ª edición, Bogotá, 2023.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal: Parte general*, Librería Jurídica Comlibros, 3.ª edición, Bogotá, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal: Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Planeta, Buenos Aires, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo, «El carácter transformador de la justicia constitucional en Colombia», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 15, núm. 1, 2011, pp. 109-135.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula, «Justicia, derecho y sociedad: Una mirada crítica al sistema penal colombiano», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 78, 2006, pp. 53-89.

VÍLCHEZ, R., «Garantismo penal y prevención de la desviación como síntoma social», *Derecho Penal Contemporáneo*, vol. 9, núm. 4, 2018, pp. 3-18.

# SEGUNDA PARTE
# ESTUDIOS DE CASOS

# El tribunal Constitucional plurinacional: entre la ilegitimidad y la teratología jurídica

# El tribunal Constitucional plurinacional: entre la ilegitimidad y la teratología jurídica

*Marco Antonio Baldivieso Jinés*
*Ex Magistrado Decano del Tribunal Constitucional*
*Profesor de la Universidad Mayor Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca, Bolivia*

## 1. CONTEXTO

Bolivia emerge al siglo XXI con indicadores disparejos que precederán su actual involución como Estado de Derecho: a) crisis profunda del sistema de partidos políticos, b) una economía estable y auspiciosa, sustentada en la venta de gas, minería y exportación de productos agropecuarios; c) el zenit de la emergencia de «lo indígena y popular (movimientos sociales)» en todos los niveles; y d) el descontento acentuado en el sistema de justicia tradicional, más la creación de la Justicia Constitucional.

El sistema de partidos atravesaba su peor momento, deslustre provocado por una creciente pérdida de confianza y credibilidad, que a decir de Mayorga (2004) fue producto de las deficiencias y fracasos de los partidos en la gestión gubernamental y estatal. Calderón y Gamarra (2003), la denominaron la crisis de la democracia pactada, señalando que los partidos políticos no se modernizaron, no incorporaron ni promovieron nuevos líderes, además de no fortalecer sus vínculos con la sociedad, constituyéndose en una limitante que desvinculó a los partidos de la ciudadanía.

Iniciando el siglo se avizoraba una economía favorecida por los descubrimientos de reservas de gas y la proyección de la exportación a países vecinos como Brasil y Argentina, Miranda (2021) los ha calificado como los años más brillantes y significativos en toda la historia de los hidrocarburos, por los ingresos percibidos que sobrepasaban los 50,000 millones de dólares, crecimiento económico que reforzó la posición

geopolítica del país, sumado a la exportación de minerales, y de otros productos –llamados no tradicionales–.

La denominada «whiphala» –bandera en idioma aymara o quechua– flameaba en la Casa del Pueblo de la ciudad de La Paz; en el Tribunal Constitucional Plurinacional de la ciudad de Sucre; y hasta en la plaza principal de Santa Cruz de la Sierra –ciudad bastión de la oposición conservadora–; el colorido cuadriculado de este símbolo indigenista, reflejaba la transición de la Bolivia republicana «multiétnica y pluricultural», al nuevo Estado «Plurinacional Comunitario».

Ley 1585 de 12 de agosto de 1994, reforma parcial de la Constitución Política del Estado (CPE). TÍTULO PRELIMINAR Disposiciones generales.

> Artículo 1.
> Bolivia, libre, independiente, soberana, *multiétnica y pluricultural*, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.
> CPE promulgada el 7 de febrero de 2009.
> CAPÍTULO I. MODELO DE ESTADO.
> Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

López (2009) señala que el cambio en la CPE, vino acompañado de la creación de normas específicas que reconocían un conjunto básico de derechos indígenas, como el derecho al territorio, las tierras de comunidad de origen, organización social propia, usos y costumbres, entre los más destacados. Asimismo, Cajias (2015, p. 198) resalta un hito al hacerse más visible la participación política de protagonistas de origen indígena, como el Aymara Victor Hugo Cárdenas parte de un grupo de intelectuales indígenas y líder del Movimiento Revolucionario Tupaq Katari de Liberación, quien ya había sido diputado con anterioridad y en 1993 fue elegido como Vicepresidente.

En cuanto al enorme descontento de la población con el sistema de justicia; Cortez (2014) califica al poder judicial de finales del siglo XX como inestable y endeble, fue reforzado por la creación del Tribunal Constitucional en 1994, concebido como un órgano con independencia que funcionó a partir del periodo 1998-1999.

En este escenario; la inercia de los partidos políticos tradicionales –Movimiento Nacionalista Revolucionario MNR (fundado el 7 de junio de 1942), Movimiento de Izquierda Revolucionaria MIR (fundado el 7 de septiembre de 1971) y Acción Democrática Nacionalista ADN (fundado el 23 de marzo de 1979)– aunque diversos en ideología y génesis, símiles en la monocromía programática plagada de corrupción, nepotismo, promesas incumplidas y prebendalismo; acumulaba décadas del profundo malestar del pueblo, este factor hizo posible interesadas y promiscuas alianzas inicial-

mente impensables, entre dictadores y las víctimas de la tiranía –hasta «Cruzaron ríos de sangre» para gobernar (palabras referidas a la alianza ADN-MIR)–.

Esta situación se configuraba como el ideal «caldo de cultivo» para la eclosión de entidades de representación bisoñas, que no demorarían en ser apadrinadas por los perennes grupos de poder; estos últimos ya vislumbraban la debacle de los caudillos políticos y sus desgastados partidos, preocupándose por renovar vínculos con los actores emergentes.

El nuevo ciclo de gobierno, que aún perdura, inicia el 2005 con la elección de Evo Morales Ayma –dirigente mestizo encumbrado como arquetipo del indígena–; una vez arraigada en el poder, la nueva élite política se propone ejecutar cambios estructurales que únicamente podían realizarse convocando al poder originario de la Asamblea Constituyente. El resultado –previamente planificado y urdido– fue efectivamente consumado; conformaron una Asamblea corporativa ajena a la genuina representación de la población, olvidando la imprescindible correlación entre candidatos y proyectos de país. Abiertamente, los sectores populares –menos instruidos– impusieron su número, y también su obediente inopia cívica, plasmada en manos levantadas y votos inmotivados; se avizoraba una versión folklórica de la aborrecida «*Dictadura de las Mayorías*» –Tocqueville (2009).

Ante la débil reacción de los partidos tradicionales, afloraron algunos grupos de presión regionales e institucionales (comités cívicos, juventudes regionales, Comité Interinstitucional de la Capital en Sucre); reivindicando añejas aspiraciones como: la mayor desconcentración del poder central, mejor distribución de los ingresos del Estado, incorporar la democracia participativa y elección directa de autoridades –diputados uninominales y autoridades subnacionales, además de pretensiones históricas más concretas (Capitalidad plena), y otras menos relevantes. La aplastante mayoría del partido gobernante –el MAS-IPSP– (los masistas), impusieron su constitución plurinacional con sesgo indígena-cocalero. Resultado, cruentos enfrentamientos regionales con fuerzas policiales y parapoliciales.

El informe defensorial Albarracín (2008), da cuenta de 3 personas fallecidas, al menos 278 heridos reportados en hospitales, periodistas agredidos, universitarios detenidos, producto de la confrontación entre la población y la policía, y los excesos y abusos de dicha institución.

> El informe número 23/2007 de la Fiscalía de Distrito da cuenta del fallecimiento de tres personas:... Los dos primeros fueron heridos por proyectil de arma de fuego el 24 de noviembre en el cerro «La Calancha». (el otro) fue herido por un proyectil de gas lacrimógeno el 25 de noviembre, en la puerta de la Unidad Operativa de Tránsito... (Albarracín, 2008, p. 88)

El resultado final, previo acuerdo político –sobre los muertos y heridos– fue la aprobación de la actual Constitución de 7 de febrero de 2009, alcanzando el 63 % de aceptación nacional expresada en referéndum ratificatorio. Entre las principales inno-

vaciones del nuevo Pacto Social –que servirán de referentes al presente análisis– se tienen: El modelo de Estado *Plurinacional Comunitario*; la restauración del Órgano Electoral (inicialmente contemplado en la constitución de 1826), cambios en el sistema de representación –demográfica, geográfica, e innovación de la representación indígena (Ley de agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas N° 2771 de 7 de julio de 2004); la reorganización territorial y administrativa –sin profundizar la desconcentración del poder– destacando los municipios y autonomías indígenas; elección presidencial con mandato más prolongado y continuo –*reelección inmediata y ampliación del mandato a 5 años*–, además de la sucesión y suplencia presidencial; se modifican los Estados de excepción o emergencia; se establece la elección de magistrados del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, ampliando su mandato a 6 años.

## 2. DERECHO A LA REELECCIÓN SEMPITERNA

La elección de autoridades para ejercer legalmente una representación legitimada por el voto popular en uno o varios periodos de mandato, incumbe directamente a la Dimensión Política de la Constitución; esta sub-estructura axiológica y principista, contiene los elementos que fundamentan el Estado Democrático de Derecho: los valores de JUSTICIA, Libertad, Igualdad, Democracia, asimismo, los principios de Soberanía Popular, Fraternidad y Prohibición de Concentración del Poder, destacando la Democracia representativa y sus elementos: Renovación y Alternancia.

La Carta Democrática Interamericana incluye varios elementos y componentes de la Democracia Representativa:

> Artículo 3
> Son *elementos esenciales de la democracia representativa*, entre otros, el *respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho*; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la *soberanía del pueblo*; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la *separación e independencia de los poderes*públicos. (OEA, 2001, arts. 3).

Sin ánimo de ingresar demasiado en el amplio escenario de la Ciencia Política, se delimitará la temática dentro de un marco teórico concreto.

### 2.1. La democracia

Muchísimo se ha escrito sobre la democracia, es uno de los términos más invocados en la Política, la Sociología, el Derecho y otras disciplinas del conocimiento, pero

también es una palabra frecuente y muy usual en los diálogos informales de la población; la actualización tecnológica en todo el mundo promueve la integración cultural, y este intercambio de perspectivas también precisa reconocerse como «democrático» para validarse dentro de un entorno dual –global y local–. Así como la justicia, la libertad, la paz y la igualdad, la Democracia, también es un elemento imprescindible en cualquier forma de organización social –quizás con el mismo valor esencial–. La idea principal de esta sección no es definir a la democracia, sino, entender mejor su relación simbiótica con el Estado de Derecho y los derechos humanos.

> CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA
> Artículo 2
> El ejercicio efectivo de la *democracia representativa es la base del estado de derecho* y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. (OEA, 2001, art. 2):

La democracia en cualquiera de sus acepciones se identifica por sus presupuestos axiológicos que la caracterizan; la mayoría de las normas constitutivas actuales –leyes fundamentales, constituciones, códigos políticos– están orientadas hacia la justicia, libertad, igualdad, solidaridad, y aspiran a la felicidad, la paz y el bien común. Una sociedad democrática se sintetiza en una comunidad de ciudadanos libres –para asumir decisiones–, e iguales dentro de su comunidad –horizontalidad en dignidad y derechos–.

> Definir a la democracia es importante porque establece qué cosa esperamos de la democracia. Si vamos a definir la democracia de manera irreal, no encontraremos nunca «realidades democráticas». Y cuando de vez en cuando declaramos «esto es democracia» o «esto no lo es», queda claro que el juicio depende de la definición o de nuestra idea sobre qué es la democracia, o qué puede ser o qué debe ser.
> (…)
> El término democracia desde siempre ha indicado una entidad política, una forma de Estado y de gobierno, y así ha permanecido como la acepción primaria del término. (Sartori, 1993, pp. 3-5)

Iniciando con los antecedentes histórico-constitucionales, se observa que las constituciones republicanas de 1787 (EEUU), 1793 (FRA), ni siquiera mencionan la palabra democracia; la primera en incorporar ampliamente este vocablo es una norma constitutiva latinoamericana, la célebre constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 más conocida como «La Constitución Social de Querétaro». No debiera sorprender la poca o ninguna consideración de los legisladores constituyentes, con esta dicción griega –*demos* (pueblo) y *kratos* (poder)–, puesto que la mayor preocupación

de los nacientes Estados republicanos era su supervivencia como prototipo político –todavía cuestionado, confrontado y combatido–. Los padres fundadores de las nuevas patrias estaban ocupados consolidando y defendiendo la soberanía, seguridad y unidad territorial de sus territorios; sus principales tareas poco tenían que ver con la efectiva participación política del pueblo, y mucho con la disuasión –por las armas– para conservar el poder y el novel modelo político.

Pese a la gran base teórica que había enardecido las revoluciones republicanas –*Les Enciclopédistes* en Europa y *The Federalist* en América–, el futuro de estos novedosos Estados era incierto. Había mucha distancia entre la democracia de hoy –con todas sus cualidades– y la insipiente «Democracia Republicana», más que una verdadera revolución de «*Liberté, égalité et fraternité»,* había sido una insurrección contra el gobierno déspota de los reyes y sus cortes. (Sartori, 1993, p. 5) afirma: «Así pues, democracia no es lo contrario a régimen opresor, de tiranía, sino de `Aristocracia`, una estructura horizontal en lugar de una estructura vertical».

Si se analizan las normas constitutivas de las primeras «Democracias Republicanas» y también de la nombrada «Democracia Socialista», las previsiones legislativas no condicen con la realidad socio-política de los primeros «Estados democráticos»; no obstante –aunque solo sea por cuestión de método– inicialmente se tiene que identificar el común denominador de estos «proyectos de poder organizado», en ese sentido, se asumen como elementos comunes básicos de los Estados democráticos: a) el rompimiento con las monarquías y b) la legitimación del poder por el «pueblo».

Este primer acercamiento al concepto de democracia, es todavía muy básico y difuso; cabría analizar su aplicación a formas no monárquicas o estados emergentes de revoluciones populares que anduvieron derroteros autoritarios, como las nombradas «democracias socialistas» –coincidiendo con Sartori (1993) en cuanto a la incoherencia de esta denominación–. *Verbi gratia;* es palmaria la incompatibilidad de las normas constitucionales socialistas con en el ejercicio del sufragio, que se desdobla de los derechos políticos y forma parte de los elementos esenciales de la democracia.

> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA DE LOS CONSEJOS (SOVIETS) DE RUSIA DE 1918
>
> 65. *Están privados del derecho electoral activo y pasivo,* aun cuando pertenezcan a una de las categorías arriba mencionadas:
>
> *a)* Los que empleen asalariados con objeto de lucrarse de ellos.
>
> *b)* Los que obtengan sus recursos de una renta y no del trabajo, como intereses de capital, dividendos de empresas, recibos procedentes de bienes, etc.
>
> *c)* Los comerciantes particulares, así como los intermediarios industriales.
>
> *d)* Los monjes y sacerdotes de los diversos cultos *o iglesias*.
>
> *e)* Los empleados y agentes de la vieja Policía, del Cuerpo especial de gendarmes y de la secreta *(Okhpana),* así como los miembros de la familia ex reinante... (RSFSR, 1918, art. 65).

– Ningún Estado Democrático puede basar su sistema electoral en la exclusión de sectores sociales que forman parte de la comunidad política, esto significa atentar contra los principios de igualdad y soberanía popular, constituye vulneración del derecho a elegir y ser elegido (con algunas variaciones de acuerdo a la función de autoridad), y discriminación respecto al voto universal). La idea de democracia no está sujeta únicamente a dos requisitos fácticos –ser anti-autocrática y la legitimación de la autoridad por voto popular–, pasa por el cumplimiento de exigencias sustanciales implícitas, como los supuestos axiológicos previos a cualquier construcción normativa –la libertad, la igualdad (todavía formal), la soberanía popular y la prohibición de monopolio del poder:

– La democracia –sobre todo– no debe estar relacionada con ninguna forma de arbitrariedad, es en esencia contraria al autoritarismo y cualquier forma de absolutismo o violencia; la dictadura, así sea temporal y del proletariado (o, de los más virtuosos, o de los más experimentados, o de los más ricos, o de cualquier grupo privilegiado), es inaceptable y en antitética con el Estado Democrático.

> Hago la advertencia de que la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*. Todo grupo social tiene necesidad de tomar decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo con el objeto de mirar por la propia sobrevivencia, tanto en el interior como en el exterior. (Bobbio, 1986, p. 14)

Recuperando las ideas de Bobbio, a la par de los requisitos fácticos y de contenido de la democracia, se añade otro componente formal: «reglas o procedimientos» que permitan validar al titular de las decisiones y la forma de asumirlas. Esto significa que la democracia deja de ser un elemento abstracto que se identifica en la forma de Estado o de gobierno, y se devela como un modo de «vida en comunidad», mostrando su útil instrumentalización que permite asumir decisiones políticas legítimas y legales que vinculen a una sociedad de personas libres e iguales.

> Después de Tocqueville es Bryce quien mejor representa a la democracia como *ethos*, como un modo de vivir y convivir y, en consecuencia, como una condición general de sociedad. Para Bryce (1888) democracia es, prioritariamente, un concepto político; pero también para él la democracia estadounidense se caracterizaba por una «igualdad de estima», por un ethos igualitario que se resuelve en el valor igual con el que las personas se reconocen unas de las otras. Entonces, es la acepción original del término, «democracia social» revela una sociedad cuyo ethos exige a sus propios miembros, verse y tratarse socialmente como iguales. (Sartori, 1994, p. 5)

Hasta aquí ya se tienen los elementos suficientes para construir una primera definición operativa que permita avanzar en la temática propuesta. La democracia tendría que ser: *una forma de convivencia social instituida en la justicia, la paz, la libertad y la igualdad; orientada por la soberanía popular, la prohibición de monopolio del poder (mediante la renovación y alternancia), la interdicción de la arbitrariedad, el respeto a la dignidad y los derechos de la persona; regida por normas, que permiten asumir decisiones políticas legitimadas por la voluntad de las mayorías –con inclusión y respeto de las minorías–*. naturalmente, existen muchas otras definiciones y muchos otros problemas sobre su definición.

Esta referencia conceptual más amplia, incorpora –o más bien desarrolla– los elementos formales que hacen operativo el procedimiento para asumir decisiones válidas –legales y legítimas– dentro del Estado Democrático, la «voluntad de las mayorías» con la trascendente reivindicación de respetar e incluir a las minorías. La percepción de Tocqueville (1963) ilustrará cómo se arriesga la sociedad cuando no permite la participación de sectores sociales minoritarios u omite considerar sus criterios.

> *Tiranía de la mayoría*
> Pienso, pues, que es necesario colocar siempre en alguna parte un poder social superior a todos lo demás, pero veo la libertad en peligro cuando ese poder no encuentra ante sí un obstáculo que pueda detener su marcha y darle tiempo a que pueda moderarse a sí mismo. (Tocqueville, 1963, p. 274)
> Y lo que me repugna más en Norteamérica no es la extremada libertad que allí reina, es la poca garantía que se tiene contra la tiranía. (…)
> Cuando un hombre o un partido sufre alguna injusticia en los Estados Unidos, ¿a quién queréis que se dirija?, ¿a la opinión pública? Es ella la que forma la mayoría, ¿al poder ejecutivo? Es nombrado por la mayoría y le sirve de instrumento pasivo, ¿a la fuerza pública? La fuerza pública no es otra cosa que la mayoría bajo las armas, ¿al jurado? El jurado es la mayoría revestida de derecho a pronunciar sentencias... (Tocqueville, 1963, p. 303)

Sobre este importante tópico referido a la voluntad de las mayorías existen variadas advertencias, debido al peligro que representa rebasar la pequeña línea que divide el acuerdo democrático de la arbitrariedad mayoritaria; la tolerancia, la inclusión y el respeto a las minorías parecen haber despejado el temor al mayoritarismo –aunque siempre está presente la posibilidad de arbitrariedad revestida de consenso–. También se pronunciaron en pro del derecho a disentir, Voltaire, Kelsen, Sartori, Bobbio y otros, preguntándose: «¿Qué valor tiene el consenso donde el disenso está prohibido?», y Lord Acton (1955) con su reconocida reflexión «La prueba más segura para juzgar si un país es verdaderamente libre, es el *quantum* de seguridad de que gozan las minorías».

Otra arista en el acercamiento teórico al término «Democracia», es el referido al alcance de este; si se piensa en el Estado Democrático, el Gobierno Democrático, la

Sociedad Democrática, se tiene una referencia macro, de conjunto o colectividad; por otra parte, si se habla de tolerancia, inclusión, consenso para la toma de decisiones, ya sea al interior de una institución, entidad, un sindicato, congregación religiosa, o al interior de una familia, la democracia se refleja en un nivel micro-social. Aquí la relación es directa y simple, mientras más democrática sea la micro-sociedad –planteada por Michel Foulcault en «La Microfísica del Poder», más democrática será la sociedad, el gobierno y el Estado.

> De la acepción original se puede deducir en forma fácil otro significado de «democracia social»: el conjunto de las democracias primarias –pequeñas comunidades y asociaciones voluntarias concretas– que vigorizan y alimentan a la democracia desde la base, a partir de la sociedad civil. En ese sentido, un término preñado de significado es el de la «sociedad multi-grupal», o sea aquella estructurada en grupos que se autogobiernan. En consecuencia, aquí la democracia social está en la infraestructura de las microdemocracias, las cuales sirven de base a la macrodemocracia de conjunto, a la superestructura política. (Sartori, 1993, p.6)

Vislumbrando la complejidad que representa definir la democracia, sería infructuoso incidir demasiado en algunos de sus principales elementos sin perderse en la frondosa teoría que la rodea (la clásica y la pluralista, o representativa y participativa u otras sub teorías), o las clasificaciones de democracia –incluyendo la innovadora demodiversidad Santos (2007) y la democracia intercultural Mayorga (2019)– o los nueve modelos de Held (1994). Una idea integral y sintética sobre un término tan connotado como democracia, es expresada por un reconocido y renombrado politólogo italiano:

> (...) la democracia es la regla de la mayoría, o sea, la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y, por tanto, obligatorias para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión. (Bobbio, 1986, p. 14)

Dejando constancia que se salva el concurso de las minorías; queda mucho por abarcar y analizar; con la premura de circunscribir la teoría para ingresar de lleno al objeto de estudio, se ensaya otra definición operativa que articula la democracia con el Estado de Derecho, principal componente para el presente análisis: *Democracia es establecer el equilibrio del poder al amparo de la legalidad, conformando un orden legitimado por la voluntad de las mayorías y la inclusión de los discordantes; con el propósito de asumir decisiones consensuadas que posibiliten la convivencia pacífica en la transición del poder*.

En consenso con los autores citados, se entiende que la democracia es un componente imprescindible en el Estado de Derecho: (CARTA DEMOCRÁTICA INTERAME-

RICANA, Artículo 2. El ejercicio efectivo de la *democracia representativa es la base del estado de derecho* y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos...), y como se verá más adelante, también se la propone como antípoda de la violencia. Esta última idea que pretende fusionar nuevos elementos al amplio concepto de democracia –aunque algo utilitaria–, da pie para articular a la democracia con otro bien social primario: «la paz» –como heredad colectiva y derecho humano–.

Ya se expresó que la primera norma política y la más prolija y abundante en el uso del término «democracia», fue la Constitución Mexicana de 1917; madurando la idea de engranar estos bienes sociales trascendentales, y con base en las primigenias ideas de Kant (1946), Norberto Bobbio (1986) se anima a manifestar que la democracia también es una garantía de paz, porque los Estados Democráticos no aceptan la guerra ni otras formas de violencia como mecanismo para resolver sus controversias:

> Pero al menos me parece que puedo hacer una constatación final, aunque sea un poco arriesgada– hasta ahora ninguna guerra ha estallado entre los Estados que tienen un régimen democrático, lo que no quiere decir que los Estados democráticos no hayan hecho guerras, sino que hasta ahora no las han hecho *entre ellos*. He dicho, la observación es temeraria, pero espero una réplica. ¿Tuvo razón Kant cuando proclamó como primer artículo definitivo de un posible tratado para la paz perpetua que «la Constitución de todo Estado debe ser republicana»?. Ciertamente el concepto de «república» al que Kant se refiere no coincide con el actual de «democracia»; pero la idea de que la constitución interna de los Estados fuese un obstáculo para la guerra entre ellos es una idea fuerte, fecunda, inspiradora de muchos proyectos pacifistas que se han presentado desde hace dos siglos, aunque no han tenido una aplicación práctica.
>
> Las objeciones contra el principio de Kant siempre han derivado del no haber entendido qué tratándose de un principio universal, éste tiene validez solamente si *todos* los Estados y no pocos o algunos asumen la forma de gobierno requerida para el logro de la paz perpetua. (Bobbio, 1986, p. 30)

Finalmente, este prominente politólogo –recordando al maestro Popper (1973)– relacionará a la «Democracia con la ausencia de violencia» superando el concepto kantiano de «la paz perpetua» –democracia como garantía de paz–, llega más allá, al proclamar a la Democracia como el único instrumento de convivencia que puede resolver los conflictos sociales –y la transición política– sin imponer decisiones por la fuerza.

> (...) jamás he olvidado la enseñanza de Karl Popper, de acuerdo con la cual, lo que esencialmente distingue a un gobierno democrático de uno no democrático es que solamente en el primero los ciudadanos se pueden deshacer de sus gobernantes sin derramamiento de sangre. Las frecuentemente chuscas reglas formales de la

> democracia se introdujeron por primera vez en la historia de las técnicas de convivencia, la resolución de los conflictos sociales sin recurrir a la violencia. Solamente allí donde las reglas son respetadas el adversario ya no es un enemigo (que debe ser destruido), sino un opositor que el día de mañana podrá tomar nuestro puesto. (Bobbio, 1986, p. 31)

Conociendo la preclara perspectiva de Norberto Bobbio, se asienta y fortalece la articulación natural entre Democracia, Estado de Derecho y paz, como bienes sociales fundamentales. Trasuntando la perspectiva de la democracia, como simple método, hacia la visión de democracia, como sustancia– Sartori (1988), actualmente el Estado de Derecho acoge, amplía y amalgama estos componentes consonantes: la paz como aspiración permanente de los pueblos, y la democracia como una evolucionada forma de vida en comunidad. En esta simbiosis orgánico-estructural, nuevamente deben concurrir los presupuestos axiológicos y principistas –bienes jurídicos primarios–, materializándose concretamente en derechos y garantías de todos sus asociados –los derechos políticos y otros–.

Para ser útil al objeto de estudio, se depura este enfoque del Estado de Derecho, reiterando que está indefectiblemente entrelazado con estos dos componentes: 1. la democracia, como forma de convivencia social y método político para asumir decisiones «sin violencia», (este último aspecto también incumbe el plus intrínseco que la vincula con el segundo componente); y 2. la paz, como activo social, bien colectivo, valor, principio y como derecho humano (rebasando su anticuada definición como simple ausencia de violencia). Los países americanos reconocen la trascendencia de la democracia para la paz, vinculándola también –como condición ineluctable– con el desarrollo de los pueblos.

> Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana
> TENIENDO PRESENTE que, en la Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo (AG/DEC. 4 (XXIII-O/93)), los Estados Miembros expresaron su convencimiento de que la *democracia, la paz y el desarrollo* son partes inseparables e indivisibles de una visión renovada e integral de la solidaridad americana, y que de la puesta en marcha de una estrategia inspirada en la interdependencia y complementariedad de esos valores dependerá la capacidad de la Organización de contribuir a preservar y fortalecer las estructuras democráticas en el Hemisferio. (OEA, 2001)

### 2.2. Los principios democráticos de Alternancia y Renovación

Estos principios democráticos están estrechamente relacionados y se complementan en el mismo propósito; evitar la concentración y perpetuación del poder, ya sea en

una sola persona o en un único partido político. La jurisprudencia peruana y colombiana, y la doctrina del órgano electoral mexicano, relacionan estos dos elementos de la Democracia representativa: «La prohibición de reelección inmediata de congresistas responde a la necesidad de preservar la *alternancia democrática* y evitar la consolidación de élites políticas que obstaculicen la *renovación institucional*». (Tribunal Constitucional del Perú, 2023, Exp. N.º 00001-2023-PI/TC, fundamento jurídico 5).

La Corte Constitucional de Colombia, es clara al comprender la directa articulación de los referidos elementos de la democracia: «La *alternancia* en el ejercicio del poder político constituye un *principio estructural del Estado democrático de derecho*, que *garantiza la renovación* de liderazgos y el control ciudadano sobre quienes gobiernan». (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010, Fundamento Jurídico 7).

El órgano electoral mexicano, entiende que: «La alternancia en el poder es el fenómeno político de que ninguna persona o grupo tiene el *monopolio del poder en forma permanente,* sino que es ostentado por diferentes personas y grupos con diferentes ideologías, programas o intereses, que se suceden en él *por períodos*» (INEP, 2006, p. 1)

– La alternancia se define como una garantía institucional que promueve el pluralismo político, permite la libre competencia por el poder político y garantiza su circulación permanente. Valbruzzi (2011) la considera como una sustitución completa del partido de gobierno por otro partido que no estaba en el gobierno en el período inmediatamente anterior.

La renovación es la ansiada consecuencia de la alternancia, se concreta con la sustitución periódica de los actores políticos y se complementa con la pluralidad de partidos y candidatos; reforzando la efectividad del principio democrático. No es un simple reemplazo de personas o siglas, sino, la garantía de un verdadero recambio que contribuya a la evolución de la estructura profunda del sistema político; ciclos de recambio efectivo, de líderes, partidos, ideología, programas, alianzas, gobernabilidad, y hasta visión de Estado; parafraseando al profesor alemán Peter Häberle y su propuesta –la Constitución como cultura–, la renovación democrática implica una verdadera evolución del Estado Constitucional, y no se limita al cambio de personas en el poder, sino que exige la transformación de las prácticas políticas, la apertura institucional y la consolidación de una cultura constitucional.

De todos modos, con ciertos bemoles y según la idiosincrasia de cada comunidad política, la alternancia y renovación, siempre han cumplido un rol cardinal en el equilibrio del poder, ya sea como barreras al caudillismo y monopartidismo, o como efectivos mecanismos contra la arbitrariedad y la permanencia irrazonable en el ejercicio del poder político. Sin lugar a dudas, estos principios son valiosos elementos de la democracia representativa, que coadyuvan a purgar los constantes embates del autoritarismo al Estado Democrático de Derecho, que generalmente acometen contra la prohibición de concentración del poder.

Cerrando este acápite, se citan las pre claras ideas del profesor alemán Konrad Hesse:

> La posibilidad real de la alternancia en la dirección política es el elemento principal del modelo democrático definido en la Constitución. Ni es la única pieza, ni garantiza por sí misma un funcionamiento adecuado, pero *es difícil negar su lugar principal, puesto que canaliza el pluralismo*, sustrato político constitucional del que emerge la racionalidad de los restantes institutos definitorios de la democracia. (Hesse, 2011, p. 144)

## 3. JURISPRUDENCIA

Refiriéndose a la actividad hermenéutica, el maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, decía lo siguiente:

> La interpretación de las disposiciones fundamentales pertenece al género de la interpretación jurídica, y por tanto participa de los principios esenciales de esta última, como ha puesto de relieve la doctrina (...) Pero la Realidad nos indica que las normas constitucionales poseen caracteres peculiares que ameritan una interpretación específica, que sin apartarse de las reglas generales, requieren de matices particulares, que son los que merecen o deben merecer la atención de los constitucionalistas. (Fix-Zamudio, 1971, p. 15)

La hermenéutica constitucional en Bolivia está definida claramente por la propia Constitución, que –como la mayoría de las normas fundamentales– establece directrices generales, pero se distingue por fijar parámetros precisos sobre el modo y método aplicable para esta labor de hermenéutica suprema. Si se debe abordar el tema de la interpretación, es preciso determinar quién o quiénes –órganos, tribunales o autoridades– están facultados para emitir entendimientos válidos sobre el significado del texto Constitucional; al respecto el Código Fundamental del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia, es claro y terminante:

> Artículo 196.I. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, *la voluntad del constituyente*, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto. (CPE, Bolivia, 2009)

Aclarando que en ninguna parte del texto constitucional se otorga a otro órgano, o autoridad, atribución alguna para interpretar la Ley Suprema del Estado Boliviano; se debe afirmar que la voluntad de la Asamblea Constituyente fue reconocer un único intérprete calificado y cualificado, para adecuar el significado de la Constitución a situaciones concretas de la cambiante realidad. Entonces, en Bolivia el único órgano constitucionalmente facultado para emitir resoluciones interpretativas de la Ley de

Leyes, es el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). En otras constituciones se establece explícitamente esta potestad: «Art. 429.– La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia». (Ecuador, 2008)

Además de acreditar patentemente a su intérprete exclusivo, la también denominada Ley Fundamental, determina mandatos específicos sobre la forma de realizar esta función, estableciendo dos criterios hermenéuticos obligatorios: la voluntad del constituyente (interpretación auténtica), y el tenor literal (interpretación gramatical); además de los principios de favorabilidad y progresividad en la interpretación de los derechos humanos.

Después de este breve preludio teórico, corresponde realizar la síntesis fáctica de este periodo para luego analizar las resoluciones más destacadas –referidas a la reelección presidencial–, sobre todo aquellas que tienen relación directa con el Estado Boliviano.

La Constitución boliviana anterior –aprobada en 1967– establecía un mandato presidencial de cuatro años sin posibilidad de reelección inmediata, el gobernante saliente tenía que esperar un periodo constitucional para habilitarse como candidato; era mucho más estricta con la reelección, pretendiendo frenar la tradición caudillista y el inmoderado régimen presidencialista.

> Artículo 87°**. –** Mandato y reelección: El período del Presidente y Vicepresidente Constitucional de la República será de *cuatro años improrrogables*. Ninguno de ellos *podrá ser reelegido sino pasados cuatro años* de la terminación de su mandato constitucional. El Vicepresidente podrá ser elegido Presidente de la República después de cuatro años de fenecido su mandato. (CPE, Bolivia, 1967)

El conflicto por la reelección inicia el 22 de enero de 2006 cuando Evo Morales gana su primera elección presidencial; el 2009 fue reelecto, el 2014 gana por tercera vez, y el 2019 volvió a postular para su cuarto mandato; tras un levantamiento popular, ante la ilegalidad de su tercera reelección y las denuncias por fraude electoral, culmina abruptamente su mandato renunciando y saliendo del país. *«El anuncio llega después de que la OEA recomendara a Bolivia celebrar otras elecciones luego de identificar irregularidades «serias» en el sistema de votación»*. (Deuch Welle, 2019*)*

El art. 168 de la CPE de Bolivia determina imperativamente: «El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de *cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua*».

A golpe de vista asoma la marcada diferencia entre los –casi– catorce años de ejercicio continuo de la presidencia de Evo Morales (más de trece años y 10 meses de gobierno), y el límite de diez años permitidos por la nueva Ley de Leyes boliviana. ¿Cómo logró gobernar más de tres periodos constitucionales?, todo deviene de ese

viejo «vicio por el poder» que frecuentemente afecta a «La clase política» –término acuñado por el politólogo italiano Gaetano Mosca.

– La primera vez que Evo Morales logra alargar su mandato fue el 2009, había sido electo cuando estaba vigente la antigua CPE y debía ejercer la presidencia del 2006 al 2010; un desafortunado acuerdo político con los aturdidos partidos de oposición, le permitió interrumpir su primer periodo de mandato y suprimir del cómputo su primera gestión de gobierno. Se soslayaron tres años de ejercicio del poder, alegando que «el Estado debía adaptarse a la nueva Constitución» recientemente aprobada en referéndum de 25 de enero de 2009; o sea que, el único sustento para olvidar que Evo ya había sido presidente, fue que se estrenaba Estado y correspondía el «borrón y cuenta nueva»; hábilmente, su partido promovió la aprobación de una Ley Electoral transitoria para convocar a elecciones generales bajo el nuevo orden constitucional –demás está decir que tenía asegurada la primera reelección–.

«El Congreso de Bolivia aprobó la madrugada de este martes la convocatoria a elecciones generales para el 6 de diciembre de este año, que abre las puertas a una posible reelección del presidente Evo Morales» (BBC, 2009). El partido político de Evo «MAS» (Movimiento al Socialismo), gana su segunda elección presidencial, la primera, en vigencia de la actual Constitución que amplía el periodo de mandato presidencial a cinco años y permite la reelección inmediata. Logran con facilidad su segundo gobierno, del 2010 al 2015.

Durante esta gestión se empieza a desplegar el nuevo contenido constitucional; un hito importante fue la elección de magistrados por voto popular, incorporada por el constituyente con la plausible intención de impedir la injerencia del poder político en el Sistema de Justicia. Previsiblemente, el gobierno «evista» logró la elección de casi todos sus candidatos (85%), *legitimando su ansiado predomino sobre los principales tribunales de cierre* –donde destaca el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)–. Otro dato curioso fue la complejidad de la elección; una enorme papeleta (de 80 x 40) con pequeñas fotografías de más de una centena de abogados, desconocidos para la mayoría de la población; ese fue el móvil para «enumerar» a los candidatos e imponer el «voto consigna» –sobre todo en el área rural–, mucho más fácil recordar números que entender la incoherencia del voto diferenciado (5 votos para 4 tribunales, respetando paridad de género e inclusión indígena obligatoria).

> Mediante Resolución N. 79/2011 del 13 de mayo de 2011, se convocó por primera vez en la historia democrática del país a la Elección de Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional Plurinacional, y Consejeras y Consejeros del Consejo de la Magistratura, el 16 de octubre de 2011. Se presentaron 350 candidatos y candidatas, de los cuales 118 fueron preseleccionados en la Asamblea Legislativa Plurinacional. Fueron empadronados 5.243.375 electores y electoras. Se contabilizaron 1.768.576 votos válidos (42,34%), 629.469 votos blancos (15,07%) y 1.779.425 nulos (42,60%). (Bolivia OEP, 2011)

Desarrollando el plan para legalizar la segunda reelección de Evo, y su habilitación a la tercera elección consecutiva; la cúpula del partido político gobernante –MAS–, junto a «su» nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, concibe un artilugio jurídico que permitió a su cabecilla prorrogarse en el ejercicio del poder como presidente del Estado Plurinacional de Bolivia.

### 3.1. Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril

La primera resolución analizada de substancia política y forma jurídica, emitida por la Sala Plena del TCP (nueve magistrados); eclosionó a la vida pública mostrando su texto llano y soberbio, ostentando su fuerza vinculante y obligatoria –CPE Art. 215 y Art. 15.I y II del Código Procesal Constitucional– respaldada políticamente por el gobierno y la mayoría calificada del Órgano Legislativo (dos tercios).

La máxima instancia de decisión jurisdiccional y órgano de cierre de la Justicia Constitucional, había decidido reiniciar el periodo constitucional del presidente, alegando que se refundaba el Estado con un nuevo orden y una nueva era jurídico-política. Léase:

> Por otra parte, conforme al Fundamento Jurídico III.5 de la presente Declaración Constitucional, es necesario rememorar que la Asamblea Constituyente en Bolivia, cuyo proceso fue iniciado el 2006, concluyendo el 2009, tuvo inequívocamente un carácter originario, con origen en la voluntad democrática popular, característica a partir de la cual, se entiende su autonomía, en mérito de la cual, el nuevo orden es diferente al pre existente, *el nuevo orden implica una nueva era jurídico-política basada en la refundación del Estado*, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, *realizar el computo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refundó el Estado* y por ende creó un nuevo orden jurídico – político.

Esta Declaración del TCP, deviene de una modalidad de control previo de constitucionalidad previsto por los arts. 11 a 115 del CPCt.; este recurso de «Consulta» sobre la constitucionalidad del proyecto «Ley de Aplicación Normativa» –cuyo art.4 se refiere a la reelección presidencial–, fue formulado por el Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional:

> ARTÍCULO 4. REELECCIÓN DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DEL ESTADO
> I. De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, *están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua*.

> II. La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II de la Constitución Política del Estado es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento.

La ignominiosa resolución del TCP desconoce 188 años de Estado Republicano; está hecha a la medida de las ambiciones políticas del entonces presidente E. Morales, a quien habilita para la reelección inmediata, y subrepticiamente, deja abierta una ventana para la reelección indefinida –de forma *discontinúa*–. Otro precedente nefasto de esta resolución, fue desconocer abiertamente el mandato imperativo de la Constitución, inaplicando la «Disposición transitoria Primera» de la CPE «Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones».

No obstante, de su inconsistencia e incoherencia, su eficacia fue sorpresivamente contundente; esta decisión política constitucionalizada se acataría raudamente, sin mayor resistencia ni quejas por los desmanes constitucionales de su autor. La *Ratio decidendi* de esta resolución constitucional –si así le la puede denominar–, rehúye el deber de motivación y fundamentación, simplificando la carga argumentativa al extremo de trastocarla en una mera justificación gramatical:

> El art. 168 de la CPE vigente, prevé que el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua. Al respecto, la precisión normativa realizada por el art. 4.I. del proyecto de ley objeto del presente test de constitucionalidad, *en cuanto al momento para el cómputo del plazo para la reelección de autoridades a través del voto popular,* no desborda el contenido normativo del citado artículo constitucional menos lo contradice, ya que el desarrollo se encuentra inserto en la parte orgánica de la constitución. (TCP, DC 3/2013)

Recordando lo referido líneas arriba; esta decisión interesada legaliza una componenda política que descuenta tres años de gobierno (2006 al 2009), y computa el ejercicio del primer mandato presidencial de evo Morales desde el 2009 al 2014; el único «sustento» para este despótico alargamiento en la presidencia del Estado, es la supuesta «refundación del Estado». Se aclara que, pese a los asiduos esfuerzos del escribidor del presente artículo, no se pudo encontrar una verdadera «razón de la decisión» que justifique –razonablemente– el criterio del primer tribunal constitucional electo. Beneficiado por esta aviesa interpretación jurídica, Evo Morales concluye el resto de su mandato y logra ser habilitado como candidato a presidente por tercera vez consecutiva; con todos los órganos de gobierno subordinados –incluido el TCP–, cómodamente, gana su segunda reelección consecutiva.

La actual constitución boliviana está adecuada para favorecer a cualquier «presidente y candidato», patrocina la reelección y permite que el candidato siga ejerciendo el poder hasta el día de las elecciones; prácticamente, el reelegible cuenta con grandes ventajas pues sigue usufructuando los bienes del Estado –dinero, inmuebles, muebles, vehículos, y hasta funcionarios públicos a su servicio–, en contraste con los demás candidatos, huérfanos de esos importantes recursos e insumos proselitistas.

> *Artículo 238***.** No podrán acceder a cargos públicos electivos aquellas personas que incurran en las siguientes causales de inelegibilidad: (…) 3. **–**Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes del día de la elección*, excepto* el Presidente y el Vicepresidente de la República. (CPE, Bolivia, 2009)

Solo como referencia; este inequitativo privilegio –no renunciar– fue ampliado a diputados, senadores, gobernadores, alcaldes, concejales y toda la clase política, por otra tendenciosa interpretación del TCP, la SC 32/2019 de 9 de julio pronunciada dentro de una Acción de Inconstitucionalidad Abstracta –pretextando la inconvencionalidad con el Art. 23 CADH–. Extrañamente, las autoridades indígenas electas en ejercicio de la Democracia Comunitaria fueron excluidas de esta prerrogativa para políticos prorrogables, así dispone incoherentemente la SC 340/2016-S1 del TCP –emanada de la revisión de una Acción Popular–.

Evo Morales llegaba a la culminación de su tercer mandato consecutivo, y a su segunda reelección (2014-2019), durante ese lapso autocrático sucedió un hecho esperanzador para la democracia boliviana. Entre los muchos artificios para perpetuarse en el poder, el partido gobernante había planificado eliminar un candado constitucional que impedía una cuarta postulación consecutiva de su caudillo; en la etapa de mayor auge de popularidad de su líder –quien había salido victorioso en tres elecciones consecutivas alcanzando resultados insólitos que superaban el 64 % de preferencia–, decidieron reformar la constitución para constitucionalizar la reelección indefinida.

El «masismo» (MAS) apostó a la popularidad de su líder, invocando la democracia participativa convoca a referéndum para reformar el Art. 68 de la Constitución –norma que le impedía reelegirse nuevamente–; el 21 de febrero de 2016 los ciudadanos acudieron a las urnas, salvaguardando la democracia «el pueblo dijo NO» imponiéndose el rechazo a la reelección indefinida con más del 51 %. «Morales quería una reforma de la Constitución que le permitiera volver a presentarse –en los comicios presidenciales en 2019 (…) Los bolivianos dijeron «No» a permitir que el presidente Evo Morales se presente un cuarto mandado. Se trata de su primera derrota electoral en 10 años. (BBC, 2016)

Este fue un gran triunfo para la democracia boliviana, los aparentes vasallos del inca se habían convertido en ciudadanos que defendían la Constitución –el Contrato Social entre iguales–, se demostró que el titular de la soberanía popular sí es el verda-

dero poder en el Estado de Derecho; empero, pese a la primera derrota electoral de Evo Morales en una década, todavía no se había logrado la derrota del totalitarismo.

Tras trece años de gobierno ininterrumpido, el MAS había conseguido la hegemonía total a costa de debilitar y corromper la institucionalidad del Estado; tenía a sus partidarios incrustados en todos los órganos de gobierno y otras entidades: el legislativo, judicial, electoral, el TCP, la fiscalía, Defensor del Pueblo, además de las FFAA, policía, sindicatos, universidades, empresarios, masonería, etc. (hasta dirigentes de la Federación Boliviana de Fútbol); sin olvidar sus «movimientos sociales» –grupos de choque violentos– distribuidos por todo el país.

El vicio por el poder definió el escenario político 2019; anunciando su deseo de continuar gobernando y sin ocultar su avidez, Evo promueve la apología de «su derecho humano a ser reelegido», como cuestión de Estado. Ante la crítica de cívicos, activistas, censores intelectuales, y sectores sociales relegados; los «masistas» recurrieron a otra artimaña jurídica donde nuevamente interviene el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

### 3.2. Sentencia Constitucional Plurinacional 84/2017 de 18 de noviembre

Al no haber alcanzado la reforma de la Constitución vía referéndum, el «masismo» (MAS) recurre a su instrumentalizada Jurisdicción Constitucional, con la clara idea de reformar la Ley Suprema del Estado y conseguir la reelección indefinida: «Artículo 168. El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua». (CPE, Bolivia, 2009)

Sin reparos éticos y menos remordimientos de conciencia, el TCP –resolviendo una Acción de Inconstitucionalidad Abstracta en Sala Plena– justifica y constitucionaliza «el derecho humano a la reelección»; inmediatamente surgen observaciones a este segundo leviatán jurídico –emanado del mismo progenitor orgánico subyugado por el poder político–. La reacción de los pocos juristas y académicos que no temían represalias del poder o que no estaban a su servicio, se hicieron eco en prensa, redes y medios:

– El primer reparo, diverge diametralmente con la posibilidad de reconocer al poder constituido la potestad de cambiar las normas primarias y fundamentales de la Constitución–, atribución privativa de la Asamblea Constituyente; sobre esta observación, De la Vega (2012) citando a J. Varela, Política y Constitución en España, señala: «La diferenciación entre la titularidad de la soberanía y el ejercicio del poder constituyente, permitiría a su vez «instituir a este último, transformándolo en un órgano especial de revisión distinto de los demás órganos constituidos». (De la Vega, 2012, p. 62) (CPE, 2009). Y para mayor claridad

la propia Constitución: «Artículo 411. I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución…».

– El segundo reproche al interesado permisivismo del TCP –más moderado–, cuestiona la falta de potestad del TCP para modificar el texto constitucional, observa la profundidad y alcance de su actividad hermenéutica, que parece rebasar su rol de intérprete oficial de la voluntad del constituyente.

En Bolivia la potestad de reforma constitucional, se atribuye al Pueblo Soberano que delega esta potestad a la Asamblea Constituyente –como órgano extraordinario, supremo, directo y temporal–, o se realiza por medio de la Democracia Participativa en dos de sus modalidades, la iniciativa legislativa ciudadana y el referéndum; según se trate de una modulación fragmentaria o una mutación sustancial del texto constitucional, será reforma parcial o reforma total –respectivamente–. La Sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia estableció la «teoría de la sustitución de la Constitución», diferenciando los términos: «reformar» como modificar –sin alterar el contenido sustancial–, y «sustituir» como cambiar de Constitución o trastocar el contenido primordial de la misma.

Aunque se plantea el asunto como una habitual, interpretación complementaria o «interpretación práctica» que Sagüés (1998) califica como «funcional»; en realidad, connota cuestiones cardinales como: la democracia, prohibición de monopolio del poder, alternancia, y otras normas constitucionales primarias (renovación, soberanía popular, libertad, justicia). Pretender la supresión de la barrera constitucional que evita la reelección indefinida, incumbe abordar el alcance de sus efectos sobre el valor de la Democracia, los frenos y contrapesos para el equilibrio del poder, y la posibilidad de una verdadera renovación del gobierno. A esto, debe añadirse la titularidad de la soberanía, ya que la decisión de prohibir la reelección indefinida en Bolivia emerge de un referéndum popular (21 febrero de 2016); jerarquizando la legitimidad y parafraseando a Hermann Heller (1927), «La Soberanía: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional»; no existe otra instancia de decisión que sea superior a la voluntad del pueblo soberano.

– Sobre la posibilidad de modificar la Constitución a través de la hermenéutica ejercida por los tribunales de cierre, dentro de su respectiva jurisdicción y competencia; la postura mayoritaria insiste en la adaptación constante del texto constitucional: La Constitución está *«destinada a perdurar en las eras futuras, y por consiguiente (debe) adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos»***.** John Marshall, caso Mc Cullogth Vs. Maryland (1819); asimismo, sobre esta perspectiva Sagüés (2016) diría que: «*…la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante –no faltan quienes exhiben a esta teoría como un subproducto del darwinismo social–***.**

La visión de los «activistas», entiende que la actualización permanente de los «conceptos» contenidos en la Constitución, es una tarea frecuente y necesaria que deben

realizar instancias oficiales especializadas; sin embargo, también existe consenso en cuanto a la presencia de apartados, secciones y enunciados de «concepciones» del constituyente, que no pueden ser objeto de reforma y mucho menos de mutación. Ergo, la adecuación constante de la Constitución –por medio del intérprete autorizado– es aceptable y en veces laudable; siempre y cuando, respete la voluntad del constituyente, y no sobrepase los límites permitidos a cualquier órgano del poder constituido.

En Bolivia, conforme a la CPE, el TCP cumple la función de intérprete oficial de la Ley Suprema del Estado, incluso, le instruyen la aplicación de métodos específicos para cumplir esa tarea: «Art. 196.I. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto». (CPE, Bolivia, 2009). Sin embargo, entre las doce atribuciones otorgadas al TCP por el art. 202 CPE, ninguna le reconoce la potestad de reformar la voluntad del constituyente.

Luego de contextualizar la SC 84/2017-resolución forzada e interesada–, se ingresa al análisis de fondo; de la atenta lectura, se debe reconocer que existe mayor prolijidad en la carga argumentativa respecto de la anterior (DC 3/2013 de 25 de abril). Así sintetiza la Sala Plena del TCP el problema jurídico planteado en una Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, presentada por una senadora y once diputados, todos partidarios de Evo Morales:

> III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO
> Los accionantes cuestionan la constitucionalidad de los arts. 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la LRE, por ser presuntamente contrarios a los arts. 26 y 28 de la CPE, concordantes con los arts. 13, 256 y 410.II de dicha Norma Suprema y los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la CADH; y, exigen además, la inaplicabilidad de los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, respecto a la limitación de reelección por una sola vez de manera continua, por contradicción intraconstitucional con los arts. 26 y 28 de la Norma Suprema y por contradecir convencionalmente los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la citada CADH, concordante con los arts. 13, 133, 256 y 410. II de la CPE. (TCP SCP 84/2017 de 28 de noviembre de 2017).

Se denuncia la contraposición de normas constitucionales y de la Ley del Régimen Electoral (LRE); referidas a la imposibilidad de reelección continua –«por más de una vez»–, para autoridades: nacionales, departamentales y municipales, del órgano ejecutivo y legislativo (presidente, vicepresidente, diputadas, senadores, gobernadoras, asambleístas departamentales, alcaldes y concejales). Pidiendo que se declare la inconstitucionalidad de las normas legales, y la inaplicabilidad de cuatro normas constitucionales, por contrariar normas convencionales; todas descritas en el parágrafo «II. CONCLUSIONES» de la sentencia estudiada. En síntesis; invocando derechos

políticos previstos en la CADH, se pretende la reelección indefinida inaplicando normas constitucionales.

Entre los fundamentos (III.I SC 84/2017), la sentencia inicia exponiendo el «control normativo de constitucionalidad» haciendo énfasis en «el mandato imperativo de proteger los derechos fundamentales, a través del control de constitucionalidad y convencionalidad»; sustentándose en los arts. 13 y 256 CPE y en el «*Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123» Corte IDH),* invocan «la aplicación preferente de una norma favorable sobre otra» y el principio pro-persona, para sustentar «la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos» y la excepción de supra-constitucionalidad del Bloque de Constitucionalidad; todo, dirigido a justificar «la expulsión del ordenamiento jurídico» de cualquier norma que incumpla los estándares constitucionales y convencionales. Omiten aclarar que las normas que desean expulsar se encuentran directamente vinculadas a la democracia, soberanía popular, prohibición de concentración del poder, y otras normas primarias, que no admiten la hermenéutica mutativa –menos aún sustitutiva– en el texto Constitucional.

OBITER DICTUM

Desarrollando la jurisprudencia y doctrina sobre Control de Convencionalidad (III.2) proponen la «Constitución Convencionalizada» para reafirmar la «inaplicación de la normativa interna contraria a la convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»; citando la SCP 0112/2012 de 27 de abril, apuntalan las «normas constitucionales-principios» (III.3) aduciendo que «tienen un efecto de irradiación y transversalidad en el resto de las normas constitucionales y todo el ordenamiento jurídico», sin mayor preámbulo, también arriban a los derechos políticos entendidos como «…la facultad que tiene toda persona, sin distinción alguna, de elegir y ser elegido; y, como resultado del proceso eleccionario, acceder a ejercer la función pública por decisión popular de los votantes», puntualizando además, que su goce debe ser garantizado sin discriminación alguna.

Sustentándose en la Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0003/2013 de 25 de abril, plantean la «antinomia» o «contradicción» entre normas constitucionales (III.4); aluden doctrina jurisprudencial alemana – «principios constitucionales fundamentales»– y española – «Derecho de carácter suprapositivo» –, también citan a Lucas Verdú para apoyarse en su teoría sobre «normas fundamentales inválidas». Con esa base teórica, proyectan aplicar el control de constitucionalidad a normas de la propia Constitución.

En los siguientes acápites de los fundamentos, se despliega una explicación minuciosa de la igualdad y la prohibición de discriminación, refiriendo normas internas, interamericanas y universales, que las contienen y desarrollan (III.5); por otra parte, se describe la actividad hermenéutica utilizada, privilegiando la interpretación auténtica –«la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto». En ese sentido, citan textualmente la «Enciclopedia

Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano», y los documentos finales de los «Ajustes Técnico Jurídicos al Documento de Consenso del Nuevo Texto Constitucional de 3 de agosto de 2007», concluyendo que: «la voluntad del constituyente, en relación a la reelección... del Presidente y de la Vicepresidenta…, fue decantarse por la reelección consecutiva por voluntad del pueblo».

*RATIO DECIDENDI*

– En esta sección de los argumentos, se resuelve «la problemática planteada» (III.7)

«…no cabe duda que *el art. 26 de la CPE, al consagrar derechos fundamentales establecer principios constitucionales vinculados a la participación política y al ejercicio democrático, se constituye en una norma constitucional-principio*, puesto que *resguarda los principios democráticos y de soberanía popular*, los cuales se materializan en la conformación de los órganos de poder a través del voto, dejando que sea el soberano quien en última instancia decida a través del sufragio quiénes serán sus gobernantes» (III.7.1)

«La previsión contenida en los *arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, normas constitucionales-reglas, respecto a la posibilidad de ser reelecta o reelecto «…por una sola vez de manera continua», contradicen o se oponen a lo que establecen los arts. 26 y 28 de la misma Constitución, normas constitucionales-principios*, pues los artículos en primer término señalados, *imponen una limitación o restricción, en el goce y ejercicio de los derechos políticos*…»

«En consecuencia, en el caso en análisis, *resulta evidente la presencia de una contradicción o antinomia* entre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, normas constitucionales-reglas y los art. 26 y 28 de la misma, normas constitucionales-principios, en la parte de aquéllas *que limitan la reelección a una sola vez de manera continua*, de las autoridades respecto de las cuales regula su texto; lo que conforme a lo establecido precedentemente y a la comprensión desarrollada en el Fundamento Jurídico III.2. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, *debe resolverse en favor de las normas constitucionales-principios, determinando su aplicación preferente frente a las normas constitucionales reglas*».

Abonando la razón de la decisión; evocan lo antedicho sobre la aplicación preferente de las normas interamericanas e internacionales, sobre derechos humanos –favorabilidad–, recuerdan el bloque de constitucionalidad y sus principios informadores –pro persona o *pro homine, el pro actione, favor debilis*, de progresividad, favorabilidad, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el de preferencia y eficacia de los derechos humanos, entre otros– (III.7.2). Anotando el art. 23.1 y 2 de la CADH, complementado por el Informe 137 de 1999B, párrafo 101 de la CIDH; subrayan que, la reglamentación de los derechos políticos «–*limitaciones numerus clausus*–» no admite innovaciones provenientes del derecho interno puesto que, «resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento». (TCP SCP 84/2017 de 28 de noviembre de 2017).

– Especifican que «el art. 23 de la CADH, en relación a los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, *declara derechos más favorables,* puesto que aquél respeto de éstos, *restringe en menor medida los derechos de participación política;* fundamentalmente, en cuanto a *concurrir como elegible* a la formación del poder público, puesto que no limita en lo absoluto su ejercicio»; por el contrario, los artículos objeto del control de constitucionalidad –156 y 168, 285 y 288–, al enunciar que «puedan ser reelectas o reelectos... por una sola vez de manera continua... o ... de manera continua por una sola vez» (respectivamente), «*establecen una clara restricción o limitación* a los indicados derechos consagrados por la Convención», y *constituye[n] en sí misma una medida de exclusión,* restricción y/o distinción de quienes en determinado momento se encuentran ejerciendo los cargos antes señalados» (III.7).

Citan como soporte jurisprudencial sentencias CIDH, caso Yatama vs. Nicaragua, párrafo 206; Argüelles y otros Vs. Argentina; Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos; López Mendoza Vs. Venezuela; Luna López Vs. Honduras; y otras resoluciones, insistiendo en el carácter vinculante para el Estado y para el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En la última sección de la fundamentación, (III.8) «Control de constitucionalidad de los arts. 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la LRE –Ley del régimen Electoral–; concernientes al «periodo de mandato de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente de las Gobernadoras y Gobernadores, de las y los Asambleístas Departamentales, de las Alcaldesas y Alcaldes y de las Concejalas y Concejales y asimismo, la posibilidad de que cada una de las autoridades señaladas, puedan ser reelectas o reelectos» '…de manera continua por una sola vez.': se aplica la misma *Ratio decidendi* a estas normas internas, al ser normas legales-reglas.

El *DECISUM,* resuelve:

> 1. ... declarar la APLICACIÓN PREFERENTE del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: «por una sola vez de manera continua» de los arts. 156 y 168 y «de manera continua por una sola vez» de los arts. 285.II y 288.
> 2. Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 52.III en la expresión «por una sola vez de manera continua»; 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) en el enunciado «de manera continua por una sola vez» de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de julio de 2010–.

La SC 84/2017 de 28 de noviembre, se aplicó inmediatamente habilitando a Evo Morales a su cuarta candidatura y tercera reelección consecutiva; el 20 de octubre de 2019 se realizaron las elecciones en medio de protestas y desconfianza, debido a la incertidumbre generada por irregularidades en el proceso de cómputo. Nuevamente resultó ganador el MAS, empero, se cuestionó el resultado que aseguraba el cuarto

mandato de Evo y evitaba el balotaje, llegando a acusar al gobierno de perpetrar «fraude electoral»; ante los disturbios –muertos y cientos de heridos– tuvo que intervenir la comunidad internacional, la OEA (Organización de Estados Americanos) y la UE (Unión Europea), verificaron las sinrazones, sugiriendo una nueva elección. Los titulares de medios de comunicación señalaban: OEA exige nuevas elecciones con otro tribunal en Bolivia (DW, 2019); Tras informe de la OEA, Evo Morales convoca a nuevas elecciones en Bolivia (France 24, 2019); Informe de la OEA sobre Bolivia concluye que hubo «manipulación y parcialidad» en los comicios del 20 de octubre (BBC, 2019).

Constreñido por la presión popular –35 muertos y casi 800 heridos– y ante la intervención de la comunidad internacional, el 10 de noviembre de 2019 Evo Morales aceptó convocar a una nueva elección –empero, ya era muy tarde–; las protestas callejeras se acrecentaron rebasando cualquier posibilidad de acuerdo político, horas más tarde, mientras la policía y las FFAA retiraban su apoyo al gobierno, el presidente Morales renunciaba y huía del país junto a sus allegados –en un apremiado vuelo nocturno–. Evo Morales renuncia en medio de acusaciones de fraude electoral y crisis política en Bolivia (CNN en español, 2019); El presidente boliviano Evo Morales dimite tras la disputa por los resultados electorales (*The Guardian*, 2019).

Ante la ausencia de las principales autoridades del Estado se había generado un vacío de poder, literalmente, no había ninguna persona que asuma la responsabilidad de tomar –a su cargo. las necesarias y urgentes decisiones para salvar la democracia. La crisis era evidente y sus connotaciones se preveían cruentas y sangrientas; muchedumbres armadas, cegadas por el fanatismo y la sinrazón, asaltaban instituciones, quemaban casas, confrontando a la policía y las FFAA. –la convulsión social crecía hiperbólicamente–.

Este alto grado de emergencia social, se reconoce como el «Estado de necesidad Constitucional», según el profesor Sagüés:

> Puede ocurrir, sin embargo, que la Constitución carezca de rutas jurídicas idóneas para atender una situación cierta y determinada de necesidad –permanente o circunstancial– que haga peligrar la continuidad del sistema político o la estabilidad social. Existen dos supuestos nítidamente diferenciables donde anida el problema: a) Imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución. Esto se produce cuando el operador de la Constitución no puede aplicarla, aunque quisiera, al ser físicamente imposible la efectivización de la Ley suprema. (Sagüés, 2016, p. 82)

Como medida desesperada, sustentados en el Art. 169.I CPE, se realiza una urgente y forzada sucesión presidencial, asumiendo la presidencia Jeanine Áñez Chávez; fue un mandato breve y anodino –11 meses y 25 días–, alargándose obligadamente debido a la Pandemia del COVID-19 (llovido sobre mojado). Coronavirus: Bolivia deja sin fecha sus elecciones presidenciales debido a la pandemia de covid-19 (BBC,

2020); El choque entre el Parlamento y el Gobierno por la fecha de las elecciones eleva la tensión en Bolivia (El País, 2020); Creen que se desgastó en el tiempo. Del uso de la fuerza al manejo de la pandemia: cómo Áñez baja el telón (Opinión, 2020).

Las denuncias de corrupción y la mala gestión de los bienes del Estado durante el gobierno fugaz de Áñez, allanó el camino para el retorno del «MAS»; aunque siempre hubo la posibilidad de postular otro candidato, esta vez, sí se sustituye a su pertinaz cabecilla histórico –Evo Morales–, por el ex ministro de economía. Luis Arce Catacora ganó las elecciones de 2020, siendo posesionado por el 8 de octubre de ese año para ejercer un mandato de cinco años. Durante el gobierno de Luis Arce C. ocurrieron algunos acontecimientos interesantes; se realizó la tercera elección judicial en Bolivia –con muchísimas irregularidades–; se produjo la auto-prórroga de mandato de los magistrados del TCP (el guardián asalta la Constitución), y prórroga de todos los integrantes de tribunales de cierre del Poder Judicial –activismo interpretativo autoritario–; se divide el MAS por diferencias irreconciliables entre Evo y Arce, aflorando escándalos de corrupción y de abuso de poder –de ambos–, como secuela inmediata Arce pierde mayoría en el legislativo y la ingobernabilidad precipita la crisis económica; y por si fuera poco, hasta se produce un «golpe militar fallido» –todavía investigado– (¿autogolpe o temeridad?). En este singular lustro, la Corte IDH emite la respuesta a una consulta realizada por el Estado de Colombia, sobre el «derecho a la reelección indefinida».

### 3.3. Opinión Consultiva 28/21 de 7 de junio de 2021 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la República de Colombia

Ante la consulta del Estado Colombiano la Corte Interamericana emite una opinión prolija reforzando su argumentación –debido a la trascendencia del fallo en la democracia americana y mundial–; circunscribiendo el objeto de estudio dentro de la normativa, jurisprudencia y doctrina, interamericana e internacional, se hará referencia a los tribunales y órganos consultivos de la Unión Europea, y a las constituciones, leyes, jurisprudencia, y basta normativa americana. Se inicia el estudio con una síntesis de la aplicación normativa:

> Teniendo en cuenta los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, los seis párrafos no numerados del preámbulo y los artículos XX y XXXIII de la de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los párrafos primero a quinto y séptimo no numerados del preámbulo, y el artículo 3.d) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; los cinco párrafos no numerados del preámbulo y los artículos 1, 2, 23, 24, 29 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los párrafos primero, quinto, sexto, octavo, noveno, decimosexto, de-

cimoséptimo, decimonoveno y vigésimo, no numerados del preámbulo, así como los artículos 2 a 7 de la Carta Democrática: (OC 28/21, par. 37).

COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

La Corte IDH; amparada en sus facultades específicas y con la intención de mejorar el ejercicio de su función consultiva, inicia reformulando las preguntas realizadas por el Estado Colombiano, buscando optimizar la claridad y precisión de las mismas. (véanse las preguntas originales en el parágrafo I.3, y las preguntas reformuladas por la Corte IDH en el párrafo. 37 de la OC 28/2021).

Con las mejoras realizadas por la Corte IDH –y pequeños ajustes de forma que no modifican la redacción–, garantizando una mayor precisión y comprensión de la temática a resolver; las preguntas quedan redactadas de la siguiente forma:

*1) ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano* protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? En este sentido …
*2) ¿Resultan contrarias al artículo 23 de la Convención* Americana sobre Derechos Humanos *las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial…*
(…) ya sea *por restringir los derechos políticos del gobernante* que busca ser reelegido o…
(…) por *restringir los derechos políticos de los votantes?*
O, por el contrario, …
*3) ¿Es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción de los derechos políticos* que resulta acorde a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, *de conformidad con la jurisprudencia de la Corte* Interamericana de Derechos Humanos en la materia?
*¿Es la reelección presidencial indefinida compatible con la existencia de la democracia representativa* en el sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Previamente la Corte IDH había reiterado lo expresado por la OC-25/18 párr. 50, con relación al propósito y alcance de una Opinión Consultiva, además del objeto y utilidad de sus opiniones para lo venidero; interpretaciones vinculantes e indispensables de interés generalizable, que deben optimizar y fortalecer los derechos humanos en todo el entorno interamericano:

El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos…[y] coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos» (Corte IDH, OC-28/21 párr.24)

Señala también lo aseverado por la OC-16/99, párr. 38 a 41, y OC-26/20, párr. 31; puntualizando que: «…las consultas *deben revestir un alcance práctico y tener previsibilidad de aplicación*, al mismo tiempo que no deben circunscribirse a un presupuesto fáctico en extremo preciso que torne difícil desvincularla de un pronunciamiento sobre un caso específico, lo cual iría en desmedro del interés general» (OC-28/21 parr.33).

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS, CONCEPTOS Y ALCANCE DE LA LABOR HERMENÉUTICA DE LA CORTE IDH.

Focalizando el objeto de su intervención, y definiendo las limitaciones procesales y sustanciales propias de una resolución del órgano jurisdiccional interamericano –cuando éste es consultado–; la Corte IDH determina los términos y conceptos, previniendo la transcendencia de su decisión:

> Para efectos de la presente Opinión Consultiva este Tribunal entenderá como «*reelección presidencial indefinida la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia* de la República *por más de dos períodos consecutivos* de duración razonable. Esta duración no podrá ser modificada durante la vigencia del mandato de aquél. *(OC 28/21 párr. 38)*

Complementa esta primera parte preliminar demarcando la temática en cuestión, previniendo que sus decisiones tendrán efecto sobre la reelección presidencial irrazonable, esto es, cuando se genere la permanencia en el cargo por *más de dos periodos consecutivos* dentro de un régimen presidencialista: «Al respecto, esta Corte advierte que la solicitud planteada por Colombia *solo se refiere a la reelección presidencial indefinida y no en general* a la figura de la reelección presidencial. Además, de la solicitud se infiere que las preguntas de Colombia se relacionan con la figura de la reelección presidencial indefinida *en un sistema presidencial*… como el descrito en el párrafo 87 infra. Asimismo, es necesario destacar que *no se hará referencia a la reelección indefinida de otros cargos distintos a la Presidencia*…, cuando no tenga el carácter de indefinida en los términos descritos en el párrafo anterior». (OC 28/21 párr. 39)

Más adelante, en otras secciones anuncia la estructura y contenido de su decisión: iniciará rememorando saberes sobre la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos, y los principios de la democracia representativa (también expuestos en el marco teórico): «A efecto de dar una respuesta adecuada a las preguntas realizadas, la Corte ha decidido estructurar la presente Opinión de la siguiente forma: (1) en el capítulo IV se realizan consideraciones sobre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos; (2) en el capítulo V se realizarán algunas consideraciones sobre los principios de la democracia representativa; (3) en el capítulo VI se responde la primera pregunta de Colombia, y (4) en el capítulo VII se responde la segunda pregunta». (OC 28/21 párr. 42)

– *Sobre la Democracia, el Estado de Derecho, y los derechos humanos* (incluidas las libertades y garantías); los jueces de la Corte IDH coinciden con la base teórica propuesta. Reafirman esta triada ingénita que las aglutina como piezas de una sola estructura multidimensional –política, garantista, social, económica, cultural y ambiental–, diseñada primordialmente para asegurar la vida digna de las personas dentro de una comunidad de gentes libres e iguales. Haciendo alusión a las OC-8/87 párr. 26, y OC 27/21 párr. 39:

> La Corte ha establecido, desde sus primeras decisiones, que «[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros». (OC-28/21 párr. 43)

Este es el Estado de valores, principios y leyes, creado por voluntad del pueblo, en el que cada ciudadano es libre para ejercer sus derechos respetando los de los demás –principio de fraternidad–, donde cada uno suma esfuerzos, para que todos puedan alcanzar su proyecto de vida dentro de su entorno social –valor de solidaridad–. Está comunidad está gobernada por su propia gente –representantes– elegidos con el concurso de todos los ciudadanos; estos servidores públicos en quienes se delega el ejercicio de la soberanía popular, no pueden concentrar el poder ni perpetuarse en su ejercicio; y, por el contrario, solo deben ocuparse de cumplir y hacer cumplir el Pacto Social –desglosado en normas específicas–, su permanencia en el gobierno tiene como único propósito alcanzar la justicia y el bien común.

La participación del titular de la soberanía se desdobla en el sufragio pasivo y activo; el primero implica participar en la conformación del poder público postulándose como candidato para optar a cargos de representación política: «El derecho a participar en elecciones comprende tanto al sufragio activo como al sufragio pasivo; y en particular este último consistirá en el *derecho individual de toda persona a postularse* –a través de los mecanismos y procedimientos legales vigentes– como candidato para ocupar un cargo determinado mediante el mandato otorgado por el pueblo a través del sufragio» (Pérez, 2010, pp. 158-159)

El sufragio activo es el derecho político más reconocido, como facultad individual, libre y secreta, a elegir un candidato de su confianza en las urnas; Manuel Aragón Reyes (2011), añade la «igualdad» y «periodicidad» complementando estos elementos.

Hoy se vislumbra con mayor claridad, la relación simbiótica entre la democracia, el Estado de Derecho, y los derechos humanos (y se extraña el derecho a la paz). En todas partes –*urbi et orbi*– los derechos políticos se consideran como las puertas hacia la democracia, el acceso a la interacción política y el ejercicio del poder por cada ciudadano; de ahí que tienen gran relevancia para los pueblos, y son especial-

mente protegidos por sus instituciones políticas y judiciales –además de las entidades interamericanas e internacionales–. La robusta protección a los derechos políticos se justifica en sí misma –como derecho habilitante y componente de la democracia–; se consolida aún más en este periodo de eclosión de la tecnología y del ejercicio de la ciudadanía digital, implica más información, permite mayor participación, promueve el debate y simplifica la percepción de la política. «(...) El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención». (Corte IDH, OC-28/21 párr. 57)

Ergo, *no existe Estado de Derecho sin democracia, y no existe democracia, sin respeto y protección de los derechos humanos* –haciendo énfasis en los derechos políticos–. «La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte». (OC-28/21 párr. 46)

Asiduamente se observan controversias intestinas entre los propios componentes de la democracia: 1. componentes axiológicos, Platón y Aristóteles identifican la justicia y libertad–; 2. Componentes principistas, Rousseau y Tocqueville, sustentan principios de soberanía e igualdad, Locke y Montesquieu, la separación de poderes (prohibición de concentración del poder), y Dahl que añade el pluralismo político, participación y competencia igualitaria además de los derechos civiles–; 3. componentes normativo-institucionales, sugeridos por Sartori y Bobbio, el respeto a los derechos, libertad de expresión y asociación, la seguridad; 4. además de otros, como la deliberación propuesta por Habermas (democracia deliberativa), o la rendición de cuentas y competencia política, propuestos por Prseworski. En este caso; los derechos individuales, como el postularse como elegible las veces que uno desee, o el elegir al candidato que uno prefiera; colisionan con dos de los principios primordiales de la democracia representativa, la alternancia y la renovación.

La corte despliega una frondosa base teórica sobre la *interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos*, sustentada en el principio democrático mayoritario con inclusión de las minorías; empero, citando el caso *Gelmans c/ Uruguay*, deja claro que: «*...existen límites a lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas*, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial» (OC-28/21 párr. 44).

Invoca la Carta Democrática Interamericana –Art.1– señalando que «Los pueblos de América tienen *derecho a la democracia* y sus gobiernos la *obligación de promoverla y defenderla*»; inmediatamente, citando su jurisprudencia (*caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008 párr. 141, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Sentencia de 8 de julio de 2020. párr. 93*), resalta la *importancia de los derechos políticos* contenidos en la Declaración

Americana y la Convención, como «Una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el *fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político*» (OC-28/21 párr. 57). Complementa la idea encumbrando el sufragio activo y pasivo, y realzando la valía del voto (OC-28/21 párrs. 61 y 62); y cierra esta primera parte anotando el caso Yatama Vs. Nicaragua, párr. 207, y *Castañeda Gutman Vs. México*. párr. 149: «El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente *en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión* de la voluntad de los electores».

– *Sobre los principios de la Democracia representativa,* la Corte IDH realza la Carta Democrática Interamericana (CDI), art. 3:

> Son *elementos esenciales de la democracia representativa,* entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Del mismo modo, cita el art. 4. CDI, mencionando que estas normas «… constituyen criterios orientadores para responder las preguntas planteadas en la solicitud de Opinión Consultiva» (OC-28/21 párr. 69).

Desarrollando los elementos supra-citados, aduce que «*los derechos humanos… no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías,* ya que… han sido concebidos como limitaciones al principio mayoritario… (su) protección… constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo *susceptible de ser decidido* por parte de las mayorías en instancias democráticas». (OC-28/21 párr. 70).

Queda claro que existen ámbitos en los que no es admisible el principio mayoritario; las exclusiones a la decisión mediante voto, protegen bienes jurídicos superiores que no pueden estar sujetos a la voluntad de mayorías coyunturales. El Estado de Derecho tiene el deber de salvaguardar los derechos humanos, incluso cuando las mayorías pretendan utilizar mecanismos de la democracia directa para imponer su voluntad –en menoscabo de éstos–; así, en Bolivia el Art. 13.I CPE fue desarrollado por la Ley del Régimen Electoral, haciendo prevalecer la inviolabilidad de los derechos humanos: «Artículo 14. (Exclusiones). No se podrá someter a Referendo las siguientes temáticas: e*) Vigencia de derechos humanos*».

Analizando el elemento de *acceso y ejercicio del poder*; la Corte IDH afirma que es necesario respetar la regulación sobre este delicado componente, especialmente por quienes están en función de gobierno y que muchas veces pretenden perpetuarse en el poder modificando las normas: «(…) no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político. La identificación de

la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas *es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático*, el cual se justifica realmente en el *respeto de las minorías y la institucionalización del ejercicio del poder político*, el cual está sujeto a *límites jurídicos* y sometido a un conjunto de controles. (OC-28/21 párr. 71)

Avanzando en las ideas fuerza que incidirán en las respuestas de la Corte; explica que, entre las reglas para el acceso al poder, está la «…obligación de *celebrar elecciones periódicas* [y] que los mandatos… deben tener un período fijo. Los Presidentes *no pueden ser elegidos por plazos indefinidos*. Este Tribunal resalta que la mayoría de los Estados Parte de la Convención incluyen en su legislación limitaciones temporales al mandato del Presidente». (OC-28/21 párr. 72).

Rememorando la Declaración de Santiago –12 al 18 de agosto de 1959 punto declarativo 3–, la Corte IDH afirma enérgicamente que: «*La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado* por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje *más a una autocracia* que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos. Concluyendo que: la periodicidad de las elecciones, también tiene como objetivo *asegurar que distintos partidos políticos* o corrientes ideológicas *puedan acceder al poder;* [y que] …los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano *incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder*». (OC-28/21 párr. 73, 74, 75 y 76).

Ahondando la argumentación sobre los principios y elementos de la democracia, la Corte propone el *principio de alternancia como garantía de renovación*, un mecanismo efectivo que asegure las condiciones de igualdad para el acceso al poder y la función pública. «[El] pluralismo político implica la *obligación de garantizar la alternancia en el poder*: que una propuesta de gobierno pueda ser sustituida por otra distinta, tras haber obtenido la mayoría necesaria en las elecciones. Esta *debe ser una posibilidad real y efectiva* de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y *reemplazar al partido gobernante*. (OC-28/21 párr. 77 y 78).

Cerrando el análisis de los principios democráticos, la Corte IDH reseña el principio de prohibición de concentración del poder o separación de funciones, señalando que: «La *separación del poder del Estado* en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que *la concentración del poder implica la tiranía* y la opresión,… supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado «*de frenos y contrapesos*» [determina] el *balance de poderes*… un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros… En efecto, la separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales, (OC-28/21 párr. 80, 82 y 83).

Como lógico resultado de lo argumentado, la Corte reafirma que: «… los principios de la democracia representativa incluyen, *además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político,* las obligaciones de *evitar que una persona se perpetúe en el poder,* y de *garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes*… Aclarando que: «El sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no imponen a los Estados un sistema político, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones [para]… ejercer los derechos políticos»; la diversidad de mecanismos para este cometido, corresponderá proporcionalmente a la idiosincrasia, heterogeneidad y complejidad, propia de cada Estado –«Las medidas que puede tomar el Estado *para evitar que una persona se perpetúe en el poder, y garantizar la separación de poderes* y la *alternancia en el poder* son variadas y dependerán del sistema político del país en particular–. (OC-28/21 párr. 84, 85 y 86).

– *Sobre la compatibilidad de la prohibición de reelección presidencial indefinida con la convención;* «La Corte previene que, de la primera pregunta planteada por Colombia, se desprenden dos temas principales: A) *si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano autónomo,* y B) *si la prohibición de*… [reelección] … *constituye una restricción de los derechos políticos* contraria a la Convención Americana». (OC-28/21 párr. 91)

– Respecto a «*La reelección presidencial indefinida como derecho humano autónomo»;* la Corte IDH identifica que «*…la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto* al cargo de la Presidencia…» *no se encuentra respaldado* por la normativa internacional de los derechos humanos, ni por normativa estadual. «Tampoco existe referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano en los tratados internacionales de derechos humanos en los sistemas universal, europeo y africano». (OC-28/21 párr. 94).

La Corte IDH recurre a la opinión especializada de la Comisión de Venecia –Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho–, este órgano consultivo del Consejo de Europa emitió un informe sobre los Límites a la Reelección en 2018, manifestando claramente que: «las cláusulas de limitación a la reelección presidencial se plasman en los capítulos constitucionales que se refieren a la institución de la presidencia y no en las declaraciones de derechos», y que «*…no existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección*. La posibilidad de presentarse para un cargo para otro período prevista en la legislación es una modalidad, o una restricción, del derecho a la participación» (OC-28/21 párr. 100 y 101).

Luego de la meticulosa argumentación, la Corte IDH responde claramente la primera consulta; «esta Corte concluye que *la «reelección presidencial indefinida» no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana* ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos…» (OC-28/21 párr. 102)

– En cuanto a, «*La compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con los derechos políticos*»; citando el Art. 23 CADH, «La Corte advierte que *la prohibición de la reelección presidencial indefinida constituye una restric-*

*ción al derecho a ser electo.* En este sentido, el Tribunal recuerda que *los derechos políticos no son absolutos*. [y que] Su ejercicio puede estar sujeto a regulaciones o restricciones…». Asimismo, previene que la regulación «*…busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno,* con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas» (OC-28/21 párr. 104 y 105)

Refiriéndose a la legalidad de las restricciones, cita textualmente la CADH art. 32.2 2. «*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos* y por las justas exigencias del *bien común,* en una sociedad democrática».; también despeja posibles confusiones aseverando que «…por el solo hecho de no estar incluida explícitamente en el artículo 23.2 las restricciones a la reelección presidencial indefinida, no implica que estas sean contrarias a la Convención» (OC-28/21 párr. 112 y). Repasando el caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. párr. 56, y el caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. párr. 105., la Corte IDH recuerda que: «un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, *perseguir un fin legítimo* y cumplir con los requisitos de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad*». –desarrollando cada requisito– (OC-28/21 párr. 114, 115, 116, 117 y 118).

Encauzando las coherentes reflexiones previas dirigidas a justificar *la finalidad legítima*, la Corte:

> …considera que la prohibición de la reelección presidencial indefinida *tiene una finalidad acorde con el artículo 32 de la Convención,* ya que busca garantizar la democracia representativa, sirviendo como salvaguardia de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. En particular, *la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca evitar que una persona se perpetúe en el poder,* y, de este modo, *asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder,* así como *proteger el sistema de frenos y contrapesos* que garantizan *la separación de poderes.* (OC –28/21, párr. 119)

Continúa abordando *la idoneidad de la medida:* «… tomando en cuenta *la concentración de poderes que tiene la figura del Presidente* en un sistema presidencial, *la restricción de la posibilidad de reelección indefinida es una medida idónea para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder* y que, de esta forma, no resulten afectados los principios constitutivos de una democracia representativa» (OC-28/21 párr. 119 y 120).

Con relación a *la necesidad de la restricción,* la «…Corte advierte que *no encuentra otras medidas igualmente idóneas para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder* y que de esta forma no *resulten afectados la separación de poderes*, el

*régimen plural de partidos* y organizaciones políticas, así como *la alternancia en el ejercicio del poder*». Agregando que, ante el predominio del órgano ejecutivo como distintivo del régimen presidencialista; «…*el cambio periódico del presidente* a través del proceso de elección *es el método perfecto* para evitar una excesiva concentración de poder.

En cuanto a *la proporcionalidad de la medida,* el tribunal interamericano entiende que: «…es necesario ponderar *si las ventajas que trae la prohibición de la reelección presidencial indefinida para la alternabilidad democrática* son proporcionales con respecto al *derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia* a ser reelecta..». y de igual forma *respecto a los ciudadanos* que tienen el derecho a elegir. Recapitulando; por una parte, ya se ha determinado que «…no existe un derecho autónomo a la reelección» y «…*solo* (se) *restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo la Presidencia*»; asimismo, se ha establecido que, «…*el derecho a votar* **…** protege que los votantes puedan elegir libremente *entre los candidatos inscritos, …* (y) no implica el derecho a tener opciones ilimitadas de candidatos».. (OC-28/21 párr. 122, 123, 124 y 125)

Finalmente, considerando que las «…exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia… [y] que esta limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad»; la «*Corte IDH concluye que la prohibición de la reelección indefinida es compatible* con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana» (OC-28/21 párr. 126)

– SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA CON LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS; la Corte reitera que «…el sistema interamericano, no imponen a los Estados un sistema político, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos». No obstante, les recuerda *el pacta sunt servanda***.:**

> Los Estados americanos asumieron la *obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia* dentro de sus países… [esto] implica que deben *realizar elecciones periódicas* auténticas, y tomar las medidas necesarias para *garantizar la separación de poderes, el Estado de Derecho, el pluralismo político, la alternancia en el poder y evitar que una misma persona se perpetúe en el poder* (supra párrs. 43 a 85 y 103 a 126) [;]…además de garantizar *el goce de los derechos políticos*»… De lo contrario, el sistema de gobierno no sería una democracia representativa. (OC-28/21 párr. 127, 128 y 129).

Invocando *precedentes* de tribunales prestigiados –Colombia, Ecuador, México–, pronunciamientos de la Comisión de Venecia y del Secretario de Naciones Unidas, sobre los límites al ejercicio del poder; el Tribunal Interamericano señala cuatro acápites concretos, que sustentan la conclusión de esta sección:

– «En primer lugar la Corte advierte que *el señalamiento de un período* para que el presidente elegido …*ejerza su mandato* es una de las principales características de los sistemas presidenciales, y de su observancia depende que los elementos constitutivos de una democracia representativa se preserven o se desfiguren a tal grado que, de hecho, *deba entenderse sustituida por otro sistema de gobierno, incluso contrario*».
  Expresando también, «…que *la permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios* y que, en consecuencia, minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas. (OC-28/21 párr. 131, 132 y 133)
– «En segundo lugar, *la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos* y movimientos políticos que integran la oposición», al no tener la certidumbre de alternancia o sustitución efectiva en el ejercicio del poder. (OC-28/21 párr. 134)
– «En tercer lugar, dependiendo de las competencias que cada Estado confiera a los Presidentes de la República, *la permanencia en el poder de un presidente por un largo período de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes*. (OC-28/21 párr. 139 y 140)
– «En cuarto lugar, …todo ciudadano tiene *derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos,* a ser electo y el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad».

  La Corte advierte que los Presidentes que buscan la reelección *tienen una amplia ventaja de exposición mediática y de familiaridad para los electores*… pueden *utilizar recursos públicos* para, directa o indirectamente, *favorecer su campaña de reelección*… Por tanto, este Tribunal considera que el cargo de la Presidencia brinda a la persona que lo ocupa una *posición privilegiada para la contienda electoral*. Mientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja. (OC-28/21 párr. 141 y 142)

Por último, esta Corte reitera que *el respeto al Estado de Derecho* implica que las personas que ejercen el poder deben *respetar las normas* que hacen posible el juego democrático. (OC-28/21 párr. 144)

La Corte IDH «…concluye que *la habilitación de la reelección presidencial indefinida obstaculiza que otras fuerzas políticas* distintas a la persona a cargo de la Presidencia *puedan ganar* el apoyo popular *y ser electas*, afecta *la separación de poderes* y, en general, debilita *el funcionamiento de la democracia*». (OC-28/21 párr. 146)

OPINIÓN

Finalmente, con la amplia y esmerada argumentación –que se ha tratado de sintetizar–, la Corte Interamericana de derechos Humanos, pronuncia la siguiente decisión:

«LA CORTE, DECIDE por cinco votos a favor y dos en contra, que:
1. *Es competente* para emitir la presente Opinión Consultiva, en los términos de los párrafos 14 a 41». (Disienten el Juez L. Patricio Pazmiño Freire y el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni).
«Y ES DE OPINIÓN (…) por cinco votos a favor y dos en contra, que:
2. *La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo* protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.
3. *La prohibición de la reelección indefinida es compatible* con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.
4. *La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa* y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte IDH expresó su opinión de forma clara y categórica, soterrando la reelección perpetua y la concentración de poder; preservando el Estado de Derecho, los derechos políticos, y la democracia representativa –con todos sus elementos y componentes–. No obstante, en Bolivia los partidarios de Evo Morales –muchos de ellos juristas– insisten en su re-postulación afirmando con desvergüenza que la OC-28/2021 «no tomó en cuenta la reelección no consecutiva».

La ambición desmedida por el poder y el miedo a las consecuencias por los excesos cometidos –contra el patrimonio del Estado y los derechos de la población–, azuzan a los «masistas evistas» a continuar desinformando y defender «el derecho a la reelección perpetua» cueste lo que cueste.

### 3.4. Sentencia Constitucional Plurinacional 1010/2023-S4 de 28 de diciembre

Rememorando brevemente el contexto; el ostensible rechazo del pueblo boliviano a la re-postulación de Evo Morales, obligó a su partido –MAS– a presentar otro candidato; tras el fiasco de la oposición que había gobernado interinamente entre la pandemia y numerosas denuncias de corrupción, el «Delfín» designado por Evo –ex ministro de Economía– Luis Arce Catacora, ganó las elecciones 2020 a 2025. Tras un corto lapso de ejercicio del poder, no tardaron en aflorar diferencias entre el nuevo presidente (Arce) y el líder del Partido (Evo), al extremo de dividir sus bancadas de diputados y senadores, e iniciar una abierta campaña de desprestigio mutuo y hasta de sus familiares cercanos –denuncias de corrupción, trata y tráfico de niñas, enriquecimiento ilícito, narcotráfico, y muchas más–.

La división del MAS tuvo secuelas inmediatas que deben mencionarse por su trascendencia en el caso estudiado: 1. Evo entendió que no podía gobernar por interme-

diarios –indirectamente–, y *volvió a insistir en su candidatura*; «´Me han convencido, «voy a ser candidato, me han obligado, la gente quiere´, dijo el expresidente el domingo a pocos días del congreso del MAS del 3 de octubre, al que está previsto que solo asistan sus seguidores, muestra de la división al interior del partido». (BBC, 2023); y 2. *Arce, había perdido el apoyo del Órgano Legislativo, recurriendo al Tribunal Constitucional Plurinacional para garantizar la gobernabilidad*. (Deber, 2024) «Un grupo de los parlamentarios de la fracción evista del Movimiento Al Socialismo (MAS) provocó, la mañana de este viernes, un nuevo escenario vergonzoso en la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), que intentaba instalar una sesión…con una serie de acciones violentas en las que incluso lanzaron tomates, arreglos florales y hasta echaron agua en contra del vicepresidente…». Estas dos variables políticas condicionaron los sucesos jurídicos ulteriores, disputas intestinas en la Asamblea Legislativa Plurinacional, y pugna de poder por la gobernabilidad –Legislativo opositor, Vs. Ejecutivo y TCP, oficialistas–.

Las medidas de hecho –protestas callejeras, bloqueos de carreteras, expulsión de policías y tomas de cuarteles militares–, sumadas a la presión política en el Órgano Legislativo –controlado por la oposición y los «pro evistas»–; obligaron al TCP pro «arcista» –la otra ala del MAS–, a intervenir directamente en el problema acudiendo nuevamente a las sentencias constitucionales del TCP –en connivencia con el gobierno, claro está–.

El 2023 transcurrió entre escaramuzas mediáticas, agresiones verbales y violencia material, también se presentaron duras contiendas orgánicas entre la ALP y el TCP; una de las secuelas de esta trifulca partidaria, es precisamente la citada Sentencia 1010/2025-S4 –dirigida a frenar las manifiestas aspiraciones presidenciales de Evo Morales–. Obviamente, hubo muchos otros problemas y verdaderos combates corporativos e institucionales; como muestra, los magistrados del TCP que concluían su mandato en diciembre de 2023 deciden «*auto-prorrogarse* con la anuencia del Gobierno, para luego «retribuir el favor» influyendo decisivamente en el desarrollo de las «elecciones judiciales» donde obligaron al Órgano Electoral a postergar y convocar a la elección parcial de magistrados.

Luego de este preámbulo, se analiza la SC 1010/2023-S4 de 28 de diciembre de 2023, subrayando el hecho que fue emitida en vigencia del periodo constitucional de mandato de los magistrados del TCP –que estaban a tres días de concluir su periodo de seis años–. Asimismo, se hace necesario mencionar que el asunto principal planteado en una Acción de Amparo Constitucional es ajeno a la reelección presidencial, y que el precedente indicativo sobre esa temática, es –cuando menos– irregular; sin embargo, funcionó como sustento jurídico para sustentar la ilegalidad de la reelección indefinida.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante denunció la lesión de sus derechos a la *libertad de expresión* y a *la ciudadanía* en sus dos elementos…; toda vez que, la Asamblea Legislativa Plurina-

cional estableció como un requisito común de la Convocatoria de 27 de marzo de 2023, para la Preselección de Candidatas o Candidatos para la Conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura (2023), «No haber expresado posturas políticas de manera pública», a ser acreditado mediante declaración jurada prestada ante un notario, sin considerar que es inverosímil que una persona en su vida no hubiera expresado posturas políticas de manera pública y que a los servidores públicos tampoco les está restringido expresar sus ideas políticas, lo que hace que el requisito sea de imposible cumplimiento, además de ser contrario a la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos».

«Por su vinculación con los derechos a la ciudadanía y los derechos políticos, que incluyen no únicamente el derecho a la libre expresión sino también, a ejercer la función pública; los cuales, deben ser protegidos en la reglamentación para la postulación al servicio judicial, *este Tribunal Constitucional Plurinacional, considera necesario y relevante analizar las limitaciones al derecho al sufragio pasivo*, como parte de los derechos políticos, y especialmente el de la posibilidad de *repostulación de los Magistrados* que conforman diferentes Tribunales tanto de la justicia constitucional como de la ordinaria y; por ende, se encuentran en actual ejercicio de jurisdicción y competencia, partiendo del análisis del principio de reserva constitucional; así como, las previsiones constitucionales respecto a *la reelección de autoridades en los otros Órganos que componen el Estado*, con especial énfasis en la forma de selección de las autoridades judiciales, ello en ejercicio de su labor de contralor de la constitucionalidad y el respeto y protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en aplicación de la libertad de libre configuración procesal, que será desarrollado más adelante.

El postulante a magistrado cuestiona un reglamento que limita principalmente su libertad de expresión y le impide ejercer su derecho a ser elegible –en la elección judicial–; el TCP entiende que también existen magistrados que postulan nuevamente a otros tribunales, y que al haberse invocado derechos políticos y la CADH, debe también pronunciarse sobre la reelección en otros órganos del Estado –como el Ejecutivo–.

OBITER DICTUM

*III.1. Principio de libre configuración procesal*

Previo a ingresar al fondo de la problemática planteada resulta necesario detenernos para analizar el principio de la libre configuración procesal que rige en materia constitucional, entendida como la facultad de los Jueces constitucionales para superar limitaciones formales del proceso y *proponer decisiones que respondan a un contexto de urgencia*, inmediatez y pronta restitución de los derechos fundamentales conculcados, que han de regular su dirección procedimental.

Evocan la adaptabilidad del derecho propuesta por Gustavo Zagrebelzky (El Derecho Dúctil), y justificando su intromisión –*extra petita*– que no es compatible con el principio de pertinencia, manifiestan: «Se trata de la potestad del Juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales, que permite al Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones, hacer dúctil el Derecho y los procesos constitucionales, a fin de alcanzar los fines constitucionales de los mismos. (SC-1010/2023-S4)

*III.2. Control de convencionalidad*

Como preludio a la aplicación de la Opinión Consultiva 28/21 de 5 de mayo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el TCP recapitula su propia jurisprudencia, resaltando la importancia del sistema interamericano para los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

> En efecto, al ser la CIDH el último y *máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos*, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del 'Estado Constitucional', que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer.
>
> III.3. Los derechos políticos
>
> Siendo que los derechos políticos no solo se encuentran internalizados en la norma constitucional boliviana, sino también y esto es importante, se encuentran establecidos en Tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos humanos, en su caso el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica» los reconoce, *siendo los derechos políticos fundamentales y muy importantes para una sociedad democrática,* por lo que los Estados tienen la obligación de establecer sistemas para hacer efectivo este derecho.

En las siguientes secciones, se citan normas concretas y jurisprudencia interna, abordando temas específicos que no incumben directamente al tema de la reelección presidencial, tales como: III.4. Contenido esencial del derecho al sufragio; III.5. Restricciones constitucionales del derecho al sufragio pasivo; III.5.1. Órgano Legislativo; III.5.2. Órgano Ejecutivo; III.5.3. Órgano Judicial –ampliado–; III.5.4. Órgano Electoral Plurinacional; III.6. Principios de reserva legal, judicial y del bloque de constitucionalidad –ampliado–; III.7. El derecho a la libertad de expresión; III.8. El derecho a la libertad de pensamiento; III.9. El principio de legalidad en el marco del Estado Constitucional de Derecho; y III.10. La inaplicación de una norma infra constitucional que vulnera derechos fundamentales y garantías constitucionales.

RATIO DECIDENDI

Finalmente, ingresan al «*III.11. Análisis del caso concreto*», donde analizan las excepciones a la subsidiariedad para luego resolver el asunto de fondo – «III.11.1. Sobre el derecho a la libre expresión y su restricción»–:

(...) el requisito analizado vulnera el derecho a la libertad de expresión porque castiga la expresión de posturas políticas de manera pública*, sin que dicha limitación haya sido establecida por una ley formal y material*, previa, expresa y taxativa y sin que se encuentre vinculada con algunas de las finalidades previstas expresamente por los instrumentos internacionales de derechos humanos ya referidos anteriormente, es evidente que también afecta el derecho a la ciudadanía en su elemento de concurrir como elegible a la formación y al ejercicio de funciones en los órganos de poder público, razón por la cual corresponde *conceder la tutela impetrada e inaplicar dicho requisito* comprendido en el art. 19.16 del Reglamento.

*III.11.2. Respecto al derecho a la repostulación de Magistrados en ejercicio del cargo*

En este apartado la Sala IV del TCP se basa en la OC-28/21 para aplicar el Control de Convencionalidad; ingresando al análisis de la reelección indefinida, aplicada a los magistrados del TCP y del Poder Judicial. «la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia... señaló que la reelección presidencial indefinida *no constituye un derecho autónomo,...* y finalmente, que la habilitación de la *reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa*». Reiterando, además:

(...) que la prohibición de la reelección presidencial... busca garantizar la democracia representativa sirviendo de salvaguarda de los elementos esenciales de la democracia... y busca evitar [que] una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, se asegure el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes, *tal interpretación es extensiva a la posibilidad de repostulación de las autoridades judiciales en ejercicio*, a un cargo similar en diferente Tribunal sea constitucional, ordinario, agroambiental o finalmente, al Consejo de la Magistratura, puesto que la función de administrar judicial es única y constitucionalmente atribuida a las diferentes jurisdicciones en el ámbito de sus respectivas competencias, motivo por el cual, *se entiende que su ejercicio tiene un tiempo de mandato de seis años constitucionalmente definido* y puede ser sujeto, como en los casos del órgano ejecutivo y legislativo a *reelección por única vez de manera continua, empero en diferente tribunal* a aquel en que cumplió función jurisdiccional.

El DECISUM

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Cuarta Especializada; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve:
CONFIRMAR la Resolución 024/2023 de 13 de abril, cursante de fs. 95 a 109 vta., pronunciada por los Vocales de la Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Beni; y, en consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada, en los mismos términos dispuestos por la Sala Constitucional. Todo conforme a los fundamentos de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

En la SCP 1010/2023-S4 de 29 de diciembre, el TCP ejerce el Control de Convencionalidad y aplica por primera vez la OC-28/21 en el sistema jurídico boliviano. Aunque es evidente que no analiza directamente la reelección presidencial, sin embargo, sí se pronuncia sobre la posibilidad de reelección de magistrados; por analogía, se deja el importante precedente de la «*reelección por única vez de manera continua*».

Como ya era expectable, los abogados «pro evistas» criticaron esta resolución debido a la «desnaturalización de una acción de amparo al ejercer el control de constitucionalidad», reiterando que la Corte IDH no había incluido la «reelección de manera discontinua»; además, arguyeron que la reelección de magistrados no tenía ninguna analogía con la elección presidencial. En estas circunstancias, se hizo necesario el pronunciamiento oficial de los nueve magistrados del TCP reunidos en Sala Plena. En estas circunstancias, un diputado de oposición presenta solicitud de *enmienda, complementación y aclaración* de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1010/2023-S4.

### 3.5. Auto Constitucional Plurinacional 83/2024-ECA de 1 de noviembre

(Auto de aclaración, complementación y enmienda)

En este periodo era notoria la efervescencia de los conflictos y de la violencia provocada por los afines al «evismo» –más de veinte días de bloqueos inclementes en carreteras y otras vías de transporte–, pretendiendo dejar a las ciudades sin alimentos ni carburantes, además de los permanentes enfrentamientos callejeros y tensión política; en el preludio del año electoral, el TCP tiene una nueva oportunidad para establecer y precisar, los límites a la reelección presidencial. «La sala plena del Tribunal Supremo Electoral (TSE) tomará en cuenta el Auto Constitucional 0083/2024 ECA de la Sala Cuarta del Tribunal Constitucional que determina que no se puede repostular por más de dos veces de forma continua o discontinua a un cargo electivo, como a la Presidencia y Vicepresidencia, entre otros, informó…». (Agencia Boliviana de Información, 2024).

Entre los argumentos principales de este «auto complementario», destaca la justificación para admitir la legitimación activa del presentante –como «tercero interesa-

do»–, sin habérsele tomado en cuenta en el trámite previo de la Acción de Amparo: «En ese sentido de protección, corresponde estimar a los terceros interesados con afectación directa a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, también como legitimados para interponer solicitud de aclaración, enmienda y complementación de un fallo, aun cuando no hubieran accionado en el mismo, como partes procesales ni como terceros interesados, haciendo uso del mecanismo previsto en el art. 13 del CPCo, a efectos de evitar una evidente vulneración del derecho inviolable a la defensa».

Ingresando a ampliar y precisar los fundamentos ya expresados en la SC 1010/2023-S4, la sala constitucional cuarta manifiesta:

> En lo que respeta al Órgano Judicial, (…) resulta evidente que la función de administrar justicia en el Estado boliviano es única, puesto que expresa las funciones del Órgano Judicial como integrante del Estado y del Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano constitucional con función directamente vinculada a la interpretación constitucional y el resguardo de los derechos y garantías constitucionales; razón por la cual, se entiende que su ejercicio tiene un tiempo de mandato de seis años constitucionalmente definido y puede ser sujeto como en el caso de los Órganos Legislativo y Ejecutivo, a *reelección por una única vez de manera continua, empero en diferente Tribunal* a aquel en que cumplió función jurisdiccional.
> (…) De lo glosado precedentemente, …el ejercicio de los cargos de las máximas autoridades de los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, si bien *pueden extenderse al ejercicio de un nuevo período constitucional similar al primero*, ya sea de manera continua; o solo a dos períodos constitucionales con intervalo de descanso entre ellos, cada uno de estos últimos correspondiente al término de duración establecido en la Constitución Política del Estado; es decir, de *cinco años para el Órgano Ejecutivo y Legislativo*, y de *seis años para el Judicial*. (…)
> Entonces, desde el criterio teleológico, *no es posible arribar a la conclusión de que, de manera discontinua, se pueda ser elegido nuevamente sin ningún límite*, habida cuenta que el fin del Constituyente es evitar de cualquier modo, la permanencia de una autoridad electa que integre los Órganos Legislativo y Ejecutivo, por más de diez años en total.

En el siguiente párrafo, la Sala Cuarta del TCP puntualiza la forma del cómputo de mandatos anteriores respecto a la reelección presidencial; aclarando que los periodos inconclusos –que no se completaron por diferentes circunstancias– será computado como uno completo; importante dilucidación que seguramente evitará muchas controversias futuras.

> (…) la única forma de acceder al cargo de Presidenta o Presidente del Estado es a través de una elección por sufragio… y *no haber ejercido por más de un mandato*

*constitucional anterior al mismo cargo*; y la pérdida o cesación de dicho mandato se produce por… muerte, renuncia, sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, por revocatoria de mandato o cumplimiento del periodo constitucional; …*sin embargo, sin duda alguna, constituye el cumplimiento y la existencia de dicho período, el mismo que será computado como uno completo*; pues *no resultaría razonable pretender… como inexistente ese período, el mismo que se consolidó a tiempo de la posesión* de dicha autoridad electa, al cargo de Presidenta o Presidente. (…)

De lo señalado, es posible concluir que el período de mandato de los representantes nacionales, se sujetará a las reglas constitucionales señaladas precedentemente, siendo posible *para los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el ejercicio de su mandato solo por dos períodos similares, sean estos continuos o discontinuos sin posibilidad de ampliarse a un tercer período, en ningún caso*. Y del *Electoral a uno solo*, sin posibilidad a reelección.

En el análisis del caso concreto y la petición; se aplica la interpretación previsora que incluye el dimensionamiento en el tiempo de los efectos de la resolución principal, desarrollando el efecto retrospectivo de las sentencias y resoluciones emitidas por la justicia constitucional.

Bajo ese contexto, resulta indudable que los precedentes constitucionales contenidos en la SCP 1010/2023-S4, son aplicables en el tiempo de manera retrospectiva, dado que simplemente configura la interpretación de lo consagrado en la Constitución Política del Estado, y por lo mismo, tiene plena validez y eficacia en el tiempo, al no encontrarse comprendida en ninguna de las prohibiciones para su procedencia, pues si bien *ya no puede afectar a ninguna de las situaciones pasadas*; es decir, a los períodos constitucionales de mandato que se produjeron y que ya concluyeron en tiempos pasados, *lo que no implica que éstos no deban reconocerse para el cumplimiento de la jurisprudencia constitucional recientemente emitida*, la que resulta plenamente aplicable a las situaciones en curso; es decir, a todo candidato, sin excepción alguna, que actualmente pretende incumplir lo determinado.

Lo que significa que *quienes hubieran ejercido dos mandatos continuos o discontinuos con anterioridad, ya no tienen posibilidad alguna de volver a postularse* ni ejercer el mismo cargo en ningún momento o circunstancia posible.

La parte resolutiva, aclara y complementa con prolijidad la SCP 1010/2023-S4, estableciendo precisiones importantes respecto a la reelección y duración total del mandato en cada uno de los órganos de gobierno –Ejecutivo, Legislativo, Electoral, Judicial y TCP (como órgano independiente)–.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Cuarta Especializada, en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 13.I del Código Procesal Constitucional; resuelve: HABER LUGAR a la solicitud de enmienda, complementación y aclaración de la SCP 1010/2023-S4 de 28 de diciembre, pretendida por el solicitante, con los Fundamentos Jurídicos desarrollados

en el presente fallo constitucional, los mismos que pasarán a ser parte indisoluble de la Sentencia Constitucional Plurinacional señalada. En ese orden, se dispone también la complementación de las siguientes conclusiones:

> **1°** Se aclararán los fundamentos del fallo principal, con los argumentos contenidos esta resolución constitucional, relativos a los precedentes constitucionales desarrollados en el mismo, en sentido que el período de mandato de los representantes nacionales, se sujetará a las reglas constitucionales señaladas en el mismo y en el Presente Auto Constitucional Plurinacional, *siendo posible para las autoridades electas de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el ejercicio de su período de mandato, únicamente por dos períodos, sean estos continuos o discontinuos. sin posibilidad de ampliar a un tercer mandato*; dado que, el fin del Constituyente, a partir de lo determinado por la Constitución Política del Estado en vigencia actual, es evitar de cualquier modo, la permanencia de un mandatario, en el caso de los *Órganos Legislativo Ejecutivo por más de diez años* en total; en el *Judicial por más de doce años*, y del *Electoral* a uno solo *sin posibilidad a reelección*; y,
> **2°** Se complementa el fallo, *extendiendo la prohibición absoluta de la Presidenta o Presidente del Estado de ingresar al mismo cargo, mediante las otras formas de acceso contenidas en los arts. 170 y 171 de la Constitución* Política del Estado (CPE); por lo tanto, *ninguna autoridad electa que hubiera superado dos candidaturas anteriores*, podrá (ser) candidato y menos ejercer los cargos de Vicepresidenta, Vicepresidente del Estado y Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de Presidenta o Presidente de la Cámara de Senadores ni de Diputados.

Esta aclaración y complementación, fue excesivamente criticada por los «juristas pro evo», acusando al impetrante del memorial de complementación, de ser parte de una conspiración política para excluir a Morales de las próximas elecciones nacionales; nuevamente, los partidarios de Evo se permitieron detractar esta nueva resolución del TCP, cuestionando su génesis jurídica –emitida por una sala de revisión de Acciones de Defensa sin competencia para ejercer control de constitucionalidad–. Era necesario el pronunciamiento oficial de los nueve magistrados del TCP reunidos en Sala Plena, esta última resolución –definitiva– se dejaría esperar casi un año y medio.

### 3.6. Sentencia Constitucional Plurinacional 7/2025 de 13 de mayo

**(Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, presentada por diputados de oposición)**

Con mayor ímpetu que en gestiones anteriores, y sabiendo que el 2025 se definía la transición del poder en Bolivia; prosiguieron y se intensificaron los conflictos políticos promovidos por los «movimientos sociales» afines al «evismo»; múltiples protestas llegaron hasta la puerta del Tribunal Supremo Electoral exigiendo que se inscriba a su

jefe como candidato. En medio de esta trifulca reiterada por varios años, el TCP emite la SC 7/2025, pretendiendo zanjar definitivamente las dudas generadas por redes sociales y por los juristas afines a Evo Morales.

Pese a conocerse y difundir esta última sentencia constitucional que inhabilita definitivamente a quienes aspiraban a la reelección indefinida, los «evistas» continuaron con las campañas de desinformación y engaño, difamando a las autoridades e instituciones –especialmente al TCP y al TSE (Tribunal Supremo Electoral)–.

> Desde la cuenta (del) presidente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), se informó que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) notificó oficialmente al TSE la sentencia constitucional 007/2025, que dispone que la reelección indefinida es inconstitucional. Sin embargo, *este contenido es falso,* la máxima autoridad del Órgano Electoral no se pronunció al respecto y esta cuenta suplanta su identidad. (Bolivia verifica, 2025).

En la última etapa del calendario electoral y con muy pocos días para revertir la inhabilitación constitucional del ex presidente Morales, sus sectarios convocaron a toda su gente –imponiendo multas y sanciones, o pagando lealtades–, llegado al extremo de bloquear carreteras internacionales, caminos vecinales y hasta las calles céntricas de varias ciudades. Ante la necesaria intervención de las fuerzas policiales, se suscitaron cruentos enfrentamientos, ocasionando muchos heridos y varios muertos; la escalada de violencia provocada por cizañeros afines a Morales, llegó hasta el uso extremo de explosivos y armas de fuego letales, culminando en el asesinato de cuatro policías (meses después se lograría la captura de varios dirigentes y del supuesto asesino).

> El ministro de Gobierno Ríos denunció que los policías «fueron vilmente asesinados por disparos de arma de fuego mientras cumplían su deber de proteger a la ciudadanía», en una jornada marcada por la violencia promovida por sectores radicales afines a Morales. «Lo que estamos viviendo no es una demanda social legítima, es una estrategia violenta para forzar una candidatura inconstitucional. Morales quiere imponer su candidatura e intereses personales, aún a costa de vidas humanas y por encima del pueblo boliviano». (El Deber, 2025).

A continuación, se esboza el contenido sintético de la sentencia constitucional que desesperó a los «evistas», a tal extremo, de sacrificar vidas, bloquear la economía, paralizar el legislativo, generar incertidumbre sobre las elecciones, menoscabar la democracia y arriesgar el Estado de Derecho.

> FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO
> Los accionantes demandan la inconstitucionalidad de los arts. 4 de la Ley de Aplicación Normativa –Ley 381 de 20 de mayo de 2013–; y, 52.III, 64 inc. D), 65 inc.

B), 71 inc. C) y 72 inc. B) de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de junio de 2010–, por ser presuntamente contrarios a los arts. 1, 11, 12, 156, 168, 285. II, 288, 410.II y 411.II de la CPE; toda vez que, el art. 4 de la Ley de Aplicación Normativa modifica materialmente la Disposición Transitoria Primera, parágrafo segundo del texto constitucional, respecto al principio de supremacía constitucional y el procedimiento previsto para la modificación de la Norma Suprema, fijando una nueva regla, cuando la Ley Fundamental prevé una condición diferente para su aplicación; y, los arts. 52.III, 64 inc. D), 65 inc. B), 71 inc. C) y 72 inc. B) de la Ley del Régimen Electoral, por omisión normativa, hacen inoperables los arts. 12, 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, todos con relación a la reelección de las autoridades electas por voto popular.

OBITER DICTUM

III.1. El control normativo de constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad

III.2. Sobre la interpretación conforme como pauta de interpretación constitucional y convencional

III.3. Sobre el alcance de los derechos políticos contenidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional

III.4. La aplicación directa de la Constitución

III.5. De la cosa juzgada constitucional. Control normativo

RATIO DECIDENDI

III.6. Análisis de fondo

Los accionantes demandan la inconstitucionalidad de las siguientes normas: **a)** Art. 4 de la Ley de Aplicación Normativa –Ley 381 de 20 de mayo de 2013– (norma que ya fue sometida a Control Constitucional por la DCP 0003/2013 de 25 de marzo); **b)** Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de junio de 2010–.

III.6.1. *Base de interpretación para el contraste constitucional*

– «Principio de Constitucionalidad» (Art. 410.I CPE Boliviana)

– «(…) principios pro persona o pro homine, el pro actione, favor debilis, de progresividad, favorabilidad, prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el de preferencia y eficacia de los derechos humanos, entre otros, los mismos que han sido aplicados por la jurisprudencia constitucional (SCP 1284/2014 de 23 de junio)»

– «…la SCP 0084/2017, que con relación a dicha problemática, señaló lo siguiente: «En ese sentido, es posible afirmar que el art. 23 de la CADH, en relación a los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, declara derechos más favorables… (y) garantiza el ejercicio del derecho democrático de ser elegible sin restricciones»

– …«la Opinión Consultiva OC28/21, el 7 de junio de 2021… pues aunque no son vinculantes en el sentido estricto de imponer una obligación de cumplimiento inmediato como las sentencias; no obstante, tienen un alto valor interpretativo y orientador»,

– «…la SCP 1010/2023-S4 y en el ACP 0083/2024-ECA» (ambas resoluciones del TCP sobre la reelección)
– «…Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014, en la que precisó que bajo determinados presupuestos, es posible reabrir un asunto que previamente fue examinado por la justicia constitucional, en consideración a interpretaciones sobrevinientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos…»
(ARGUMENTOS DE SUSTENTACIÓN)
– «En ese orden, la regla descrita en el art. 168 de la CPE, así como cuando corresponda, la regla prevista en los arts. 156, 285.II y 288 de la misma Norma Suprema, que guardan idéntica previsión, no puede ser desconocida por ningún órgano del Estado, *como tampoco puede ser desconocida por una ley ordinaria;* pues para su modificación *deben cumplirse con los presupuestos constitucionales y el procedimiento de reforma*…»
– «…el 21 de febrero de 2016, se llevó a cabo en Bolivia, un intento de modificación parcial de la Constitución, con el *referendo constitucional* aprobatorio en circunscripción nacional, convocado mediante la Ley 757 de 5 de noviembre de 2015, para que sea el pueblo boliviano el que apruebe o no la *reforma parcial del art. 168 de la CPE*, de modo que permita al Presidente y Vicepresidente del Estado, ser *reelegidos de manera indefinida*…el voto mayoritario del soberano fue por el *NO a dicha modificación constitucional* optando por conservar la voluntad del constituyente dispuesta en la regla de limitación al derecho político, de únicamente a una sola reelección…»
– «…en el marco de los criterios expresados por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-28/21…, que *el derecho a la reelección no constituye un derecho autónomo;* consiguientemente, la previsión contenida en el art. 168 de la CPE, en cuyo tenor establece la limitación de la reelección presidencial y vicepresidencial a *solo dos periodos como máximo*, implicando que dicha limitación comprende tanto a periodos continuos como discontinuos, es compatible con los criterios desarrollados en el mencionado instrumento internacional, y por tanto, con los principios de la democracia representativa, y por consiguiente, *su aplicación resulta necesaria y obligatoria* para todos los órganos del poder público».
– «…la SCP 1010/2023-S4, *se extiende a la reelección de manera discontinua*; bajo el entendido que la Norma Suprema limita dicha la posibilidad de ocupar esos cargos electivos hasta un *máximo de dos periodos constitucionales*, independientemente de si es de manera continua o discontinua, además de que dicha prohibición es absoluta,..».
– Conforme a «…la Opinión Consultiva OC-28/21 y el Informe de la Comisión de Venecia, *la prohibición de la reelección* en los cargos elegidos por voto popular en el Estado Plurinacional de Bolivia *tiene como objeto garantizar la democracia representativa,* que en tratándose de las autoridades comprendidas en dichos

artículos constitucionales, al ser las máximas autoridades ejecutivas y de control, fiscalización y legislativas del Estado, es visible la concentración de poder en su caso; por lo que, *establecer la limitación a la reelección* a sólo una vez de manera continua o discontinua, *resulta una medida idónea* para tal propósito».

– «*…la referida prohibición …afecta… a los ciudadanos en su derecho a elegir* o votar por la persona de su preferencia; empero, *estos sacrificios, …son menores* en comparación con los beneficios que conlleva para la sociedad la prohibición de la reelección indefinida, por cuanto *se fortalece la democracia participativa*, generando la posibilidad de nuevos liderazgos, partidos y movimientos políticos…»

– «*… la ausencia de una ley de desarrollo* que precise que la reelección es por una sola vez en los cargos de Presidente y Vicepresidente, así como de las y los asambleístas, las máximas autoridades de los órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos y los integrantes de los concejos y asambleas de los gobiernos autónomos, *no hacen inoperables las normas* contenidas en los arts. 12, 156, 168, 285.II y 288 de la CPE…dado que … *la norma constitucional es de aplicación directa* y obligatoria…; más aún si tienen que ver con el ejercicio y limitación de derechos fundamentales…»

– «Entonces, en el marco de las restricciones válidas y legítimas impuestas por el régimen constitucional y convencional, *la reelección por una sola vez continua o dos discontinuas, es la forma democrática diseñada por el constituyente* para materializar el estado plural en lo político, ello implica respeto a la alternancia y la dinamicidad política, evitando el anquilosamiento perjudicial para la sociedad.

– «(…) si bien, la SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, declaró: «…la APLICACIÓN PREFERENTE del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», por considerar que se trata de una norma más favorable en relación a los Derechos Políticos sobre los arts. 156, 168, 285,II y 288 de la CPE…; no obstante, la declaratoria de aplicación preferente, sin duda, *no tiene efectos derogatorios ni abrogatorios sobre las normas señaladas,* pues como precisa el art. 256 Constitucional, se trata únicamente de la interpretación de una situación determinada…; en ese contexto, esa labor hermenéutica *puede ser objeto de modificaciones o modulaciones* jurisprudenciales, como en el presente caso.

III.6.2. Examen de la constitucionalidad del art. 4 de la Ley de Aplicación Normativa –Ley 381–

– «… al guardar relación directa con la reelección de las autoridades electas y considerando lo determinado por la merituada Opinión Consultiva (28/2021); corresponde a este Tribunal, *reabrir el debate y reanalizar su constitucionalidad*, a partir de los *nuevos criterios* contenidos en el mencionado instrumento internacional emitido por la Corte IDH

– «… la frase «*elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución*», contenida en medio de la redacción del art. 4.I de la Ley de Aplicación Normativa, *resulta inconstitucional*, y por lo mismo, corresponde su expulsión de la norma

legal ahora analizada, …considerando que el término «una sola vez», implica también la *limitación de alcanzar a un tercer mandato*; superando…, las razones de la decisión y lo resuelto en la DCP 0003/2013 de 25 de abril».

– «… corresponde también, …por conexitud, *declarar la inconstitucionalidad* del parágrafo II del art. 4 de la Ley de Aplicación Normativa. Dado que la prescripción constitucional establece de manera absoluta, *sin limitaciones de tiempo ni espacio*, que los mandatos anteriores a la vigencia de la actual Constitución, deben ser tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones.

– «… el art. 4.I de la Ley 381, *no constituye una reforma constitucional* en cuanto a la problemática concreta relativa a la reelección, como tampoco vulnera el principio de supremacía constitucional; al subordinarse al contenido constitucional en los mismos términos, *debiendo comprenderse*, …que el texto previsto en dicho parágrafo, implica una limitación en el ejercicio de los derechos políticos, regulando a partir del art. 168 de la CPE, que el Presidente y Vicepresidente, están habilitados para una *reelección por una sola vez* de manera continua; debiendo entenderse que el término «una sola vez», implica también a la *imposibilidad de alcanzar a un tercer mandato, sea este de forma continua o discontinua*…

III.6.3. Análisis sobre los arts. 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026–

– «Consiguientemente, al *haber sido expulsado* parte del texto de los arts. 52.III, 4 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la Ley 026, los mismos ya no forman parte del ordenamiento jurídico vigente, en el texto normativo declarado inconstitucional; por lo que, *inviabiliza un nuevo control normativo* por parte de este Tribunal Constitucional Plurinacional;

III.6.4. Consideración final

– «Finalmente, resulta pertinente aclarar que los precedentes constitucionales contenidos en el presente fallo, son aplicables en el tiempo de manera *retrospectiva,* dado que lo expuesto configura la interpretación de lo consagrado en la Constitución Política del Estado vigente, y por lo mismo, tiene plena validez y eficacia en el tiempo, pues si bien ya no puede afectar a ninguna de las situaciones pasadas; es decir, a los periodos constitucionales de mandato que se produjeron y que ya concluyeron, … (empero) resulta plenamente aplicable a las situaciones en curso; es decir, a todo candidato, sin excepción alguna, que actualmente pretenda incumplir lo determinado. En ese sentido*, quienes hubieran ejercido dos mandatos continuos o discontinuos con anterioridad, ya no tienen posibilidad alguna de volver a postularse* ni ejercer el mismo cargo en ningún momento o circunstancia posibles.

RATIO DECIDENDI

– En ese sentido, se concluye que *la limitación dispuesta* en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, *a la reelección por una sola vez de manera continua,*

*aplicable también al periodo discontinuo*, conforme se estableció en la SCP 1010/2023-S4, *resulta de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del poder público,* sin que la ausencia de disposición legal constituya un óbice para su práctica.

– «… el ejercicio de dos mandatos presidenciales anteriores, conlleva una *prohibición absoluta de volver a ocupar el mismo cargo por tercera vez*, y por lo tanto, tampoco podrá acceder al mismo, por las otras vías consagradas en el art. 169 de la CPE; *extendiéndose por ello, la prohibición señalada,* a la postulación y ejercicio de funciones del reelecto por una sola vez, *a los cargos de Vicepresidenta; Vicepresidente, Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, como de Presidente de las Cámaras de Senadores y Diputados*.
– «(…) lo que implícitamente *prohíben* los arts. 156, 168, 285.II y 288 constitucionales, *es el ejercicio del mismo cargo de la autoridad electa, por más de dos periodos constitucionales*, limitándolo a la reelección por una sola vez; es decir, *más allá de los diez años*, ya sea de forma continua o discontinua;

DECISUM

POR TANTO, La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; resuelve, declarar:

1° La *constitucionalidad parcial del art. 4.I de la Ley de Aplicación Normativa* –Ley 381 de 20 de mayo de 2013–, condicionada a la interpretación realizada por el presente fallo constitucional, en sentido que el Presidente y Vicepresidente, *están habilitados para una reelección por una sola vez, sea este de forma continua o discontinua*, conforme establece el art. 168 de la Constitución Política del Estado (CPE), considerando que el término «una sola vez», implica también la *limitación de alcanzar a un tercer mandato*; superando con ello, las razones de la decisión y lo resuelto en la SCP 0084/2017 de 28 de noviembre;

2º La *inconstitucionalidad parcial del art. 4.I de la Ley de Aplicación Normativa*, en la frase «elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución», debiendo quedar redactado de la siguiente manera: «De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua»; y por conexitud, la *inconstitucionalidad del parágrafo II del mismo artículo*, por ser contrarios a la Disposición Transitoria Primera, parágrafo I y art. 168, ambos de la Constitución Política del Estado; superando con ello, las razones de la decisión y lo resuelto en la DCP 0003/2013 de 25 de abril; y,

3° La IMPROCEDENCIA de la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada contra los arts. 52.III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) de la *Ley del Régimen Electoral*. Todo conforme a los Fundamentos Jurídicos de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional. Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Esta sentencia se publica oportunamente, en medio de la acentuación de confrontaciones verbales y violencia material, empero, a tiempo para no dejar resquicio legal alguno que sea usado por los «evistas» para seguir sosteniendo un liderazgo indefinido. Aunque continuaron las peroratas de los «abogados masistas», al carecer de sustento jurídico para defender la ambición de poder de E. Morales, ni siquiera lograron inscribirle como candidato: (OEP, 2025) «Cinco organizaciones políticas y cinco alianzas políticas se encuentran habilitadas para participar de los comicios electorales que se desarrollará el próximo 17 de agosto. Así mismo se registraron dos Naciones, Pueblos, Indígena Originario Campesinos para participar en circunscripción especial. (…) El Presidente a.i. del TSE … informó, (que) se registraron en total a 3290 candidatas y candidatos…».

El calendario electoral prosiguió, aplicando firmemente la regla de prohibir la relección indefinida –todavía con algunas amenazas de convulsión aisladas–; el 17 de agosto se realizó la elección de representantes nacionales, con un epílogo electoral sorpresivo que situó en el primer lugar a un candidato que no figuraba entre los tres favoritos –el «evismo» no participó formalmente en las elecciones–. (La Tercera, 2025). «Elecciones presidenciales en Bolivia: Rodrigo Paz gana en primera vuelta y se perfila balotaje con Jorge «Tuto» Quiroga. (…) El oficialismo del MAS-ISPS quedó relegado al sexto lugar».

La SCP 7/2025 de 13 de mayo, es el instrumento jurídico que sotierra definitivamente las aspiraciones incásicas de Evo Morales, y también las pretensiones absolutistas de muchos politiqueros bolivianos que detentan el poder por décadas; por decisión unánime de Sala Plena, el TCP ratifica el Control de Convencionalidad realizado por la SC 1010/2013-S4 –aplicando la OC 28/2021 Corte IDH–; finalmente, se sanea la artificiosa y errónea interpretación de la DCP 3/2013 y la SCP 84/2017, reconduciendo debidamente la reelección presidencial en Bolivia.

## 4. CONCLUSIONES

La Organización de Estados Americanos (OEA) ha reafirmado la importancia de resguardar la democracia, para fortalecer el Estado de Derecho y optimizar la protección de los derechos humanos; en esta triada, cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

La democracia es un valor social esencial y un principio indispensable, para garantizar la paz y los derechos políticos de los ciudadanos. Su definición es necesariamente tridimensional: se inspira en los valores de justicia, libertad, igualdad; se estructura sobre los principios de soberanía popular, prohibición de concentración de poder, transparencia, pluralismo político, alternancia, renovación (además de otros), y actualmente se reconoce como un derecho de los pueblos.

La Soberanía popular es la manifestación primaria del poder que se auto-limita voluntariamente por medio de la Constitución; como principio democrático, se sustenta

en la decisión de las mayoritarias –velando por el respeto e inclusión de las minorías–, y la institucionalización del ejercicio del poder. Complementando, la Corte IDH ha establecido que los derechos humanos no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que han sido concebidos como limitaciones al principio mayoritario, su protección constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido.

El principio de Prohibición de concentración de poder determina la interdicción de la arbitrariedad, y establece la separación de su ejercicio en el Estado –en distintas ramas y órganos–; supone la existencia de un sistema de frenos y contrapesos, control político y fiscalización, como regulador constante del equilibrio. La permanencia de una persona en las mismas funciones de forma ilimitada propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios, esta modalidad de concentración del poder implica tiranía y opresión. La Corte IDH ha definido que la reelección presidencial indefinida, es la permanencia en el cargo por más de dos períodos consecutivos de duración razonable.

Los elementos esenciales de la democracia representativa son: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas, basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. Además de la obligación, de garantizar la alternancia y evitar que una persona se perpetúe en el poder.

La Alternancia es el principio de la democracia representativa que encausa el pluralismo político, asegurando que distintos partidos o corrientes ideológicas puedan acceder al poder y la función pública en condiciones de igualdad; la Corte IDH propone el principio de alternancia como garantía de renovación, una posibilidad real y efectiva de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y reemplazar al partido gobernante.

Los Derechos Humanos son normas fundamentales inmanentes a la dignidad de la persona, y componentes cardinales de la Democracia, el Estado tiene el deber de respetarlos y protegerlos. Desplegando el valor de la solidaridad y el principio de fraternidad; el bien común y el interés público, son barreras naturales para el libre ejercicio de los derechos individuales; los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos. Un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La Corte IDH ha definido que la prohi-

bición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana.

El sufragio activo es el derecho de los ciudadanos a participar en la elección de sus representantes mediante el voto, en condiciones de igualdad, libertad y periodicidad, conforme a los principios del Estado democrático de Derecho; el derecho a votar denota que los votantes puedan elegir libremente entre los postulantes y partidos –debidamente inscritos, empero, esto no implica el derecho a tener opciones ilimitadas de candidatos.

No existe el derecho político autónomo «a la reelección indefinida», la Corte IDH y la Comisión de Venecia han reiterado que no existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección. La permanencia en el poder de un presidente por un largo período afecta la independencia y la separación de poderes, sobre todo en los países latinoamericanos que se caracterizan por el modelo híper-presidencialista; los Presidentes que buscan la reelección tienen una amplia ventaja mediática con los electores y utilizan recursos públicos en su campaña, a mayor tiempo de permanencia, mayor será la ventaja sobre otros candidatos.

Guiados por la Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte IDH y el Informe de la Comisión de Venecia; el TCP ha determinado que la prohibición de la reelección en los cargos elegidos por voto popular en el Estado Plurinacional de Bolivia, tiene como objeto garantizar la democracia representativa; ergo, establecer la limitación a la reelección a sólo una vez de manera continua o discontinua, resulta una medida idónea para tal propósito.

La reelección por una sola vez continua o dos discontinuas, es la forma democrática diseñada por el constituyente boliviano para materializar el estado plural en lo político, ello implica respeto a la alternancia y la renovación efectiva en los órganos del poder público. La referida prohibición afecta a los ciudadanos en su derecho a elegir o votar por la persona de su preferencia; empero, estos sacrificios, son menores en comparación con los beneficios que conlleva para la sociedad, por cuanto se fortalece la democracia representativa, generando la posibilidad de nuevos liderazgos, partidos y organizaciones políticas.

En Bolivia el Presidente y Vicepresidente están habilitados para una reelección; quienes hubieren ejercido dos mandatos continuos o discontinuos con anterioridad, ya no tienen posibilidad alguna de volver a postularse ni ejercer el mismo cargo en ningún momento; esto conlleva la prohibición absoluta de volver a ocupar el mismo cargo por tercera vez. La limitación señalada, se extiende a la postulación y ejercicio de funciones del Vicepresidente, Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y del Presidente de las Cámaras de Senadores y Diputados; asimismo, alcanza a los Magistrados del Órgano Judicial y TCP, quienes pueden re-postular solo una vez –pero a un Tribunal diferente a aquel en que cumplieron función jurisdiccional.

En el Estado Boliviano, la duración máxima del mandato en los Órganos Legislativo y Ejecutivo, es de diez años en total; en el Órgano Judicial y TCP, doce años; y de

6 años en el Órgano Electoral, –este último sin posibilidad de reelección–. En caso de pérdida o cesación de mandato, por muerte, renuncia, sentencia condenatoria ejecutoriada, revocatoria de mandato, o cumplimiento del periodo constitucional; el mismo será computado como un periodo completo, al haberse consolidado a tiempo de la posesión de la autoridad electa.

En diferentes periodos –2013 y 2017–, el TCP emitió interpretaciones forzadas sobre la reelección presidencial, favoreciendo la re-postulación del candidato y gobernante; recientemente –2023, 2024 y 2025– el TCP ha realizado una mejor labor hermenéutica, guiado por la OC 28/21 de la Corte IDH; estas resoluciones, también fueron cuestionadas por favorecer al gobierno de turno y perjudicar la candidatura del anterior presidente. Ante esta discrepancia de perspectivas partidistas, es innegable el influjo político sobre el sistema de justicia boliviano, y concretamente sobre el TCP; la independencia de poderes está socavada por un acentuado presidencialismo, agravado por la sucesiva reelección de la misma persona.

El estudio del caso boliviano, demuestra que la reelección indefinida debilita el sistema de partidos, obstruye la alternancia, desnaturaliza el principio mayoritario –como sostén de la soberanía popular–, contribuye a la concentración del poder, menoscaba la democracia representativa y amenaza el Estado de Derecho. Como alternativa necesaria, razonable y proporcional; la limitación del periodo de mandato, ha contribuido –y contribuirá– a la efectiva renovación de líderes y partidos políticos; recuperando los valores y principios democráticos que hacen posible la transición pacífica del poder, ahuyentando el autoritarismo.

*SOBRE EL CARÁCTER DEMONÍACO DEL PODER*

*El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder.*

*(Loewenstein, 1975, p. 28)*

## BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA BOLIVIANA DE INFORMACIÓN, *Vocal del TSE anticipa que para comicios de 2025 se tomará en cuenta fallo que pone límites a la repostulación presidencial*, 2024, noviembre 8. https://www.abi.bo/index.php/polititca2/57179-vocal-del-tse-anticipa-que-para-comicios-de-2025-se-tomara-en-cuenta-fallo-que-pone-limites-a-la-repostulacion-presidencial

ACTON, Lord, *Ensayos sobre la libertad y el Poder*. Nueva York: 1955.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.

BBC News, *Bolivia: aprueban ley electoral*. *BBC News*, 2009, abril 14. https://news.bbc.co.uk/

BBC News, *Bolivia dice «No» en referendo a otra reelección de Evo Morales,* 2016, febrero24.https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160223_bolivia_evo_morales_referendoresultado_ep

BBC News, *Informe de la OEA sobre Bolivia concluye que hubo «manipulación y parcialidad» en los comicios del 20 de octubre,* 2019, noviembre 5. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50666779

BBC, *Coronavirus: Bolivia deja sin fecha sus elecciones presidenciales debido a la pandemia de covid-19*, 2020, marzo 22. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51992260

BBC News, *Evo Morales vs. Luis Arce: 3 momentos que explican la profunda división del MAS, el partido de izquierda que domina la política en Bolivia desde hace 17 años,* 2023, septiembre 27, https://www.bbc.com/mundo/articles/c98dgqjgrrro

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

BOLIVIA, *Constitución Política del Estado*, Ed. Tribunal Constitucional, 2009.

BOLIVIA, *Código Procesal Constitucional*, Ley N.º 254, 5 de julio de 2012, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2012.

BOLIVIA VERIFICA, *El presidente del TSE no se pronunció sobre la sentencia del TCP que ratifica que la reelección indefinida es inconstitucional*, 2025, mayo 16. https://boliviaverificaelecciones.bo/el-presidente-del-tse-no-se-pronuncio-sobre-la-sentencia-del-tcp-que-ratifica-que-la-reeleccion-indefinida-es-inconstitucional/

CAJIAS, Magdalena, *Constitución, desarrollo y crisis de Estado*. Bolivia su historia tomo VI, La Paz, 2015.

CALDERÓN, Fernando, & GAMARRA, Eduardo, *Crisis, inflexión y reforma del sistema de partidos en Bolivia,* Colombia Internacional, (58), 90–123, 2003.

CNN, *Evo Morales renuncia en medio de acusaciones de fraude electoral y crisis política en Bolivia,* 2019, noviembre 10. https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/10/evo-morales-renuncia-en-medio-de-acusaciones-de-fraude-electoral-y-una-crisis-en-bolivia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-141/10* (26 de febrero de 2010, FJ 7). Bogotá, Colombia. https://www.corteconstitucional.gov.co

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2003). *Sentencia C-551*. Bogotá, Colombia 2003.

CORTIÑAS PELÁEZ, León, *De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en derecho administrativo*, Revista de la Facultad de Derecho (Uruguay), 1992. CORTIÑAS PELÁEZ, León, *Teoría general de los cometidos del Poder Público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)*, Revista de Administración Pública, 1986.

DAHL, R. Alan, *La democracia y sus críticos*, Barcelona: Paidós, 1989.

DE LA VEGA, Manuel Augusto, *Poder constituyente y poder de reforma en la constitución de 1812*, p. 62, 2012.

DEFENSORÍA DEL ESTADO, *Informe defensorial sobre los acontecimientos ocurridos en Sucre, entre el 23 y 25 de noviembre de 2007*, La Paz, 2008.

DW, *Evo Morales anuncia nuevas elecciones en Bolivia*. Deutsche Welle. 2019, noviembre 10, https://www.dw.com/

DW, *OEA exige nuevas elecciones con otro tribunal en Bolivia,* 2019, noviembre10. https://www.dw.com/es/oea-recomienda-nuevas-elecciones-con-otro-tribunal-en-bolivia/a-51189320

EL DEBER, *Un civil y cuatro policías muertos en choques durante bloqueos por candidatura de Morales,* 2025, junio 12. https://eldeber.com.bo/pais/un-civil-y-cuatro-policias-muertos-en-choques-durante-bloqueos-por-candidatura-de-morales_518425

EL DEBER, *¡Escandaloso! Evistas generan destrozos en la Asamblea y se suspende la sesión en la que Arce debía dar su informe,* 2024, noviembre 8, https://eldeber.com.bo/pais/escandaloso-evistas-generan-destrozos-en-la-asamblea-y-se-suspende-la-sesion-en-la-que-arce-debia-da_390675

EL PAÍS, *El choque entre el Parlamento y el Gobierno por la fecha de las elecciones eleva la tensión en Bolivia,* 2020, mayo 1. https://elpais.com/internacional/2020-05-01/el-choque-entre-el-parlamento-y-el-gobierno-por-la-fecha-de-las-elecciones-eleva-la tension-en-bolivia.html

FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

FIX-ZAMUDIO, H. *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*. En *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (p. 15). México, 1971.

FRANCE 24, *Tras informe de la OEA, Evo Morales convoca a nuevas elecciones en Bolivia,* 2019, noviembre 10. https://www.france24.com/es/20191110-oea-recomienda-repetir-elecciones-bolivia

HELD, David, *Modelos de Democracia*. Universidad de Stanford. California: 1987.

HESSE, Konrad, *Democracia, Escritos de derecho constitucional,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo y CEPCO, 2011, págs. 131-150.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS. *Diccionario Electoral* –INEP, México, 2006.

KANT, Emmanuel, *Proyectos para la paz perpetua*. Colombo: 1946.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*. Milán: 1952.

LA TERCERA, Elecciones presidenciales en Bolivia: Rodrigo Paz gana en primera vuelta y se perfila balotaje con Jorge «Tuto» Quiroga, 2025, agosto 17. https://www.latercera.com/mundo/noticia/elecciones-presidenciales-en-bolivia-conteo-rapido-da-como-vencedor-a-rodrigo-paz/

LÓPEZ, LUIS ENRIQUE. (2009). Plurinacionalidad y ciudadanía en Bolivia: revisión de un largo recorrido y situación actual Vol 2, No. 2 septiembre.

MAYORGA, Fernando, *Antes y después del referendo*. KIPUS. Cochabamba: 2019.

MAYORGA, René Antonio, *La crisis del sistema de partidos políticos en Bolivia*: causas y consecuencias. *Cuadernos del Cendes*, *21* (57), 83-114, 2004. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S101225082004000300005&lng=es&tlng=es.

MIRANDA PACHECO, Carlos, «Los hidrocarburos bolivianos. Primeros 20 años del Siglo XXI», en QUINTANILLA BALLIVIAN, Eduardo (dir.), *Bolivia Siglo XXI, De la República al Estado Plurinacional*, La Paz, 2021, pp. 163-178.

OEP, *TSE presenta la lista oficial de candidatos habilitados para las Elecciones Generales*, 2025, junio 6. https://web.oep.org.bo/institucional-institucional/el-tse-presenta-la-lista-oficial-de-candidatos-habilitados-para-las-elecciones-generales-2025/

OPINION, *Creen que se desgastó en el tiempo. Del uso de la fuerza al manejo de la pandemia: cómo Áñez baja el telón*, 2020, octubre 4, https://www.opinion.com.bo/articulo/escenario-politico1/uso-fuerza-manejo-pandemia-como-anez-baja-telon/20201102161111793917.html

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*, 2001. https://www.oas.org/es/democratica/carta_democratica.asp

PÉREZ CORTI, José María, *Ensayos sobre Derecho Electoral*, Editorial: Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral, (UNAM), 2010.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Roma: 1973.

RUSIA. *Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1918*. https://www.marxists.org/espanol/tematica/constituciones/1918.htm

SAGÜÉZ, Néstor, P.: *La interpretación Judicial de la Constitución*, Ed. De palma, Argentina, PP. 36 y 37, 1998.

SAGÜÉS, Néstor, P.: *La Constitución bajo tensión*, UNAM, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional*. Cochabamba: CEDIB, 2007.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* (1.ª ed.). Altamir, 1994.

SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniraria constitucional comparada. Una investigación de estructuras incentivos y resultados,* México, 1994.

THE GUARDIAN, *El presidente boliviano Evo Morales dimite tras la disputa por los resultados electorales*, 2019, noviembre 11. https://www.theguardian.com/world/2019/nov/10/bolivian-president-evo-morales-resigns-after-election-result-dispute

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1963.

TOCQUEVILLE, A. de. (2009). La democracia en América (G. R. Vázquez, Trad.). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1835).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia 51/2017, de 10 de mayo*. BOE núm. 142, de 15 de junio de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (2023, octubre 20). *Sentencia Exp. N.º 00001-2023-PI/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00001-2023-AI.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional 84/2017 de 18 de noviembre, 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril, 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional 84/2017 de 28 de noviembre de 2017.

VALBRUZZI, Marco, *Misurare l´alternanza, la sua pratica* e *la sua macanza*. Bologna: En Il Potere dell´Alternanza. Teorie e ricerche sui cambi di governo (a cura di Gianfanco Pasquino e Marco Valbruzzi), Bononia University Press, 2011.

# Control de constitucionalidad y el papel del Tribunal Constitucional portugués en materia ambiental

# Control de constitucionalidad y el papel del Tribunal Constitucional portugués en materia ambiental[1]

*Mariella Kraus*
*Doctora en Derecho Comparado y Procesos de Integración por la Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli», Italia.*
*Especialización en Derecho Constitucional por la Academia Brasileña de Derecho Constitucional – ABDConst, Brasil*

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES

El Poder Judicial desempeña un papel relevante en la protección de los derechos fundamentales y, en general, en la adecuación del ordenamiento jurídico a los principios constitucionales[2]. Ello se debe a que el modelo de constitucionalismo de los derechos presupone la existencia de un control judicial de constitucionalidad, con el fin de verificar la conformidad de las leyes u otros actos jurídicos con la Constitución. Dado que la Constitución es la principal fuente del Derecho, resulta inevitable que ocupe un lugar central en el juego de la argumentación jurídica, en un sistema de control centralizado de constitucionalidad se trata de la aplicación judicial de la Constitución[3].

Portugal adopta la concepción de la separación de poderes en la división y organización del Poder Público para concretar un sistema armónico orientado a la de-

[1] El presente artículo se ha elaborado a partir de la investigación realizada en ambito doctoral de la autora, titulada «Environmental Protection in Portugal and Brazil: The Structure of Multilevel Systems and the Role of Constitutional Courts».

[2] Para profundizar: PEGORARO, Lucio, La Corte Costituzionale: un «potere aristocratico» a custodia della Costituzione?, Vicenza, Accademia olimpica, 1996.

[3] PINO, Giorgio, Il costituzionalismo dei diritti. Strutura e limite del costituzionalismo contemporaneo, Bologna, il Mulino, 2017, p. 25, 39.

mocratización del Estado y a la consecuente aplicación judicial de la Constitución. El Poder Judicial es uno de los poderes de la República que detenta soberanía en su actuación y funcionamiento, precisamente para viabilizar la aplicación judicial de su Constitución –como, por ejemplo, en la protección constitucional del ambiente.

La jurisdicción constitucional cumple cuatro funciones principales: limitar el Poder Público, asegurar la protección de minorías y de derechos fundamentales, corregir desajustes del Legislativo y preservar la Constitución[4]. Desde esa perspectiva, el examen jurisdiccional a la luz de la Constitución garantiza la observancia de la separación de poderes, de modo que la actuación estatal se concrete por medio de mecanismos de frenos y contrapesos.

Así, la jurisdicción constitucional se vincula al contexto democrático en la medida en que posibilita la realización de la función contramayoritaria, evitando la ruptura de directrices constitucionales por apelaciones populares, en especial aquellas de corte antidemocrático o inconstitucional[5].

En este contexto, la Corte Constitucional desempeña un papel fundamental, sobre todo en Estados que tienen por valor esencial la separación de poderes y que han constitucionalizado la tutela ambiental como bien jurídico –como sucede en Portugal.

Las Cortes Constitucionales tienen como atribución principal el control de la constitucionalidad de las leyes; son una pieza clave del juego democrático para garantizar el equilibrio del sistema de separación de poderes mediante *checks and balances*. Dicha atribución se basa en la idea de protección y salvaguarda de la Constitución y de los principios por ella regidos. Para ello, es fundamental asegurar la autonomía e independencia de la Corte, afirmando la legitimidad de la jurisdicción constitucional, especialmente en lo que atañe al control de constitucionalidad[6].

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA AMBIENTAL EN PORTUGAL

### 2.1. Características del Tribunal Constitucional portugués

La organización judicial portuguesa contempla dos jurisdicciones distintas: la común y la administrativa[7]. La jurisdicción administrativa se compone de Tribunales

[4] ABBOUD, Georges, Processo Constitucional Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

[5] ZAGREBELSKY, Gustavo, Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Traducido por Manuel Martinez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 10-12.

[6] PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo. Derecho constitucional comparado, Tomo 2, Sistemas constitucionales, Buenos Aires: Astrea, Torino, G. Giappichelli, 2018, p. 332 ss.

[7] COIMBRA, José Duarte, «Contencioso Ambiental», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. I, Parte Geral, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 634 ss.

Administrativos y Fiscales, Tribunales Centrales Administrativos y, en la instancia superior, del Supremo Tribunal Administrativo[8].

En cuanto a la jurisdicción común, que abarca las materias civil y penal, sus órganos están constituidos por los Tribunales Judiciales de Comarca, los Tribunales de Relación y, en última instancia, el Supremo Tribunal de Justicia. Además de estas jurisdicciones, el ordenamiento portugués incluye la jurisdicción del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, de los Tribunales Arbitrales y de los juzgados de paz[9].

La organización de la jurisdicción portuguesa está prevista en la Constitución a partir de su art. 202.º[10], y el art. 209.º[11] establece la organización de los tribunales, además del Tribunal Constitucional, como el Supremo Tribunal de Justicia y los tribunales judiciales de primera y segunda instancia; el Supremo Tribunal Administrativo y los demás tribunales administrativos y fiscales; y el Tribunal de Cuentas.

Las cuestiones relativas al medio ambiente son competencia de los Tribunales Administrativos, cuya última instancia recursiva es el Supremo Tribunal Administrativo[12]. Las acciones judiciales relacionadas con el medio ambiente llegan al Tribunal Constitucional cuando existe una discusión sobre la constitucionalidad de una norma vinculada al tema o por medio de procesos específicos.

El Tribunal Constitucional portugués es una institución especial[13], pues ejerce funciones jurisdiccionales pero no está integrado en el mismo sistema de tribunales comunes. Posee autoridad específica en lo que concierne a los juicios de conformidad de las normas jurídicas con la Constitución y su interpretación, aunque no es el único órgano de control (participan también todos los tribunales del sistema portugués a través del control difuso). Tiene la última palabra en cuestiones de constitucionalidad, pero no se sobrepone al legislador en la tarea de creación normativa[14].

---

[8] ORRÙ, Romano, «Il Portogallo», en CARROZZA, Paolo, DI GIOVINE, Alfonso, y FERRARI, Giuseppe F. (dir.), Diritto costituzionale comparato, Tomo I, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 267-268.

[9] MORAES, Daniela Marques de, y VIEIRA, Guilherme Gomes, «A Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português», en MORAIS, Carlos Blanco de, y PANSIERI, Flávio (dir.), Avanços da Jurisdição Constitucional: diálogos Brasil-Portugal, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, 2022, p. 325.

[10] Cf.: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Introdução à justiça constitucional, Coimbra, Edições Almedina, 2021.

[11] PORTUGAL, Assembleia da República, Constituição da República Portuguesa, Texto completo disponible en: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx

[12] ORRÙ, Romano, «La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese», en FERRARI, Giuseppe Franco, y GAMBARO, Antonio (dir.), Corti nazionali e comparazione giuridica, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; ORRÙ, Romano, «La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, Coimbra Editora, 2006, p. 294-295.

[13] Tribunal Constitucional de Portugal: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-apresentacao.html

[14] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 40 anos Guardião da Constituição, Visita guiada a la Corte realizada durante el periodo de investigación realizado en Portugal, Lisboa, octubre de 2023.

Como señala Miranda, el Tribunal Constitucional tiene, entre otras funciones, la función específica de garantizar que el legislador se guíe por la Constitución en el ejercicio de sus competencias constitucionales[15]. Es decir, su función principal es el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, tal y como establece el art. 221.º de la Constitución[16].

Al no estar integrado en la organización de los demás tribunales, el Tribunal Constitucional detenta una jurisdicción constitucional autónoma, como destaca Costa[17], y presenta varias especificidades, especialmente en cuanto a su *composición*, *funcionamiento* y *competencia*.

En cuanto a su *composición* (art. 222.º de la Constitución), el Tribunal Constitucional está compuesto por trece Jueces Consejeros: diez son elegidos por la Asamblea de la República y tres son escogidos por los jueces ya electos por dicha Asamblea[18]. Solo pueden ser elegidos ciudadanos portugueses en pleno goce de sus derechos civiles y políticos que sean doctores, maestros o licenciados en Derecho, o jueces de los demás tribunales.

Los Jueces Consejeros tienen un mandato de nueve años no renovable. El desempeño del cargo es incompatible con cualquier otra función pública o privada, salvo actividades docentes o de investigación científica, siempre que no sean remuneradas[19].

En cuanto a su *funcionamiento* (art. 224.º de la Constitución), las decisiones del Tribunal se adoptan por mayoría de votos y el Presidente tiene voto de calidad. Aunque cada Juez Consejero posee un voto, el Tribunal Constitucional es un órgano colegiado: en el ejercicio de sus funciones, cada juez considera las posiciones de los demás miembros, y la decisión final es colectiva. La colegialidade es un rasgo distintivo del Tribunal, refuerza su legitimidad democrática e incide positivamente en la calidad y fundamentación de sus decisiones[20].

---

[15] MIRANDA, Jorge, «O sistema judiciário português», Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, out./dez, 2000, p. 84-86.

[16] PORTUGAL, Assembleia da República, Constituição da República Portuguesa, Texto completo disponible en: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx

[17] COSTA, José Manuel M. Cardoso da, A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, Almedina, 2007, p. 11-15.

[18] Miranda, considerado uno de los padres de la Constitución portuguesa, desde la introducción del Tribunal Constitucional ha manifestado su decepción con las normas adoptadas para la selección de los jueces, pues las considera una «bomba de relojería para el Estado de derecho democrático». CUNHA, Maria Manuela Morais, y REGO, Viterbo do Rodrigo (dir.), Constituição da República Portuguesa: a Letra e o Espírito de uma Lei Fundamental, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1983, p. 364; ORRÙ, Romano, y CIAMMARICONI, Anna, «Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se as vontades»», en SPECCHIA, Marina Calamo (dir.), Le Corti Costituzionali: Composizione, Indipendenza, Legittimazione, Torino, Giappichelli, 2011, p. 250 ss.

[19] CURA, António Alberto Vieira, Organização Judiciária Portuguesa, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 80-82.

[20] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, 40 anos Guardião da Constituição, Visita guiada a la Corte realizada durante el periodo de investigación realizado en Portugal, Lisboa, octubre de 2023.

En cuanto a las *competencias* (art. 223.º de la Constitución), además de la fiscalización de constitucionalidad y legalidad, el Tribunal ejerce atribuciones relativas a la Presidencia de la República (por ejemplo, para verificar impedimentos en el ejercicio de sus funciones), a los actos del proceso electoral y demás materias electorales (como admitir candidaturas y verificar la legalidad de la constitución de partidos políticos y sus coaliciones), así como al control de constitucionalidad de referendos[21].

En lo que respecta a la competencia para supervisar la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico portugués, esta es la función principal del Tribunal Constitucional, que destaca su papel de «guardián» de la Constitución[22].

### 2.2. El control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional portugués

Siguiendo la doctrina de Kelsen, el proceso de constitucionalización de los derechos, el principio de constitucionalidad de las leyes y la transformación de la Constitución en norma jurídica implican la creación de Tribunales Constitucionales capaces de ejercer el control judicial de las leyes y de realizar, en última instancia, la interpretación de los preceptos constitucionales[23]. Uno de los dos principales sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se basa en el modelo del autor, denominado *control concentrado de constitucionalidad*, que se lleva a cabo mediante una acción directa y es ejercido directamente por un Tribunal Constitucional.

El otro sistema se denomina *control difuso de constitucionalidad*, tiene su origen en los Estados Unidos de América a principios del siglo XIX y se desarrolló a partir de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, en el caso *Marbury vs. Madison*[24]. Por el sistema difuso, el control se atribuye a los distintos órganos del Poder Judicial, en cuyo caso cada magistrado puede dejar de aplicar, al caso concreto que se le someta, una determinada norma jurídica, cuando la considere inconstitucional[25].

Por consiguiente, el control concentrado supone que un Tribunal Constitucional juzga la constitucionalidad de una determinada norma, mientras que el control difuso permite que cualquier juez o tribunal examine esa constitucionalidad y deje de aplicar la norma en el caso concreto[26].

---

[21] COSTA, José Manuel M. C. da, A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, Almedina, 2007, p. 30.

[22] VAGLI, Giovanni, L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, Pisa, ETS, 2001, p. 96.

[23] KELSEN, Hans, Jurisdição constitucional, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

[24] Cf: CORWIN, Edward, Marbury vs. Madinson and the doctrine of judicial review, Michigan Law Review, vol 12, n. 7, 1914.

[25] BIANCHI, Patrícia Nunes Lima, «Controle de constitucionalidade e defesa do meio ambiente», en CANOTILHO, José Joaquim Gomes, y LEITE, José Rubens Morato (dir.), Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 358.

[26] PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, Sistemi costituzionali comparati, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 552-557.

El modelo de control de constitucionalidad adoptado en Portugal es *híbrido*, es decir, una mezcla de estos dos sistemas. Esto significa que el control de constitucionalidad de las leyes es a la vez concentrado y difuso. Por lo tanto, al igual que cualquier juez o tribunal puede dejar de aplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional, también es competencia del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad[27].

En este contexto, en el que el Tribunal analiza la compatibilidad de una norma con la Constitución, el ordenamiento jurídico portugués prevé los siguientes controles: *abstracto preventivo* (antes de que se publique la norma), *abstracto sucesivo* (independiente de un caso concreto), *concreto* (vinculado a una cuestión específica) e *inconstitucionalidad por omisión* (ausencia de norma constitucional)[28].

En la *fiscalización abstracta*, el Tribunal verifica si una determinada norma contenida en una ley (u otro diploma normativo) se ajusta a la Constitución, con independencia de su aplicación en un litigio. La fiscalización abstracta se divide en *preventiva* (art. 278.º de la Constitución), efectuada antes de la publicación y entrada en vigor de los diplomas normativos, y *sucesiva* (art. 281.º de la Constitución), ejercida después de la publicación de las normas objeto de control[29].

En la *fiscalización concreta* (art. 280.º de la Constitución), el Tribunal Constitucional actúa como tribunal de recurso: no reexamina la cuestión principal debatida en el caso, sino que se limita a apreciar la constitucionalidad de una norma específica aplicada o desaplicada por un tribunal en un proceso determinado. Por ello se dice que el Tribunal Constitucional es un Tribunal de normas[30].

Por último, la *fiscalización de inconstitucionalidad por omisión* (art. 283.º de la Constitución) tiene lugar cuando, a solicitud del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o de los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Regiones Autónomas, el Tribunal verifica el incumplimiento constitucional

---

[27] MORAES, Daniela Marques de, y VIEIRA, Guilherme Gomes, «A Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português», en MORAIS, Carlos Blanco de, y PANSIERI, Flávio (dir.), Avanços da Jurisdição Constitucional: diálogos Brasil-Portugal, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, 2022, p. 304-305; Jueza Consejera del Tribunal Constitucional de Portugal Maria da Assunção Pinhal Raimundo, Seminario Intermedio de la Conferencia de las Jurisdicciones Constitucionales de los Países de Lengua Portuguesa sobre el Control de Constitucionalidad en Portugal.

[28] MORAES, Daniela Marques de, y VIEIRA, Guilherme Gomes, «A Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português», en MORAIS, Carlos Blanco de, y PANSIERI, Flávio (dir.), Avanços da Jurisdição Constitucional: diálogos Brasil-Portugal, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, 2022, p. 325.

[29] CURA, António Alberto Vieira, Organização Judiciária Portuguesa, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 86.

[30] COSTA, José Manuel M. Cardoso da, A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42-43.

por falta de las medidas legislativas necesarias para hacer ejecutables las normas constitucionales[31].

En lo que respecta al control de constitucionalidad aplicable a materia ambiental en Portugal, este puede ejercerse por acción directa o por recurso. Desde una perspectiva metodológica centrada en las acciones de control de constitucionalidad en materia ambiental, se consideran los siguientes instrumentos específicos[32]: Fiscalización Preventiva de Constitucionalidad[33], Fiscalización de Constitucionalidad y Legalidad[34], Acción de Inconstitucionalidad por Omisión[35] y Recurso de Constitucionalidad[36].

Portugal utiliza las formas *abstractas* e *incidentales* de control jurisdiccional. El control abstracto se caracteriza por el efecto vinculante *erga omnes* de la decisión[37]. El control jurisdiccional promovido por la vía del Recurso de Constitucionalidad, sin embargo, aunque resulte en la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma, solo tendría impacto en el caso juzgado (efecto *inter partes*), y no en la norma específica en materia institucional (es decir, no sería vinculante)[38]. Pero los efectos típicos del control abstracto también pueden aplicarse al control incidental si el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma determinada en al menos tres ocasiones (art. 281.º, 3, de la Constitución), en lo que se ha convenido llamar proceso de generalización[39].

## 3. DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS EN MATERIA AMBIENTAL

Para identificar la jurisprudencia relevante en materia ambiental, se optó por consultar y analizar las decisiones del Tribunal Constitucional que han tenido mayor

---

[31] COSTA, José Manuel M. Cardoso da, A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, Almedina, 2007, p. 31-32; CURA, António Alberto Vieira, Organização Judiciária Portuguesa, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 86 ss.

[32] MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011; MORAIS, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2006; CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2003; MEDEIROS, Rui, A decisão de Inconstitucionalidade, Lisboa, Universidade Católica, 1999.

[33] De acuerdo con el art. 278 de la Constitución portuguesa.

[34] De acuerdo con el art. 281 de la Constitución portuguesa.

[35] De acuerdo con el art. 283 de la Constitución portuguesa.

[36] De acuerdo con el art. 280 de la Constitución portuguesa.

[37] PANSIERI, Flávio, y LUZ, Otávio Augusto Baptista da, Controle de constitucionalidade e modulação dos efeitos: a norma decisória concreta e o estabelecimento da identidade do julgado para configuração da expectativa de conteúdo normativo, Porto, Juruá, 2019, p. 51.

[38] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2003, p. 899.

[39] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1024; PANSIERI, Flávio, y LUZ, Otávio Augusto Baptista da, Controle de constitucionalidade e modulação dos efeitos: a norma decisória concreta e o estabelecimento da identidade do julgado para configuração da expectativa de conteúdo normativo, Porto, Juruá, 2019, p. 49.

repercusión en la doctrina portuguesa especializada en Derecho Ambiental. Cabe destacar que la Corte mantiene un canal oficial para la publicidad de sus decisiones[40]. En la base de datos pública se observa que, además de las resoluciones comentadas por la doctrina especializada, también llegan a la Corte debates constitucionales vinculados a la competencia administrativa, a exacciones tributarias y a aspectos legislativos formales en materia ambiental. El enfoque de esta investigación se centra, sin embargo, en decisiones comentadas por la doctrina portuguesa con potencial de debate jurídico en torno a la protección ambiental. Se examinan los siguientes casos: protección del lobo ibérico, maltrato a animales de compañía, y otros supuestos considerados relevantes[41].

### 3.1. Sentencia n.º 83/2022: el caso del lobo ibérico

La Sentencia n.º 83/22[42] se dictó el 26 de enero de 2022, originada por el proceso n.º 492/2019[43]. Trata sobre la protección jurídica del lobo ibérico, una subespecie de lobo de menor tamaño. Es un animal carnívoro que se alimenta de pequeños roedores y mamíferos de gran tamaño y habita en la Península Ibérica, especialmente en el norte de Portugal. Es una especie potencialmente en peligro de extinción y protegida en Portugal por la Ley n.º 90/88, y el Decreto-Ley 54/2016.

La Sentencia se dictó en el marco de un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad y legalidad, iniciado por la Fiscalía General de la República, en virtud del art. 281, n.º 2, letra e), de la Constitución.

En este caso, se debatían algunas normas del Decreto-Ley n.º 54/2016, que aprobó la revisión del régimen jurídico de conservación del lobo ibérico y que remite expresamente al Reglamento (UE) n.º 1408/2013 de la Comisión Europea, que establece las condiciones relativas a la concesión de ayudas de pequeña cuantía en el sector agrícola[44].

El proceso tenía por objeto la apreciación de la constitucionalidad y legalidad de las normas que regulan la indemnización de los daños causados por el lobo ibérico

---

[40] Sitio web del Tribunal Constitucional (https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html).

[41] Decisiones también incluidas en el Informe de Actividades del Tribunal Constitucional, disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_relactiv_2022/#ebookrel actividades

[42] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 83/2022, contenido completo disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220083.html

[43] GOMES, Carla Amado, Tutela contenciosa do ambiente: uma amostragem nacional, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2019, p. 26-27.

[44] LANCEIRO, Rui Tavares, «Direito da Biodiversidade», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloísa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. II, Parte Especial, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 227; GOMES, Carla Amado, PEDRO, Ricardo, y SERRÃO, Tiago (dir.), O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência, 3a edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, p. 946-948.

en bovinos, caprinos, ovinos, equinos, asnos y sus cruces, así como en perros de protección y de conducción de rebaños[45].

El Tribunal sostuvo que no existe indicio de que los ataques del lobo a animales debidamente protegidos, en las condiciones previstas en el Decreto-Ley n.º 54/2016, imposibiliten en general la actividad pecuaria en las zonas afectadas, anulando la sustancia económica del derecho de propiedad sobre los animales o terrenos[46].

El Tribunal no reconoció nexo causal entre los daños ocasionados por el lobo y las medidas legales impuestas por el Estado que prohíben, entre otras, su captura y abatimiento. Entendió que los daños sufridos se deben al propio lobo (hecho de la naturaleza derivado de la convivencia entre la explotación pecuaria y la fauna silvestre), y que la prohibición estatal, fundada en el deber constitucional de proteger el ambiente y la naturaleza (art. 66.º, n.º 1 y n.º 2, letra c, de la Constitución), no constituye su causa[47].

A propósito de la normalidad del daño, el Tribunal señaló que la depredación por el lobo ibérico corresponde al riesgo propio del curso de la naturaleza – con relaciones dinámicas fundamentalmente previsibles – que puede interferir con la organización y explotación económica. Ese riesgo debe ser considerado de partida por el empresario en todo proyecto que presuponga una esfera de actuación que se cruce con la naturaleza, como ocurre manifiestamente con la explotación pecuaria. No existe, en términos generales, un «derecho a matar» al lobo ibérico, por lo que tal idea no puede operar como contravalor de la protección del ambiente[48].

El Tribunal no declaró la inconstitucionalidad ni la ilegalidad de las normas en debate. Destaca, sin embargo, la declaración de voto de la Jueza Consejera Mariana Canotilho, quien, al adherir íntegramente a la decisión, afirmó que la Sentencia constituye un paso importante hacia una comprensión actualizada –y, a su juicio, correcta– de las disposiciones constitucionales relativas a la protección del medio ambiente y de los deberes estatales correlativos[49].

Por lo tanto, dado que el punto principal debatido se refiere a la indemnización por los daños causados por el lobo ibérico al ganadero, la Sentencia analizada planteó cuestiones cruciales sobre la coexistencia entre la preservación de esta especie y

---

[45] LEONG, Hong Cheng, «Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indenização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022», Revista Portuguesa de Direito Constitucional (RPDC) – Portuguese Review of Constitutional Law, n. 3, 2023, p. 140.

[46] Según el punto 2.8.2 de la sentencia.

[47] Según el punto 2.16.1 de la sentencia. LEONG, Hong Cheng, «Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indenização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022», Revista Portuguesa de Direito Constitucional (RPDC) – Portuguese Review of Constitutional Law, n. 3, 2023, p. 143.

[48] LEONG, Hong Cheng, «Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indenização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022», Revista Portuguesa de Direito Constitucional (RPDC) – Portuguese Review of Constitutional Law, n. 3, 2023, p. 164. Sin resaltado en el original.

[49] Declaración de voto de la Magistrada Consejera en la sentencia n.º 83/2022. Sin resaltado en el original.

los intereses de la actividad agropecuaria. El Tribunal afirmó que la vida silvestre y el medio ambiente natural constituyen bienes que el Estado portugués está obligado a proteger, no solo en el ámbito internacional y europeo, sino también porque la Constitución sitúa la defensa de la naturaleza y el medio ambiente entre las tareas fundamentales del Estado[50].

### 3.2. Sentencia n.º 867/2021: el caso de maltrato a animales de compañía

La Sentencia n.º 867/2021[51], de 10 de noviembre de 2021 (originado por el proceso n.º 867/2019), se refiere a la condena de una persona por el delito de maltrato con resultado de muerte de animal de compañía, que recurrió al Tribunal Constitucional para cuestionar la constitucionalidad del art. 387.º del Código Penal portugués. Una de las críticas a la redacción de este artículo (dada por la Ley n.º 69/2014) era que la muerte de un animal de compañía no se configuraba, *per se*, como delito autónomo, sino como un supuesto de maltrato agravado por el resultado muerte, lo que se consideraba insuficiente.

Posteriormente, la Ley n.º 39/2020 tipificó el «animalicidio» (muerte dolosa de animal de compañía), y en el artículo 387 pasó a disponer: «Quien, sin motivo legítimo, mate a un animal de compañía será castigado con pena de prisión de 6 meses a 2 años o con multa de 60 a 240 días, si no le corresponde una pena más grave en virtud de otra disposición legal»[52].

En el caso concreto –conocido en Portugal como el «caso de la perra Pantufa»–, el individuo (ex-enfermero de la guerra del Ultramar) practicó una cesárea a sangre fría a su perra en trabajo de parto; retiró los fetos vivos, los colocó en una bolsa de plástico y los arrojó a la basura, muriendo posteriormente; no retiró dos de los fetos y suturó únicamente la pared abdominal, dejando el útero sin suturar. La perra fue abandonada agonizando, sin asistencia veterinaria, y falleció días después.

En primera instancia el Tribunal de Setúbal (Tribunal de Setúbal) fue condenado a 16 meses de prisión efectiva por la crueldad de su conducta, con pena accesoria de privación del derecho a tener animales de compañía por el máximo legal de 5 años. Se trató de la primera pena efectiva por delitos exclusivamente cometidos contra animales de compañía desde la Ley n.º 69/2014, aunque la decisión no se mantuvo en

---

[50] LANCEIRO, Rui Tavares, «Direito da Biodiversidade», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloísa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. II, Parte Especial, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 227; GOMES, Carla Amado, Tutela contenciosa do ambiente: uma amostragem nacional, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2019, p. 26-27.

[51] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 867/2021, contenido completo disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210867.html.html

[52] FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, p. 22-23. Traducción de la autora.

ulteriores instancias. Alegando la inconstitucionalidad del tipo penal, el condenado recurrió al Tribunal da Relação de Évora, que suspendió la ejecución de la pena de prisión pero mantuvo el resto de la decisión de primera instancia[53].

El individuo recurrió al Tribunal Constitucional alegando la inconstitucionalidad de la norma incriminatoria (artículo 387 y siguientes del Código Penal) basándose en la inexistencia de un bien jurídico que proteger. El Tribunal Constitucional concluyó por la inexistencia de fundamento constitucional para la criminalización del maltrato a animales de compañía, declarando inconstitucional la norma del art. 387.º (en la redacción de la Ley n.º 69/2014) por violación de los arts. 27.º (derecho a la libertad y a la seguridad) y 18.º, n.º 2 (fuerza jurídica) de la Constitución[54].

La Corte sostuvo que tales prohibiciones se basan en el derecho de propiedad del ser humano, y no en la protección de los animales como tales. El art. 66.º de la Constitución no protege a los animales como seres con dignidad inherente que permitan considerarlos «indivíduos», sino en la medida en que resultan relevantes para el medio ambiente entendido de forma holística, «maltratar a un animal, por más atroz que sea, no pone en riesgo el ecossistema».

La Sentencia expone que la protección prevista en el art. 387.º del Código Penal es de naturaleza individualista, mientras que la protección del medio ambiente del art. 66.º de la Constitución es de naturaleza holística. El impulso legislativo para castigar la crueldad no integra, según el Tribunal[55], la intención de proteger el medio ambiente, sino de proteger a los animales como seres intrínsecamente dignos de consideración, lo que a su juicio carece de reconocimiento constitucional suficiente y vulnera el principio de proporcionalidad (prohibición del exceso, *Untermaßverbot*[56]).

Este entendimiento se reprodujo en otros pronunciamientos, como la Decisión Sumaria n.º 344/2022 y las Sentencias n.º 781/2022 y n.º 843/2022. En la Decisión Sumaria n.º 344/2022 del Tribunal Constitucional, procedente de Ponta Delgada (capital del archipiélago de las Azores), ocurrió en 2019 que el individuo, utilizando una navaja, asestó un golpe en la cabeza de un canino (que no era de su propiedad) con el propósito de causarle dolor y sufrimiento de forma deliberada y consciente[57].

---

[53] FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, p. 25.

[54] ALVES, Pedro Delgado, «Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa», en DUARTE, Maria Luísa, y GOMES, Carla Amado (dir.), Animais: Deveres e Direitos, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015; OSÓRIO, Rogério, «Dos Crimes Contra Animais de Companhia: da problemática em torno da Lei 69/2014, de 29 de agosto», Revista Julgar Online, 2016.

[55] Según el punto 2.16.1 de la sentencia.

[56] CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado, Berlim, Walter de Gruyter, 1998, p. 55.

[57] CARDOSO, Andreia Vieira, «Os Crimes Contra Animais, na Legislação e nas Decisões dos Tribunais Portugueses: uma perspectiva analítica e crítica», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 8, n.º 2, 2022, p. 105.

El Tribunal Judicial absolvió al acusado desaplicando el art. 387.º del Código Penal con fundamento en el Acórdão n.º 867/2021. Recurrida tal decisión por el Ministerio Público, el Juez Consejero Afonso Patrão en el Tribunal Constitucional entendió que no había motivos para apartarse del precedente y, por ello, también declaró la inconstitucionalidad de la norma incriminatoria[58].

En la Sentencia n.º 781/2022[59] la Corte negó el recurso sobre la base del precedente, reafirmando que el delito de maltrato a animales no protege a los animales por su relevancia para el medio ambiente, sino en función de su relación con los seres humanos, de donde deriva el concepto de «animal de compañía».

En la Sentencia n.º 843/2022[60] el Tribunal afirmó la violación del principio de legalidad de la intervención penal, que establece que no puede haber delito ni pena que no se derive de una ley previa, escrita, estricta y cierta. De este modo, el tipo legal de delito debe describirse con precisión y detalle para que los destinatarios comprendan con claridad la conducta prohibida.

La sentencia de inconstitucionalidad de la incriminación reconocida en las sentencias n.º 867/2021 y n.º 781/2022 se basa en la idea de que no existe un bien jurídico directa o indirectamente dotado de un referente constitucional que legitime estas criminalizaciones, violando lo dispuesto en los artículos 27º y 18º, n.º 2, de la Constitución. En la Sentencia 843/2022 el Tribunal no negó la existencia de un bien jurídico (el «bienestar animal»), aunque admitió que no existe previsión constitucional expresa que lo consagre como objeto de tutela[61].

El debate sobre la inconstitucionalidad del delito de maltrato a animales de compañía tuvo amplia repercusión en la comunidad jurídica portuguesa[62], incluida la publicación de un manifiesto titulado «La protección penal de los animales no es inconstitucional», suscrito por 72 juristas, donde critican la interpretación del Tribunal Constitucional en el «caso de la perra Pantufa». Para los firmantes, la Constitución no es un catálogo de bienes jurídicos y no se limita al elemento literal, y además, «si hay algún valor consensuado entre nosotros es precisamente la condena de la violencia gratuita, sea cual sea la víctima»[63].

---

[58] FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, p. 27.

[59] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 781/2022, contenido completo disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220781.html

[60] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 843/2022, contenido completo disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220843.html

[61] FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, p. 25, 28.

[62] Cf.: ANTUNES, Maria Manuela Teixeira Brancanes, «Animais de Companhia: o Passado e o Presente», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n.º 2, 2019, p. 577-578; TEIXEIRA, Ana Silva, «O Novo Estatuto Jurídico-Civil dos Animais», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n.º 2, 2019, p. 149.

[63] Manifesto «A tutela penal dos animais não é inconstitucional», contenido completo disponible en: https://manifestoanimais.wordpress.com. Traducción libre de la autora.

También hubo movilización parlamentaria[64]: el partido Chega (CH) presentó el Proyecto de Revisión Constitucional n.º 1/XV/1 (6/10/2022)[65]; el Bloco de Esquerda (BE), el Proyecto n.º 2/XV/1 (11/11/2022)[66]; el Partido Socialista (PS), el Proyecto n.º 3/XV (11/11/2022)[67]; y Pessoas-Animais-Natureza (PAN), el Proyecto n.º 8/XV/1 (11/11/2022)[68].

### 3.3. Otros casos de relevancia ambiental

Otras sentencias del Tribunal Constitucional portugués en materia medioambiental que se encuentran en la doctrina jurídica especializada no se refieren precisamente a la protección del medio ambiente en sí, sino a cuestiones de carácter tributario o de competencia administrativa al respecto. En resumen, tratan sobre la naturaleza del cobro de tasas para la protección civil, que el Tribunal declara inconstitucional por considerar que no es posible individualizar las conductas y los usuarios, por lo que tiene carácter de impuesto y no de tasa[69]. Son los casos de las Sentencias: 4/2020[70], 775/2019[71], 366/2019[72].

Además, cabe destacar algunos otros casos: Sentencia n.º 397/2019[73] sobre multa por uso de recursos hídricos sin autorización; Sentencia n.º 363/2019[74] sobre la

---

[64] FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, p. 54-57.

[65] PORTUGAL, Assembleia da República, Projeto de Revisão Constitucional 1/XV/1, contenido disponible en: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152001

[66] PORTUGAL, Assembleia da República, Projeto de Revisão Constitucional 2/XV/1, contenido disponible en: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152048

[67] PORTUGAL, Assembleia da República, Projeto de Revisão Constitucional 3/XV, contenido disponible en: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152049

[68] PORTUGAL, Assembleia da República, Projeto de Revisão Constitucional 8/XV/1, contenido disponible en: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152054

[69] GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. II, Parte Especial, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022.

[70] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 4/2020, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200004.html

[71] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 775/2019, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190775.html

[72] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 366/2019, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190366.html

[73] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 397/2019, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190397.html

[74] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 363/2019, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190363.html

imposición a los mataderos del cobro de una tasa destinada a financiar el sistema de recogida de cadáveres de animales muertos en las explotaciones (por vulneración del principio de igualdad tributaria); Sentencia n.º 204/2019[75] sobre el impuesto municipal a las estaciones de servicio, la actividad de inspección que deben llevar a cabo obligatoriamente los municipios y la obligación pasiva de conformidad con la influencia modeladora de cierta actividad autorizada de carácter permanente y causante de impactos negativos no considerados en la licencia; Sentencia n.º 133/2018[76] sobre la multa a la persona jurídica en caso de negligencia por utilizar recursos hídricos fuera del área cubierta por la licencia ambiental, incluso sin provocar daños ambientales concretos; Sentencia n.º 80/2014[77] sobre la discusión tributaria relativa a la invasión de la competencia del Gobierno para instituir un impuesto sin la previa regulación de la Asamblea de la República.

La Sentencia n.º 591/2015 también merece destaque, ya que, a pesar de ser una decisión que analiza la posible desproporcionalidad de la multa impuesta a una persona jurídica que cometió una infracción ambiental, ofrece un análisis más centrado en la protección del medio ambiente: «[...]Cabe comenzar por señalar que la sanción penal y administrativa de las conductas perjudiciales para el medio ambiente encuentra su justificación constitucional en el derecho fundamental al medio ambiente, consagrado en el artículo 66, apartado 1, de la Constitución Portuguesa. *Al igual que todos los derechos fundamentales, el derecho al medio ambiente exige al Estado medidas positivas de protección* [...].En concreto, esta obligación de protección que incumbe al Estado se deriva, en primer lugar, de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 66, apartado 2, de la CRP, donde se habla específicamente de la prevención y el control de la contaminación y sus efectos, así como de los apartados d) y e) del artículo 9 de la CRP, que consagra como *una de las tareas fundamentales del Estado la promoción del bienestar y la calidad de vida de la población y la defensa de la naturaleza y el medio ambiente*. Y la protección del bien jurídico medioambiental al que nos referimos aquí se rige por la idea de prevenir cualquier peligro que pueda afectar al medio ambiente [...]»[78].

En estos casos, el Tribunal Constitucional analiza de manera estrictamente técnica y jurídica la libertad del legislador ordinario para definir multas y otras competencias. No hay un debate propiamente dicho sobre la protección del medio ambiente, ni se menciona el principio de precaución en los casos sin daños en la mayoría de las sentencias.

---

[75] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 204/2019, contenido disponible en: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190204.html

[76] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 133/2018, contenido disponible en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180133.html

[77] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 80/2014, contenido disponible en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140080.html

[78] PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 591/2015, contenido disponible en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150591.html. Sin resaltado en el original.

A diferencia de las decisiones de los tribunales administrativos, que parecen destacar con mayor frecuencia el principio de precaución en la modulación de las normas generales de distribución de la carga de la prueba y el análisis del abuso de la discrecionalidad administrativa en la delimitación de las facultades de pronunciación[79].

Por último, un caso de relevancia internacional que debe mencionarse, aunque no se haya tramitado en el Tribunal Constitucional ni siquiera en el poder judicial portugués, demuestra la estructura supranacional de protección medioambiental a la que pertenece Portugal junto con la Unión Europea también se refiere a la cuestión judicial.

Es el caso de los seis jóvenes portugueses que han recurrido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra 33 Estados, entre ellos Portugal, alegando violación de los derechos humanos por no cumplir el Acuerdo de París en lo que respecta a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para controlar el aumento de la temperatura a 1,5 grados centígrados[80]. Presentada en 2020, tal y como destaca Aragão, las características del proceso revelan un enfoque sin precedentes y, precisamente por ello, digno de mención.

Los autores interpusieron la demanda directamente ante el Tribunal Europeo, sin haber recurrido previamente a ningún tribunal nacional de los 33 Estados. La petición se presentó el 7 de septiembre de 2020 y, tras ser aceptada el 30 de noviembre de 2020, el Tribunal declaró la urgencia del proceso e informó a los 33 países demandados del plazo de respuesta hasta finales de febrero de 2021. Al final de ese plazo, el Tribunal rechazó una moción presentada por los Estados demandados en la que solicitaban que se revocara la prioridad del caso y concedió un plazo para la defensa hasta mayo de 2021, además de permitir la intervención de terceros en el proceso[81]. El 27 de septiembre de 2023 se celebró la vista ante la Gran Cámara en Estrasburgo[82].

Según señala Aragão, se destacan algunos aspectos de originalidade em este caso[83]. Uno de ellos es la estructura de la acción, ya que los autores son seis jóvenes de entre

---

[79] COIMBRA, José Duarte, «Contencioso Ambiental», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. I, Parte Geral, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 611-612.

[80] ARAGÃO, Alexandra, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hasta dónde va la imaginación jurídica para el clima?», en CABRE, Alexandre Peñalver (dir.), Acceso a la justicia en medio ambiente: aplicación de la legislación ambiental y protección efectiva de los derechos humanos, Barcelona, Editorial Universidad de Barcelona, 2024, p. 2-3.

[81] ARAGÃO, Alexandra, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hasta dónde va la imaginación jurídica para el clima?», en CABRE, Alexandre Peñalver (dir.), Acceso a la justicia en medio ambiente: aplicación de la legislación ambiental y protección efectiva de los derechos humanos, Barcelona, Editorial Universidad de Barcelona, 2024, p. 2-3.

[82] Grabación disponible en: https://www.echr.coe.int/fr/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20– e https://www.echr.coe.int/webcasts-of-hearings

[83] ARAGÃO, Alexandra, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hasta dónde va la imaginación jurídica para el clima?», en CABRE, Alexandre Peñalver (dir.), Acceso a la justicia en medio ambiente: aplicación de la legislación ambiental y protección efectiva de los derechos humanos, Barcelona, Editorial Universidad de Barcelona, 2024, p. 15.

11 y 24 años que recientemente han sufrido los efectos de una catástrofe climática (los incendios de 2017) y temen volver a sufrir fenómenos catastróficos mayores y más frecuentes si no se toman medidas.

Además, no interpusieron demandas ante los tribunales nacionales. Si lo hubieran intentado en los tribunales portugueses, como menciona Aragón, «el esfuerzo habría sido inútil desde el punto de vista jurídico y fáctico»: jurídico porque, según la autora, los tribunales probablemente alegarían que la competencia corresponde al poder legislativo y ejecutivo, y no al judicial, y, aunque admitieran la jurisdicción, tardarían décadas en dictar una sentencia definitiva. También es fáctico porque el Estado portugués no podría garantizar un futuro climático a los jóvenes, aunque fuera condenado por los tribunales portugueses, ya que, al fin y al cabo, las emisiones que contribuyen a los efectos catastróficos se producen a nivel mundial. Por eso, el proceso contra tantos Estados miembros como responsables de las emisiones causantes del cambio climático parece una estrategia judicial lógica.

El 9 de abril de 2024, la Corte dictó una resolución desestimando la demanda basándose, entre otros argumentos, en la cuestión de la jurisdicción portuguesa. Se concluyó que las reclamaciones son inadmisibles en relación con los demás Estados y, asimismo, inadmisibles en relación con Portugal por el incumplimiento de la obligación de agotar los recursos internos en la jurisdicción nacional, que es una condición de admisibilidad relacionada con la cuestión de la condición de víctima, otro punto de la decisión que la Corte considera que adolece de falta de claridad[84].

## 4. CONSIDERACIONES FINALES

Al analizar el contenido de las decisiones en materia ambiental dictadas por el Tribunal Constitucional, se observa que dichas sentencias tratan cuestiones más relacionadas con otros asuntos que no son exclusivamente medioambientales. Por ejemplo, cuestiones relativas al derecho tributario, competencias administrativas y fiscales, y tratan su contenido de forma bastante técnica, tratando de no interferir en los demás poderes – a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, como el brasileño[85].

Otro aspecto que cabe mencionar es que, en la doctrina portuguesa, no se encuentran tantos análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia medioambiental, sino que hay más análisis de las decisiones de otros tribunales, en especial de los tribunales administrativos en materia ambiental.

---

[84] Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-233261%22]}

[85] Para profundizar: KRAUS, Mariella, y LUZ, Otávio Augusto Baptista da, «Ecological judicial governance: the role of the constitutional courts of Brazil and Portugal in environmental protection», DPCE Online, 66 (SP2), 2025, disponibile en: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2289

Cabe destacar que, aunque Portugal no cuenta con un Tribunal Constitucional activista en materia de tutela jurisdiccional del medio ambiente, esto no significa que los posibles incumplimientos del Gobierno en materia de protección ambiental dejen al país desamparado en el ámbito judicial. Esto se debe a que la Unión Europea desempeña un papel importante en relación con sus Estados miembros, lo cual es un factor relevante en el análisis de la estructura del ordenamiento jurídico-constitucional y en el papel de los tribunales.

Por lo tanto, no se puede ignorar el papel de la Unión Europea en relación con Portugal en este aspecto. Un ejemplo de ello es que el país fue condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por no cumplir las normas europeas sobre calidad del aire durante diez años[86]. Además, la Comisión Europea también ha emprendido acciones contra Portugal en materia ambiental[87] por incumplimiento de la legislación nacional con la directiva sobre evaluación de impacto ambiental[88], por no prevenir la propagación de especies exóticas invasoras perjudiciales para el medio ambiente europeo[89], por incumplimiento de la sentencia anterior sobre la conservación de los lugares de importancia comunitaria (SIC) como zonas especiales de conservación (ZEC)[90], entre otras acciones.

En relación con los Tribunales de sus Estados miembros, la Unión Europea ha creado el Cuadro de indicadores de la Justicia de la EU (*EU Justice Scoreboard*[91]), que forma parte del conjunto de instrumentos de la UE en materia de Estado de Derecho y tiene por objeto presentar una panorámica anual de los indicadores sobre la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas judiciales, proporcionando datos objetivos, fiables y comparables.

---

[86] EUROPEAN COMISSION, Air quality: Commission refers PORTUGAL to the Court of Justice of the European Union for high levels of nitrogen dioxide, November 12, 2021, disponibile en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5353

[87] EUROPEAN COMISSION, Comissão decide intentar duas ações contra Portugal no âmbito das decisões sobre o pacote de processos por infração de janeiro, January 26, 2023, disponibile en: https://portugal.representation.ec.europa.eu/news/comissao-decide-intentar-duas-acoes-contra-portugal-no-ambito-das-decisoes-sobre-o-pacote-de-2023-01-26_pt

[88] EUROPEAN COMISSION, Environmental impact assessment: Commission decides to refer PORTUGAL to the Court of Justice for failing to correctly transpose EU rules, January 26, 2023, disponibile en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_23_165

[89] EUROPEAN COMISSION, Biodiversity: Commission to refer six Member States to the Court of Justice for failing to prevent invasive alien species damaging European nature, January 26, 2023, disponibile en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_167

[90] EUROPEAN COMISSION, Natureza: Comissão decide instaurar uma nova ação contra PORTUGAL no Tribunal de Justiça da União Europeia por incumprimento do acórdão anterior sobre a conservação dos sítios Natura 2000, 7 de fevereiro de 2024, disponibile en: https://europa.eu/newsroom/ecpc-failover/pdf/ip-24-268_pt.pdf

[91] EUROPEAN COMISSION, EU Justice Scoreboard, disponibile en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en

En el informe[92] se puede observar que el Poder Judicial en Portugal goza de independencia institucional para el desempeño de sus funciones. Sin embargo, en relación con otros aspectos, se observa que, en cuanto a la eficiencia en la resolución de casos, hay una ausencia o un suministro insuficiente de los datos necesarios para dicho análisis, la sociedad tiene poca confianza en el sistema, los litigios tardan mucho tiempo en resolverse y el índice de digitalización, de información en línea y de viabilidad de sentencias que pueden ser leídas por inteligencia artificial es bajo. A pesar de las garantías de independencia, el Poder Judicial portugués no parece estar exento del fenómeno de la corrupción, según constatan los propios ciudadanos. Según una encuesta de 2019 de Transparencia Internacional sobre la percepción de este fenómeno, Portugal ocupa el décimo lugar en la Unión Europea y el trigésimo en el mundo, con resultados que tienden a mantenerse estables en los últimos años[93].

Como señala Aragão, a pesar de la disponibilidad de instrumentos procesales específicos para la protección del medio ambiente en Portugal, los litigios no se han utilizado mucho en relación con cuestiones constitucionales sobre el medio ambiente[94]. Según la investigación de la autora, es posible que los motivos estén relacionados con la ineficiencia general del sistema judicial portugués, ya que el *EU Justice Scoreboard* de 2016 reveló, por ejemplo, que «el tiempo necesario para resolver un caso en Portugal en 2010 fue de unos 1.100 días, mientras que en diecisiete países europeos fue inferior a 200 días»[95].

Además, en la misma investigación de Aragão, se observa que Portugal tiene una imagen negativa según la encuesta Flash Eurobarometer survey de 2016 sobre «*Perceived independence of the national justice systems in the EU among the general public*». Esto se debe a que el 59% de los encuestados en Portugal consideró que había interferencia económica u otros intereses en el sistema judicial, en comparación con una media europea del 37%. En cuanto al estatuto y la independencia de la magistratura, el 41% de los encuestados consideraba que la independencia judicial no está garantizada en Portugal, mientras que la media europea era del 22%. Por lo tanto, tal y como obser-

---

[92] Disponibile en: https://commission.europa.eu/document/download/123138e5-f651-44e4-963e-65b721c4f5e7_en?filename=eu_justice_scoreboard_2022.pdf&prefLang=pt; CARLINO, Valentina, «Lo Stato di diritto in Portogallo nei Report della Commissione europea», en TARCHI, Rolando, y GATTI, Andrea, Il Rule of Law in Europa, Genova, Consulta OnLine, 2023, p. 212-213.

[93] CARLINO, Valentina, «Lo Stato di diritto in Portogallo nei Report della Commissione europea», en TARCHI, Rolando, y GATTI, Andrea, Il Rule of Law in Europa, Genova, Consulta OnLine, 2023, p. 214-215; PAMPALONE, Erika, Ivalù, «C'è un giudice a Lisbona: il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica», Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 13, 2014, p. 21.

[94] ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019, p. 251-252.

[95] ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019, p. 251-252.

va la autora, aunque el poder judicial portugués no ha desempeñado un papel activo en relación con la tutela constitucional medioambiental, los poderes, legislativo y ejecutivo, asumen un papel protagonista en la protección del medio ambiente[96].

En este sentido, como destaca Aragão, los dispositivos constitucionales y las leyes sobre protección ambiental no funcionan como profecías, ni son «fórmulas mágicas» que se cumplen por sí solas, ya que exigen un compromiso activo de los poderes Ejecutivo y Judicial para garantizar que se cumplan sus propósitos[97]. Por lo tanto, la autora señala que la falta de liderazgo judicial en Portugal en materia de protección ambiental puede ser consecuencia de las deficiencias percibidas en el poder judicial del país[98].

En el ordenamiento jurídico portugués, en el que el derecho fundamental de acceso a los tribunales implica la plena tutela jurisdiccional, se puede afirmar que las posiciones jurídicas asociadas al bien jurídico *ambiental* pueden hacerse valer ante los Tribunales. Sin embargo, esto no significa que sea posible recortar un cuerpo sistematizado de normas constitutivas de un *contencioso ambiental*[99]. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico portugués no ofrece a la tutela jurisdiccional del medio ambiente un segmento del ejercicio de la función jurisdiccional propio de los litigios jurídico-ambientales, ni un orden jurisdiccional exclusivamente dedicado o medios procesales específicos[100].

Aunque no existe un contencioso ambiental significativo, esto no significa que dentro de esos subsistemas procesales transversales no se adopten soluciones orientadas a la tutela jurisdiccional del medio ambiente. Sin embargo, la intervención del Tribunal Constitucional en la protección del medio ambiente solo se produce de forma incidental, es decir, «indirecta». Tras revisar la jurisprudencia constitucional portuguesa, no abundan las decisiones sobre cuestiones de Derecho del Medio Ambiente *proprio sensu*[101].

---

[96] ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019, p. 251-252.

[97] ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019, p. 263-264.

[98] ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019, p. 263-264.

[99] COIMBRA, José Duarte, «Contencioso Ambiental», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. I, Parte Geral, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 686.

[100] Prueba de ello es que, al observar que los legitimados para interponer una acción de control de constitucionalidad válida para asuntos medioambientales ante el Tribunal Constitucional son únicamente autoridades del Estado.

[101] COIMBRA, José Duarte, «Contencioso Ambiental», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. I, Parte Geral, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022, p. 611-612.

En general, los Tribunales pueden ser conservadores y proteger el *statu quo*, o pueden ser creadores dinámicos de la ley, respetando los *checks and balances*, contribuyendo al desarrollo de un Estado de derecho que incluya la protección del medio ambiente[102]. El Tribunal Constitucional portugués parece encontrarse en el primer caso. Ante las decisiones sobre la protección del lobo ibérico y el maltrato a los animales de compañía, se percibe un enfoque más cauteloso, legalista y de autocontrol por parte del Tribunal en relación con las cuestiones ambientales. Por ello, se ha observado que el Tribunal Constitucional portugués adopta un enfoque más conservador y restrictivo.

Esto no significa que Portugal no cuente con mecanismos de defensa jurisdiccional del medio ambiente, ya que el país forma parte del contexto supranacional europeo de la Unión Europea, que cuenta con su propio Tribunal, el cual ya ha condenado al Estado portugués por cuestiones ambientales, como se ha visto.

Por lo tanto, se concluye que la protección ambiental en Portugal se lleva a cabo a través del conjunto normativo cristalizado en los Tratados de la Unión Europea, como bloque no solo desde el punto de vista económico, sino también jurisdiccional. Por ello, se puede afirmar que la protección ambiental en Portugal refleja la fuerza del derecho comunitario más allá del derecho constitucional.

## BIBLIGRAFÍA

ABBOUD, Georges, Processo Constitucional Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

ALVES, Pedro Delgado, «Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa», en DUARTE, Maria Luísa, y GOMES, Carla Amado (dir.), Animais: Deveres e Direitos, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

ANTUNES, Maria Manuela Teixeira Brancanes, «Animais de Companhia: o Passado e o Presente», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n.º 2, 2019.

ARAGÃO, Alexandra, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hasta dónde va la imaginación jurídica para el clima?», en CABRE, Alexandre Peñalver (dir.), Acceso a la justicia en medio ambiente: aplicación de la legislación ambiental y protección efectiva de los derechos humanos, Barcelona, Editorial Universidad de Barcelona, 2024.

ARAGÃO, Alexandra, «Environmental Standards in the Portuguese Constitution», en TURNER, Stephen J., SHELTON, Dinah L., RAZZAQUE, Jona, MCINTYRE, Owen, y MAY, James R. (dir.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge University Press, 2019.

[102] VOIGT, Christina, y MAKUCH, Zen (dir.), Courts and the Environment, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, p. 12-14.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima, «Controle de constitucionalidade e defesa do meio ambiente», en CANOTILHO, José Joaquim Gomes, y LEITE, José Rubens Morato (dir.), Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado, Berlim, Walter de Gruyter, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2003.

CARDOSO, Andreia Vieira, «Os Crimes Contra Animais, na Legislação e nas Decisões dos Tribunais Portugueses: uma perspectiva analítica e crítica», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 8, n.º 2, 2022.

CARLINO, Valentina, «Lo Stato di diritto in Portogallo nei Report della Commissione europea», en TARCHI, Rolando, y GATTI, Andrea, Il Rule of Law in Europa, Genova, Consulta OnLine, 2023.

COIMBRA, José Duarte, «Contencioso Ambiental», en GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. I, Parte Geral, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022.

CORWIN, Edward, Marbury vs. Madinson and the doctrine of judicial review, Michigan Law Review, vol 12, n. 7, 1914.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da, A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, Almedina, 2007.

CUNHA, Maria Manuela Morais, y REGO, Viterbo do Rodrigo (dir.), Constituição da República Portuguesa: a Letra e o Espírito de uma Lei Fundamental, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1983.

CURA, António Alberto Vieira, Organização Judiciária Portuguesa, Coimbra, Gestlegal, 2018.

FERREIRA, Ana Rita dos Santos, Os Crimes Contra os Animais de Companhia: terão os seus dias contados?, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023.

GOMES, Carla Amado, Tutela contenciosa do ambiente: uma amostragem nacional, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2019.

GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloisa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. II, Parte Especial, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022.

GOMES, Carla Amado, PEDRO, Ricardo, y SERRÃO, Tiago (dir.), O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência, 3a edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2022.

KELSEN, Hans, Jurisdição constitucional, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

KRAUS, Mariella, y LUZ, Otávio Augusto Baptista da, «Ecological judicial governance: the role of the constitutional courts of Brazil and Portugal in environmental protection», DPCE Online, 66 (SP2), 2025, disponibile en: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2289

LANCEIRO, Rui Tavares, «Direito da Biodiversidade», em GOMES, Carla Amado, y OLIVEIRA, Heloísa, Tratado de Direito do Ambiente, Vol. II, Parte Especial, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Público, 2022.

LEONG, Hong Cheng, «Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indenização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022», Revista Portuguesa de Direito Constitucional (RPDC) – Portuguese Review of Constitutional Law, n. 3, 2023.

MEDEIROS, Rui, A decisão de Inconstitucionalidade, Lisboa, Universidade Católica, 1999.

MIRANDA, Jorge, «O sistema judiciário português», Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, out./dez, 2000.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, Introdução à justiça constitucional, Coimbra, Edições Almedina, 2021.

MORAIS, Carlos Blanco de Justiça Constitucional, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2006.

MORAES, Daniela Marques de, y VIEIRA, Guilherme Gomes, «A Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português», en MORAIS, Carlos Blanco de, y PANSIERI, Flávio (dir.), Avanços da Jurisdição Constitucional: diálogos Brasil-Portugal, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa, 2022.

ORRÙ, Romano, «La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, Coimbra Editora, 2006.

ORRÙ, Romano, «Il Portogallo», en CARROZZA, Paolo, DI GIOVINE, Alfonso, y FERRARI, Giuseppe F. (dir.), Diritto costituzionale comparato, Tomo I, Roma-Bari, Laterza, 2014.

ORRÙ, Romano, y CIAMMARICONI, Anna, «Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se as vontades»», en SPECCHIA, Marina Calamo (dir.), Le Corti Costituzionali: Composizione, Indipendenza, Legittimazione, Torino, Giappichelli, 2011.

OSÓRIO, Rogério, «Dos Crimes Contra Animais de Companhia: da problemática em torno da Lei 69/2014, de 29 de agosto», Revista Julgar Online, 2016.

PAMPALONE, Erika, Ivalù, «C'è un giudice a Lisbona: il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica», Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 13, 2014.

PANSIERI, Flávio, y LUZ, Otávio Augusto Baptista da, Controle de constitucionalidade e modulação dos efeitos: a norma decisória concreta e o estabelecimento da identidade do julgado para configuração da expectativa de conteúdo normativo, Porto, Juruá, 2019.

PEGORARO, Lucio, La Corte Costituzionale: un «potere aristocratico» a custodia della Costituzione?, Vicenza, Accademia olimpica, 1996.
PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, Sistemi costituzionali comparati, Torino, G. Giappichelli, 2017.
PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo. Derecho constitucional comparado, Tomo 2, Sistemas constitucionales, Buenos Aires: Astrea, Torino, G. Giappichelli, 2018.
PINO, Giorgio, Il costituzionalismo dei diritti. Strutura e limite del costituzionalismo contemporaneo, Bologna, il Mulino, 2017.
TEIXEIRA, Ana Silva, «O Novo Estatuto Jurídico-Civil dos Animais», Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n.º 2, 2019.
VAGLI, Giovanni, L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, Pisa, ETS, 2001.
VOIGT, Christina, y MAKUCH, Zen (dir.), Courts and the Environment, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2018.
ZAGREBELSKY, Gustavo, Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Traducido por Manuel Martinez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

# Análisis de la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24, respecto de la excepción a la acción de protección –conflictos laborales servidores públicos con el Estado– no prevista por la Constitución ni la Ley, para determinar si constituye una forma de supra inclusión

# Análisis de la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24, respecto de la excepción a la acción de protección –conflictos laborales servidores públicos con el Estado– no prevista por la Constitución ni la Ley, para determinar si constituye una forma de supra inclusión

*Andrés Sebastian Oleas Uvidia*
*Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España*
*Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, se cuenta con garantías jurisdiccionales constitucionales que constituyen una acción directa para tutelar y reparar los derechos constitucionales, los cuales pueden ser vulnerados por acción u omisión de órganos estatales no jurisdiccionales.

De tal manera afirmándose que en caso de que exista una vulneración de un derecho constitucional, la vía idónea y eficaz para que los mismos sean tutelados, es la acción de protección.

Dicha garantía ha sido objeto de una regulación regresiva, pues progresivamente se han establecido mayores limitaciones a su acceso, en abierta contradicción con su naturaleza de mecanismo restaurador de los derechos constitucionales.

Ciertamente, pueden existir casos que de manera evidente resultan improcedentes para ser tutelados en sede constitucional como, por ejemplo, una adquisición extraordinaria de dominio, pero ello no justifica la restricción generalizada que se ha venido

imponiendo en otros supuestos donde sí se configuran vulneraciones de derechos fundamentales.

Con la emisión de la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 (Corte Constitucional del Ecuador, 2024), se estableció una nueva limitación, esta vez respecto de los conflictos laborales de los servidores públicos con el Estado, ejemplificando como uno de estos casos, la cesación de funciones de los servidores públicos, en la cual se determinó que, por regla general para estos asuntos, la vía idónea es la ordinaria, a través de la vía contenciosa administrativa.

De la regla establecida, se generaron dos efectos jurídicos. Por un lado, para acceder a la vía constitucional, se debe incurrir en uno de los supuestos que la Corte Constitucional desarrolló, los que consisten en: si existe una afectación a la dignidad o autonomía del servidor, si existe alguna discriminación, o si por los asuntos que rodean al caso en concreto necesita una respuesta urgente.

Por otro lado, se aleja del estándar de motivación establecido a través de la Sentencia Nro. 1158-17-EP/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021), la cual determinó los requisitos de la motivación aplicada a garantías constitucionales[1], que prima facie, son más rígidos y obligan a un análisis exhaustivo de los hechos puestos a conocimiento de la autoridad judicial.

Empero, para los casos que tengan que ver con conflictos laborales entre servidores públicos y el Estado, se aleja de dicha rigidez, siendo aplicable la misma solo cuando se incurra en los supuestos señalados ut supra. De esta manera, hoy en día existen dos tipos de suficiencia motivacional, el de las garantías jurisdiccionales en general y el de las garantías jurisdiccionales para los casos laborales.

En ese sentido, es importante señalar que, el derecho al trabajo es un derecho fundamental y constitucional, que tiene regulado su contenido esencial desde un punto de vista económico y social[2], que deviene de una fuente convencional y constitucional, previo a su regulación, a través de los cuerpos normativos infra constitucionales, desde de su fase sustantiva y adjetiva.

Por ello, su contenido esencial, es interdependiente a la dignidad humana, ya que a través del ejercicio de este derecho se permite el ejercicio de la dignidad y otros derechos constitucionales, partiendo de que, el trabajo es fuente de la realización del ser humano, por lo tanto, pudiendo ser judicializado en la vía constitucional, cuando fuere vulnerado.

---

[1] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, de fecha 20 de octubre de 2021. Lo que ha sido desarrollado por la jurisprudencia posterior en el sentido de que la motivación en garantías jurisdiccionales incluye la obligación de «realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto»

[2] Constitución del Ecuador, 2008. Art. 33.– El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado».

Ahora como se sabe, no todo derecho constitucional es absoluto, suelen tener sus limitaciones y una de ellas, por la naturaleza de este derecho, suele ser las prescripciones que se van desarrollando a través de normativa, trayendo a colación como ejemplo, el caso de la regulación de la cesación de funciones de los servidores públicos.

En este sentido, si el Estado toma una decisión que, pudiera afectar el derecho al trabajo del servidor público, como, por ejemplo, al cesarlo en funciones, debe verificarse si la decisión tomada se encuentra justificada de forma objetiva y razonable, puesto que, de no serlo, se deberá corroborar si existe una vulneración a sus derechos constitucionales, teniendo como consecuencia el deber de ser restaurado a su estado anterior.

Por ello, resulta necesario determinar si toda decisión estatal respecto de sus servidores públicos debe considerarse únicamente como una cuestión de legalidad, al tratarse de la aplicación de normativa administrativa o, por el contrario, si es plausible reconocer que, en el ejercicio de sus potestades, el Estado puede incurrir en excesos que trascienden el plano meramente legal y vulneran derechos de rango constitucional.

En este último supuesto, no puede olvidarse que el Estado, además de ser legislador y garante, actúa también como empleador, circunstancia que aumenta el riesgo de afectaciones a los derechos fundamentales de los servidores públicos.

En esta línea de ideas, ni la Constitución ni la ley han establecido como excepción a la acción de protección los casos relacionados con la vulneración del derecho al trabajo de los servidores públicos. En consecuencia, dicha restricción carece de fundamento normativo y tampoco puede justificarse como un resultado legítimo del ejercicio interpretativo.

Por el contrario, se sustenta en una falsa analogía entre dos regímenes laborales distintos, el contractual privado y el estatutario público, lo que ha derivado en una regla artificial que ha producido un impacto negativo tanto en la tutela de derechos como en la confianza ciudadana en la justicia constitucional.

## 2. TUTELA JUDICIAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU EJERCICIO EN LA JURISDICCIÓN

La República del Ecuador es signataria de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo tanto, ha aceptado reconocer, desarrollar y garantizar los derechos humanos que ahí se establecen, comprometiéndose a protegerlos a través de mecanismos idóneos para la tutela de estos.

En el caso concreto, se estudia la protección o tutela judicial de los derechos humanos, el cual es establecido como un derecho de protección, que lo recoge el artículo 25.1 de la Convención[3] y el artículo 2 punto 3 literal a) del

[3] Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos funda-

Pacto[4]. La tutela judicial tiene tres núcleos esenciales, siendo el primero el del acceso al proceso, para pasar al segundo núcleo referente a la sustanciación de este y, por último, la ejecución de la sentencia.

Este derecho de protección, permite al ciudadano tener acceso a un procedimiento rápido, sencillo, eficaz para tutelar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, contra violaciones que provengan de un particular o de quienes ejercen una competencia estatal y proceder a repararlos. Consecuentemente, una vez asegurado el fallo a través del recurso en mención, se busca la ejecución de los medios de reparación otorgados.

Por ello, al haber excluido al servidor público del acceso a través de la acción de protección, a la tutela del derecho al trabajo, se le ha impedido que pueda accionar una vía que es rápida, sencilla y eficaz. Puesto que conforme a la Convención y la Constitución del Ecuador, la acción de protección es la vía que cumple todos estos presupuestos.

En ese sentido, no pueden considerarse eficaces aquellos recursos que, debido a las condiciones generales del país o a las circunstancias específicas de un caso, resulten no idóneos para la protección de los derechos.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando su inutilidad queda demostrada por la práctica judicial, como sucede en el Ecuador con la sustanciación excesivamente prolongada de los procesos ante el Tribunal Contencioso Administrativo, o cuando faltan los medios para ejecutar las decisiones adoptadas, configurando así un verdadero cuadro de denegación de justicia. (Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, CIDH, 2001).

La Corte IDH, en sendas sentencias, determinó que se debe garantizar, a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de estos derechos. Dicha efectividad supone no solo la existencia del recurso, sino que además sean efectivos para reparar dichas violaciones. (Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, CIDH, 2011).

Desde el punto de vista dogmático, se ha sostenido que el derecho a la tutela judicial, concebido como derecho de protección, difiere del derecho clásico de defensa, que suele operar frente a ataques interpersonales como, por ejemplo, en el caso del homicidio. En cambio, la tutela, tiene como finalidad garantizar la protección real de los derechos fundamentales frente a los posibles abusos del Estado, configurándose como derechos subjetivos de rango constitucional que imponen a los poderes públicos la obligación de adoptar acciones positivas, ya sean fácticas o normativas, para hacer efectiva su exigibilidad judicial (Alexy, 2007).

Lo cual, se ve ratificado por la Corte IDH, en la que determina que lo señalado en el artículo 25.1 de la Convención, es una disposición de carácter general que recoge

---

mentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[4] a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Parte y por la Convención. Concluyéndose que, el amparo es la vía idónea para la tutela y reparación de todos los derechos, puesto que son susceptibles de amparo sin excepción alguna. (Opinión Consultiva OC-8/87, 1987).

Es así como, el Ecuador, a raíz de la Constitución del 2008, instaura las garantías jurisdiccionales para los fines previamente señalados, con este fin, en el artículo 88[5] de la Constitución, se establece una de ellas, que es la denominada acción de protección, como un mecanismo idóneo, directo y eficaz para la tutela de los derechos constitucionales, sin distinción alguna en materia de derechos por ser todos de igual jerarquía e interdependientes unos con otros.

A esto se lo debe conectar con la tutela judicial efectiva como derecho en sí, mismo que ha sido recogido por el artículo 76 de la Constitución del Ecuador, que en su parte pertinente determina que todo ciudadano tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad estableciéndose inclusive que, en ningún caso quedará en indefensión.

En esta línea de ideas, la defensa de los derechos se puede canalizar en las diferentes vías que se han desarrollado en la legislación ecuatoriana, ya sea por la vía ordinaria en cuestiones de legalidad o la constitucional cuando se trate de derechos constitucionales vulnerados. De esta manera, quedando garantizado el acceso a la justicia del ciudadano, respecto de todas las aristas de sus derechos.

Por ello, la Corte Constitucional estableció una regla precedente respecto de la autonomía de la acción de protección y cómo esta garantía jurisdiccional, bajo ningún punto de vista puede ser concebida como un mecanismo residual y tampoco debe exigirse el agotamiento de otras vías o recursos para que pueda ser ejercida (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, Sentencia No. 001-16-PJO-CC).

Siguiendo este análisis, las vías ordinarias están diseñadas para la resolución y esclarecimiento de controversias relacionadas con la aplicación normativa o cuestiones de legalidad, las cuales se sustancian a través de los mecanismos procesales previstos para cada caso en particular.

Este desarrollo normativo busca evitar la superposición entre jurisdicciones, en tanto cada proceso responde a una finalidad específica. En consecuencia, debe afirmarse que en el ordenamiento ecuatoriano coexisten dos ámbitos diferenciados: la

[5] La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación

jurisdicción constitucional, destinada a la tutela de derechos fundamentales, y la jurisdicción ordinaria, orientada a la revisión de la legalidad de los actos normativos y administrativos.

El caso de estudio tiene una principal característica: Se hace referencia a un grupo en específico, los servidores públicos, los cuales tienen como empleador al Estado, el cual manifiesta su voluntad a través de actos administrativos. Estos actos administrativos, prima facie, tienen una vía regular de impugnación, la vía ordinaria a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

De esto deviene que, las relaciones laborales entre los servidores públicos y el Estado se materializan a través de estos actos administrativos, los cuales fueron regulados y revestidos de principios propios del derecho administrativo para las relaciones Estado - Particular y no la de Empleador - Trabajador.

Por ello, dependiendo del caso en concreto y de las aristas que la rodean, existen las dos vías para la judicialización de los derechos que se alegan vulnerados en la relación Estado Servidor. Entonces, el análisis apunta a determinar, cuándo se demanda en una vía ordinaria o en su defecto en la vía constitucional para la reparación de un derecho vulnerado. Lo que ubica al problema, en el campo de la discusión de la legalidad y constitucionalidad.

Como resultado de esto, la Corte Constitucional ha determinado que los efectos y la naturaleza de un procedimiento administrativo difieren de aquellos de una garantía jurisdiccional. En particular, el procedimiento administrativo tiene como fin la revisión de requisitos de validez del acto administrativo, distintos a la garantía jurisdiccional de la acción de protección cuyo fin es verificar la vulneración de un derecho constitucional y repararlo.

Así, mientras que las pretensiones dentro los procedimientos contenciosos administrativos implican la revisión del cumplimiento de normativa legal y reglamentaria que regula competencias, procedimientos y sanciones en el ámbito administrativo, las pretensiones de una acción de protección se basan en vulneraciones de derechos reconocidos en la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, Sentencia No. 758-15-EP/20).

De esto se infiere que, dependiendo del hecho que se alegue y la fundamentación que se aplique al caso, se debe activar la vía ordinaria o la constitucional. El problema se ve arraigado en esta distinción, cuando la Corte Constitucional en la regla materia de estudio, determina que, por regla general, el derecho al trabajo se encuentra excluido de la vía constitucional.

Para ello, sin que sea tema del presente trabajo, es menester dejar por sentado conceptualizaciones que permitirán tener una idea más clara, de donde viene esta discusión de constitucionalidad y legalidad, señalando de antemano que, no es un criterio que deba ser usado al momento de decidir la vía idónea y eficaz para la tutela de un derecho constitucional.

Para poder diferenciar si se halla ante un hecho que se encuentra en el ámbito constitucional o legal, hay que tener en cuenta que, parte de los fundamentos del

constitucionalismo, son el ámbito formal y el ámbito material. El primero ubicándonos en la rigidez del cuerpo normativo y el segundo en la apertura regulativa de la Constitución.

Respecto de este segundo elemento, Woodrow (2006) sostuvo que la Constitución debe entenderse como un «texto vivo», en constante adaptación a la realidad social y política, alejándose de la visión rígida o puramente formalista. De forma convergente, Peter Häberle (2002) ha desarrollado la idea de la Constitución como una «cláusula abierta» (offene Klausel), en la que los conceptos son amplios y valorativos, permitiendo una interpretación evolutiva orientada por los derechos y principios fundamentales.

Entonces se puede decir que, los casos en los que no se hace referencia a la aplicación de conceptos amplios y valorativos respecto de derechos y principios, se hallan en el campo de la legalidad, en este sentido, su análisis se basa directamente en una cláusula normativa, la cual se centra en la aplicación directa del contenido de la norma infra constitucional.

Esto, si se traslada al campo de la argumentación, se puede ejemplificar en el ejercicio de los denominados casos fáciles. Puesto que, al aplicarse una cláusula normativa, el centro del análisis se basa, por regla general, en silogismos deductivos donde se apela al poder de origen normativo o la denominada ley.

Siendo lo contrario, los denominados casos difíciles en los cuales, el ejercicio de análisis y aplicación va más allá de la ley, puesto que, por regla general se debe a lagunas axiológicas, problemas semánticos, colisión entre principios y demás casos que pudieran ocurrir.

Por ello, para estos problemas que superan una aplicación normativa, el derecho a través de la argumentación, otorga herramientas para poder encontrar la mejor respuesta al caso planteado, como, por ejemplo, la ponderación o interpretación de los principios al momento de resolver un caso difícil.

No obstante, como se señaló en líneas anteriores, este es el análisis conceptual que se debe realizar, al momento de elaborar argumentos y realizar criterios de valorización para la toma de una decisión respecto de un problema, para saber con qué tipo de norma se está tratando y cual debería ser su respectiva aplicación.

Pero de aquello, no se puede concluir en un criterio de decisión, porque no debe ser utilizada para determinar una separación entre legalidad y constitucionalidad al momento de elegir una vía de tutela judicial, puesto que, en materia de vulneración de derechos constitucionales, siempre la vía idónea va a ser la constitucional (Cevallos, 2022).

Adicional a estos criterios para diferenciar la vía, la Corte Constitucional también ha dado luces de aquello, para determinar cuándo corresponde a una vía u la otra, y la ha relacionado directamente con la dignidad de las personas.

Señalando que, si se demanda situaciones no relacionadas con la dignidad de las personas, se deberá contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria. De esta

manera pudiendo ejercer el derecho a la tutela, respecto del aspecto legal del derecho judicializado.

Es así como, se puede concluir que como raíz convencional, el Estado ecuatoriano acoge la disposición dada en los cuerpos normativos señalados ut supra y crea la garantía jurisdiccional denominada Acción de Protección, la cual le permite al ciudadano, indistintamente de la condición que se encuentre, en caso de una vulneración a un derecho constitucional, activar la jurisdicción constitucional como vía idónea y eficaz, para poder solicitar a la justicia la restitución al estado anterior de su derecho constitucional vulnerado.

## 3. ACCIÓN DE PROTECCIÓN O ACCIÓN SUBJETIVA DE PLENA JURISDICCIÓN EN CONFLICTOS LABORALES DE SERVIDORES PÚBLICOS CON EL ESTADO

Como se ha señalado, en el presente trabajo se estudia en específico la situación de los servidores públicos, para lo cual es importante determinar, por qué cabría o no la vía constitucional o en su defecto la vía contenciosa administrativa. Respecto a su situación jurisdiccional, a través de la sentencia Nro. 2006-18-EP/24, (Corte Constitucional del Ecuador, 2024) se estableció:

> 42. Esta Corte identifica una nueva excepción a partir del presente caso: cuando se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, como, por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, finalización de nombramientos provisionales, homologación salarial, supresión de partidas, liquidación, entre otras, el conocimiento del caso corresponde por regla general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
> Esto implica un trato igualitario hacia los servidores públicos respecto de los empleados sujetos al Código del Trabajo o a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues previamente, la Corte ha determinado que, por regla general, los conflictos laborales entre empleados y empleadores (sean estos de empresas públicas o privadas) corresponden a la jurisdicción ordinaria.
> 43. La mentada excepción procede por regla general, a menos que (al igual que con los empleados de empresas públicas y privadas), el caso se refiera a asuntos que comprometan notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor, como por ejemplo en casos de evidente discriminación, o en los excepcionalísimos que requieran una respuesta urgente por las circunstancias que lo rodeen.

Sobre la base de la regla y la excepción, se procede a realizar un análisis, respecto de si se puede excepcionar el derecho al trabajo por regla general de la vía constitucional o solo cuando se refiere a casos patrimoniales y cuáles pueden ser los casos para los cuales cabría una vía contenciosa.

Para ello se debe partir de que, al ser parte de un Estado constitucional, el cual tiene su base en el preámbulo de la Declaratoria universal de los derechos humanos, donde se toma como piedra angular la dignidad intrínseca de la persona y todos sus derechos. Esto quiere decir que, se determinó una construcción de los Estados fundados en esta dignidad, para así evitar que se vuelvan a cometer las atrocidades de la guerra mundial.

Consecuentemente, toda la construcción estatal está dada para la tutela de la dignidad y los demás derechos en sus respectivas aristas, por ello, no solo existen acciones de protección u amparos que busquen la tutela de los derechos constitucionales, sino que, a través de la constitucionalización del sistema jurisdiccional, lo que se busca es que el juez ordinario, a través de un sistema eficaz tutele y repare dichos derechos.

Situación qué aún queda idealizada o se encuentra como una utopía en el país, respecto del proceso de constitucionalización de los procesos judiciales, partiendo de que el propio sistema constitucional de protección tiene sus falencias, por ello mal se podría afirmar que, conforme a la situación real del país, la vía ordinaria sea la idónea, cuando de vulneración de derechos constitucionales se traten.

Es así como, se puede sintetizar a la constitucionalización de la justicia ordinaria, como el proceso en el cual, se tutela los derechos desde un enfoque constitucional y no solo legal, puesto que la defensa de la Constitución ya no es solo privativa del juez constitucional, sino que corresponde a todos los órganos estatales realizarlo, esto debido a que, por la interdependencia de derechos, siempre va a existir un anclaje del núcleo legal del derecho al inderrotable o núcleo esencial.

En este sentido, la Corte Constitucional, respecto de este proceso, determinó que, la constitucionalización de la justicia ordinaria es un ideal de la Constitución que depende de un proceso que todavía no se ha consolidado, y que enfrenta resistencias tanto culturales como institucionales (Corte Constitucional del Ecuador, 2024, Sentencia No. 3109-19-EP-24).

Debiendo sumar al tema que, el proceso ordinario de plena jurisdicción subjetivo, sobre el que se ha determinado que, es la vía idónea para la tutela de estos conflictos laborales, no fue creado bajo principios del derecho al trabajo y su protección como un derecho con carácter social y económico. Lo que quiere decir, que no fue regulado bajo el imperio de los derechos constitucionales y específicamente, los que rigen el ámbito laboral.

De esta manera, se puede afirmar que, el procedimiento contencioso administrativo se puede activar para judicializar criterios de competencia o aplicación normativa, siempre y cuando no devengan en una vulneración a un derecho constitucional como es el del derecho al trabajo.

Puesto que, como se explicó, siempre va a existir esa relación de fuente normativa, ya que, si se sigue el criterio del concepto dogmático o abierto del derecho, como se puede observar en la lectura del artículo 33 de la Constitución[6], el contenido del de-

[6] Constitución del Ecuador. (2008). Art. 33.– El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las

recho al trabajo se desarrolló en normativa infra constitucional o legal, como el caso de los trabajadores privados a través del Código del Trabajo y los servidores públicos a través de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Partiendo que, pueden existir vulneraciones a derechos constitucionales, sobre la base de una afectación a la seguridad jurídica que, por antonomasia es una afectación por acción u omisión a un precepto normativo. Cómo, por ejemplo, no cancelar la remuneración que le corresponde al servidor público conforme al trabajo que realiza, sobre un derecho previsto en la normativa infra constitucional[7]

Lo que conllevará a una vulneración del núcleo esencial del derecho del servidor, que se lo denomina justa remuneración[8] que, consecuentemente no permitirá al servidor público, percibir su fuente de ingreso que se traduce en su remuneración que, a su vez, le imposibilitará el ejercicio de su vida digna, lo cual, al verse afectada, incurre en uno de los supuestos para acceder a la acción de protección.

Pudiendo concluir que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden identificarse, en términos generales, dos vías para la tutela de los derechos: la vía legal y la vía constitucional. La primera se materializa principalmente a través de la jurisdicción contencioso-administrativa u ordinaria, cuyo objeto es verificar la legalidad de los actos administrativos o de las relaciones jurídicas sometidas a normas infra constitucionales.

La segunda corresponde a la acción de protección, concebida como garantía jurisdiccional destinada a tutelar de manera directa los derechos constitucionales frente a vulneraciones por parte de autoridades o particulares.

Sin embargo, la distinción no es absoluta. La normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han mostrado que en determinados casos las fronteras entre legalidad y constitucionalidad se difuminan, de manera que un mismo asunto puede involucrar tanto la revisión de la legalidad de un acto administrativo como la constatación de la vulneración de derechos fundamentales, como el caso de la justa remuneración.

---

personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

[7] Ley Orgánica del Servicio Público. (2010). Art. 23.– Derechos de las servidoras y los servidores públicos.– Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos: b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables

[8] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 75-15-IN/21 de fecha 5 de mayo de 2021. 16. En este orden de ideas, resulta importante primero ubicar a la figura de la justa remuneración en el contexto del ejercicio de derechos laborales de los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 326 numeral 2 de la Constitución establece: «2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario». De igual manera, en el artículo 32872 se regula el derecho a la justa remuneración y el segundo inciso del artículo 229 califica a los derechos de los servidores públicos como irrenunciables y señala que «La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia»

En tales circunstancias, la discusión no puede resolverse únicamente desde el plano formal de la competencia, sino que exige al juez un análisis material de la afectación alegada. Está claro entonces que, para el Ecuador, la vía idónea para la tutela de los derechos constitucionales y su reparación siempre va a ser la acción de protección, empero el problema se da cuando existe aún los rezagos en el juez ordinario, de la diferenciación o separación de la legalidad de la constitucionalidad.

Lo cual se ve reafirmado, cuando la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, que regula el procedimiento de la acción de protección, determina como causal de inadmisibilidad, una subsidiariedad respecto de la garantía. Es decir, probar la inexistencia de otro mecanismo eficaz y, en caso de existir, demostrar que el mismo no es el idóneo.

Sobre la base de este principio de subsidiariedad, se entiende que la Corte Constitucional ha establecido una regla general de acceso a la jurisdicción. Sin embargo, dicha regla no atiende a la realidad procesal de los procedimientos subjetivos de plena jurisdicción ni a su práctica efectiva.

A ello debe añadirse que, tratándose del derecho al trabajo, cuya naturaleza es la de un derecho fundamental estrechamente vinculado con la dignidad humana, la vía idónea para su protección no puede ser otra que la jurisdicción constitucional.

Es así como, en el caso de los servidores públicos, las relaciones laborales se materializan principalmente a través de actos administrativos, en su mayoría formalizados mediante las denominadas acciones de personal. Estos actos constituyen la manifestación unilateral de voluntad del Estado y, por tanto, cumplen con los requisitos propios de los actos administrativos. En consecuencia, prima facie, la vía contencioso-administrativa aparece como el mecanismo idóneo, de manera general, para su impugnación.

Empero, el problema surge cuando, en el marco de las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos, una acción u omisión estatal genera vulneraciones al derecho al trabajo y a sus derechos interdependientes, como la seguridad jurídica o el derecho a un trato no discriminatorio.

En estos casos, como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional, tales afectaciones se apartan del fin para el cual fue concebido el procedimiento subjetivo de plena jurisdicción, el cual no está diseñado para reparar violaciones de derechos fundamentales.

Para ello es importante señalar que la vía de plena jurisdicción subjetiva fue creada en Ecuador a raíz de la promulgación de la Ley de jurisdicción contenciosa administrativa de 18 de marzo de 1968, donde se establecía el alcance de la siguiente manera: «…El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata…»

Esto quiere decir que, desde sus inicios nunca se incluyó en su regulación y tramitación, un procedimiento específico para el ámbito laboral, sino más bien una generalidad

respecto de los derechos subjetivos en su contenido legal propiamente dicho. Lo cual se mantiene hasta el día de hoy vigente con la actual regulación denominado Código Orgánico General de Procesos. Teniendo como premisa, la relación Estado– Particular, más no Empleador– Trabajador a través de la verificación de la legalidad de dichos actos.

La Corte Constitucional (2022), respecto de los principios que rigen un proceso jurisdiccional relacionado con el derecho al trabajo, ha mencionado que:

> Es necesario considerar que el alcance, efecto e influencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho laboral se realiza a través de preceptos propios de esa rama, entre ellos el principio de indubio pro operario. Además, la resolución de los litigios laborales debe tener como principio rector la fuerza expansiva de los contenidos constitucionales y la fuerza vinculante de la Constitución. 14. Por lo tanto, los derechos fundamentales se convierten en criterios de validez y, en consecuencia, los poderes no pueden desentenderse de los mismos deben respetar y tener en cuenta sus actuaciones y todo el sistema de derechos fundamentales establecido en la Constitución. (Sentencia Nro.1095-20-EP/22)

Se puede citar, por ejemplo, el caso de España donde expresamente la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa y sus respectivas reformas, reformó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en su articulado 3, estableciendo expresamente una prohibición para que los Órganos jurisdiccionales de orden social, conozcan los casos relacionados con el ámbito laboral en materia de impugnación de actos administrativos.

De igual manera en Colombia, en el artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expresamente regula la situación laboral de los servidores, inclusive separando la vía a los que pertenecen al Código del Trabajo o son trabajadores oficiales como allá se los denomina.

Esto demuestra que, en el plano sustantivo, tanto la normativa española como la colombiana han definido expresamente la vía aplicable. No obstante, desde una perspectiva adjetiva, el tratamiento resulta similar al previsto en Ecuador, pues en los tres ordenamientos la discusión gira en torno a la impugnación de actos administrativos con efectos individuales, frente a los cuales, en caso de afectación, el administrado puede solicitar su nulidad.

El punto en común de las jurisdicciones comparadas se da en el análisis de la legalidad del acto administrativo con las características del derecho administrativo general. Por ello, si se analiza la Constitución del Ecuador, en su artículo 171 establece que los mismos pueden ser impugnados en la vía administrativa y jurisdiccional.

Consecuentemente, el procedimiento subjetivo, al haber sido diseñado sin contemplar las particularidades propias de las relaciones laborales, se mantiene en esa misma línea en la normativa vigente. Así, tanto el Código Orgánico Administrativo en su artículo 229, como el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 329,

reproducen este enfoque, consolidando un tratamiento procesal que responde a la lógica del derecho administrativo general y no a la del derecho laboral.

Por ello, la normativa ha establecido una presunción de legitimidad y ejecutoriedad a favor de los actos administrativos, lo que los reviste de autoridad y desplaza la carga de la prueba hacia el demandante. En consecuencia, corresponde al servidor público, en su calidad de servidor, desvirtuar dicha presunción y demostrar la ilegitimidad del acto impugnado.

Lo que dista, a lo determinado por la Corte Constitucional, respecto de la sustanciación de procedimiento relacionados con el derecho al trabajo, donde se debe tener como principio rector, la fuerza expansiva de los contenidos constitucionales y la fuerza vinculante de la Constitución. En este sentido, existiendo una tensión entre los principios que revisten al acto administrativo y los principios que revisten al derecho al trabajo.

Por ello, puede afirmarse que, al no existir en el ordenamiento una institución procesal específica sustentada en principios laborales, opera de manera prevalente la presunción de legalidad en favor de la autoridad nominadora o empleador. Este diseño resulta contrario al principio protector que informa las relaciones laborales, dentro del cual se integran los subprincipios de in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa.

Las cuales no pudieran ser aplicadas en el proceso de plena jurisdicción subjetiva, debido a que el tratamiento que se da en esta vía se basa y reviste en principios del derecho administrativo en general. Lo que, de antemano, conforme a la ley, obliga al juez a tener una postura de favorabilidad del acto impugnado, en razón a los principios que lo rodean y su verificación, incurre netamente en corroborar los requisitos de validez.

Pudiendo afirmarse entonces que, tal como está la vía adjetiva desarrollada, no cumple con los parámetros de protección de derechos laborales y su respectiva reparación efectiva, salvo para cuantificaciones, por ejemplo, por ello, debería adaptarse a la realidad laboral y determinar un procedimiento que sea revestido con los principios propios del derecho adjetivo al trabajo.

La Corte Constitucional (2020), ha determinado que, pese a lo señalado la vía contenciosa es la eficaz e idónea para asuntos laborales, empero respecto de otros derechos, como por ejemplo la no discriminación, ha determinado que no fueron considerados para la construcción de dicha vía (Sentencia Nro. 3-19-JP/20).

A esto sumándose que, la práctica en el país dista de ser una vía idónea y eficaz, teniendo como regla general en demora por la sustanciación de un recurso subjetivo de plena jurisdicción, la cantidad aproximada de 5 a 6 años. Para lo cual, objetivamente no se vuelve una vía idónea ni eficaz, para la restauración de los derechos.

La Corte IDH ha dicho que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Y lo ejemplifica de tal manera, que se adecua a la realidad ecuatoriana, cuando mencionan que, su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica judicial.

Este criterio se ajusta al sistema procesal ecuatoriano, en la medida en que la práctica judicial ha demostrado la inutilidad de ciertos mecanismos para garantizar los derechos. Asimismo, la Corte ha señalado que también existe denegación de justicia cuando se incurre en un retardo injustificado en la resolución de los procesos, como ocurre en el contexto nacional, donde la sustanciación de causas puede extenderse hasta seis años. (Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, CIDH, 2003)

Realidad que ha sido acogida por la Corte Constitucional del Ecuador en algunas sentencias, inclusive, haciéndose referencia a la sentencia que hoy es materia de estudio. En estos pronunciamientos la Corte hace énfasis en la demora y como no se vuelve una vía idónea para la realidad de la práctica. Por ello me permito citar las mismas, en orden cronológico. En la Sentencia Nro. 085-12-SEP-CC, señaló:

> No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros «mecanismos de defensa judicial») devienen en ineficaces para la protección de esos derechos. (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

De la mano, en Sentencia Nro. 3109-19-EP/24, en el voto concurrente se determina que la vía contenciosa, no necesariamente es la vía idónea y tutelar para todos los casos, por ello hasta se hace un llamamiento al razonamiento de los jueces de los factores a determinar, para señalar que la vía contenciosa es la idónea. Por ello señala lo siguiente:

> Entre otros factores, en su razonamiento las y los jueces deberán considerar que la justicia contencioso-administrativa no es necesariamente una vía rápida o sencilla, sino que se caracteriza por la excesiva carga procesal y mantiene un importante retraso procesal. A esto se suman los breves tiempos de caducidad de la acción y el hecho de que no existen dos instancias, sino una única instancia seguida de un recurso eminentemente técnico como es la casación. (Corte Constitucional del Ecuador, 2024)

Es importante distinguir entre dos cuestiones que suelen confundirse en la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, el debate sobre si la vía adecuada para los conflictos laborales de los servidores públicos corresponde a la jurisdicción laboral o a la jurisdicción contencioso-administrativa. En segundo lugar, la discusión sobre si tales conflictos deben resolverse en la jurisdicción ordinaria o si, por su conexión con derechos constitucionales, cabe acudir a la jurisdicción constitucional mediante la acción de protección.

La sentencia No. 2006-18-EP/24 de la Corte Constitucional (2024) se inscribe en este segundo plano[9], pues no redefine la distribución entre la vía laboral y la contencioso-administrativa, sino que establece que, por regla general, las controversias laborales de los servidores públicos deben tramitarse en sede contenciosa, salvo cuando se configuren vulneraciones directas a la dignidad, la autonomía o se evidencien situaciones de discriminación o urgencia que habilitan la acción de protección.

En el contexto ecuatoriano, el problema central no se limita a determinar si los conflictos de los servidores públicos deben resolverse en la vía laboral o en la contencioso-administrativa, sino a definir en qué medida tales controversias pueden o deben ser conocidas en sede constitucional mediante la acción de protección.

La jurisdicción contencioso-administrativa, aunque fue diseñada para controlar la legalidad de los actos administrativos, presenta dificultades prácticas, como los extensos tiempos de tramitación, que cuestionan su eficacia real en materia de derechos fundamentales.

Esto permite concluir que, en la actualidad, la vía contencioso-administrativa no constituye un mecanismo idóneo ni eficaz para la resolución de los conflictos laborales de los servidores públicos, ya que no fue diseñada con ese propósito y, además, en la práctica se ha demostrado que su tramitación resulta inviable debido al tiempo excesivo que demandan estos procesos[10].

Debe quedar claro que no todo conflicto laboral puede canalizarse a través de la vía constitucional, pues ello supondría desnaturalizar la acción de protección. En este trabajo, el análisis se circunscribe únicamente a aquellos casos previstos en la regla estudiada que implican una vulneración directa de derechos constitucionales y que exceden las excepciones establecidas por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional (2020), ha determinado como discusiones de índole estrictamente laboral, el pago de remuneraciones adeudadas u otro tipo de haberes laborales, la verificación de las causales de procedencia del visto bueno u otras alegaciones respecto a la terminación de la relación laboral como despido intempestivo y, en general, conflictos cuya pretensión sea el reconocimiento de haberes laborales, cuentan con una vía adecuada y eficaz ante la justicia ordinaria. (Sentencia Nro. 1679-12-EP-20).

De lo que se puede denotar que su fundamento esencial tiene como fuente la relación empleado – empleador, donde se convergen dichas instituciones, las cuales no pueden

---

[9] En el Ecuador está claro que, para los servidores públicos no existe ni cabe la discusión de si deberían ir a la vía ordinaria laboral, puesto que la misma regula relaciones contractuales, siendo lo contrario, las estatutarias que regula el proceso contencioso administrativo. El problema radica en que, la vía contenciosa no fue construida para la tutela de los derechos laborales de los servidores.

[10] Caso práctico Nro.17811-2021-00369, demanda contencioso-subjetiva, interpuesta de un servidor público cuya partida presupuestaria fue suprimida de forma ilegal. Dejándolo sin su trabajo y sustento de vida. Los hechos ocurrieron el 30 de septiembre del 2020. La demanda ante el Tribunal contencioso administrativo se interpuso el 05 de febrero del 2021. Se calificó la demanda el 15 de marzo del 2021. Se llevó a cabo la audiencia preliminar el 18 de agosto del 2025 y se ha señalado la audiencia de juicio para el 11 de mayo del 2026. (Judicatura, 2025)

ser aplicadas al régimen del servidor público. Debido a que la terminación de una relación laboral no es la misma, no tiene las mismas condiciones ni consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, la vía constitucional siempre va a ser la vía idónea para la tutela de derechos constitucionales y la ordinaria para las discusiones de mera legalidad que, si se traduce al caso concreto, puede ser, por ejemplo, reclamaciones de índole de cuantificación de haberes, puesto que las otras figuras tienen sus propias características del derecho laboral público, tales como la supresión de puesto, por ejemplo.

## 4. LA FIGURA DE LA SUPRA INCLUSIÓN: DEFINICIÓN Y USO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Varios autores se han pronunciado respecto de las figuras de la supra e infra inclusión de forma expresa como Schauer y otros, han aportado con sus bases, en este caso se hace referencia a Dworkin, quien buscaba tener una teoría argumentativa del derecho donde buscaba encontrar siempre la única y mejor respuesta.

En su obra los derechos en serio, el autor se basa en su teoría del todo o nada, donde las reglas son aplicables en dicha forma. Si los hechos que estipula la regla están dados, entonces la regla es válida y la respuesta que proporciona debe ser aceptada; si los hechos no están dados o la regla no es válida, entonces no cuenta para nada en la decisión (Dworkin, 1989)

A partir de esta concepción, Dworkin explica que puede haber casos en los que la regla se aplique a situaciones que no deberían estar abarcadas (lo que la teoría posterior llamará (supra-inclusión) y, a la inversa, casos en que deje fuera supuestos que deberían estar incluidos (infra-inclusión).

Por ello, es menester nombrar a Frederick Schauer, a quien se le atribuye ya el uso de los conceptos de supra e infra inclusión. En su obra, Las reglas en juego, explicó que todas las reglas, al ser generales, son susceptibles de ser sobreinclusivas e infrainclusivas respecto de los fines que persiguen. Una regla es sobreinclusiva cuando se aplica a casos en los que no debería aplicarse; e infrainclusiva cuando deja fuera casos a los que debería alcanzar (Schauer, 2004).

Continuando con Dworkin, se realiza el análisis en su etapa como filósofo en derecho que, haciendo un cuestionamiento a la obra de Hart, fue más allá de las reglas, por ello creo su concepto doctrinal donde nos aporta una de sus grandes instituciones como es la de la interpretación.

He de recordar que, aquí nace la conceptualización de reglas, principios y directrices, dependiendo de cada una, al momento de interpretar, existen pasos para corroborar la existencia o no de estas instituciones jurídicas.

Por ejemplo, en, Justicia para erizos, donde explica la relación estructural entre la ética, la moral y la justicia a la cual la denomina unida del valor, para efecto práctico en el presente trabajo, se lo explica como una planta (Dworkin, 2014).

Donde las raíces son los valores éticos, de esos valores éticos surge la moralidad, de la moralidad surgiría una rama que sería la política y de la política una sub-rama que sería el derecho. De manera que los valores éticos sería el origen, luego la moralidad, luego la política (dimensión institucional) y luego el derecho (que da forma jurídica a las exigencias de la dimensión institucional).

De ello se deriva que Dworkin reconoce la existencia de desacuerdos en el ámbito jurídico, en particular los llamados «desacuerdos teóricos» sobre el derecho. Para afrontarlos, propone una interpretación constructiva, semejante a la que realizan los críticos literarios o artísticos: no se trata de descubrir la intención original del autor, sino de ofrecer la mejor justificación moral y política posible de la práctica jurídica en su conjunto.

Es así como se crea un modelo constructivo de interpretación que consta de 3 etapas, pre interpretativa, interpretativa y post interpretativa, la cual nos lleva a determinar justamente, respecto de este análisis el denominado concepto de soundness, lo que nos quiere decir que, determinar cuál es la que se aplica mejor a través de la denominada en castellano, la académica regla de ponderación de principios.

En este marco, realizando una sistematización de los conceptos de Dworkin[11], se distingue cuatro niveles de análisis del derecho: el nivel semántico, el filosófico, el doctrinal y el adjudicativo. Mientras el positivismo jurídico tradicional suele limitarse al nivel semántico, centrado en el significado literal de las normas, su propuesta avanza hacia niveles más complejos que integran la filosofía moral y política, la dogmática jurídica y, finalmente, la práctica judicial. Esta ampliación explica por qué el positivismo estrictamente semántico fue quedando rezagado frente a los desarrollos posteriores en la teoría del derecho.

En esta línea de ideas, para entender la figura de la supra inclusión, es necesario partir por las fuentes del derecho. Dentro de las fuentes, están las normas provenientes de autoridades judiciales, las cuales se materializan a través de sentencias y son consideradas como guías para decisiones futuras.

Para ello, es menester diferenciar, dentro de qué sistema de derecho se está desenvolviendo. Es decir, si se encuentra ante el Common law, sobre la base del desarrollo de la regla precedente o ante el civil law con su jurisprudencia de triple reiteración.

Empero, esta clasificación no debe entenderse de manera tajante, sino como una guía explicativa. En efecto, se observa cómo, en la práctica, los sistemas jurídicos tienden a adoptar instituciones de uno y otro modelo.

Así, en el Ecuador, a pesar de pertenecer al sistema de civil law, la Corte Constitucional ha desarrollado la figura del precedente vinculante en sentido estricto como

[11] Varios autores de forma académica explican la filosofía de Dworkin, a través de estos 4 conceptos. Algunos de forma expresa otros no. Por ejemplo, Manuel Atienza, señala que: El positivismo jurídico, en su versión más estricta, reduce el derecho a un conjunto de enunciados normativos cuyo análisis se limita a una cuestión semántica. De ahí que resulte incapaz de dar cuenta de los problemas que plantea la práctica constitucional contemporánea, en los que los principios y valores cumplen un papel decisivo. (Atienza, 2024).

fuente del derecho. Si bien esta técnica es característica del common law, en el contexto ecuatoriano ha sido adaptada al marco del derecho constitucional, configurándose como una innovación propia dentro de la tradición continental.

En este modelo, el juez que dicta la sentencia no solo resuelve un caso concreto, sino que puede introducir normas generales mediante la técnica del precedente. Estas normas, en tanto creación expresa de un órgano autorizado, se consideran fuentes-acto. En cambio, cuando la obligatoriedad deriva de la reiteración jurisprudencial –como ocurre con los fallos que adquieren fuerza obligatoria por repetición–, se habla de fuentes-hecho, dado que su autoridad proviene de la práctica y no de un acto normativo individual (Aguiló, 2012).

En el Ecuador, la Constitución ha otorgado a la Corte Constitucional la facultad de dictar jurisprudencia vinculante[12] (art. 436.6). En términos dogmáticos, esta facultad puede describirse como una fuente-acto, pues se trata de normas producidas directamente por un órgano autorizado, en el sentido que señala Aguiló.

Ahora bien, la jurisprudencia vinculante no debe confundirse sin más con el precedente constitucional: este último constituye la forma en que la Corte, al resolver un caso concreto, establece una regla de decisión obligatoria para casos futuros análogos. De este modo, el sistema ecuatoriano, aun dentro de la tradición de civil law, ha incorporado una técnica propia del common law, aunque adaptada a su marco constitucional.

Por ello, en la Sentencia Nro. 109-11-IS de 26 de agosto del 2020, donde se determinó que, no toda ratio decidendi constituye un precedente, determinando el condicionamiento de su nacimiento a la creación del derecho a través de la interpretación y no una subsunción del derecho previamente establecido.

En este sentido, la supra inclusión se va a determinar a raíz del estudio de la Sentencia 2006-18-EP/24 que, a decir de la Corte Constitucional constituye una regla precedente, por ello el análisis de la supra inclusión será sobre la norma que nace de la ratio decidendi.

Lo anterior no se agota en el mero hecho de identificar una fuente acto derivada de una regla precedente, como lo plantea Aguiló, sino que exige además analizar el principio que sustenta dicha regla. En el caso concreto, dicho principio no supera lo que podría denominarse la regla de prevalencia de principios, pues, como se explicará en un capítulo posterior, la ponderación realizada no garantiza adecuadamente el derecho del servidor a acceder a una garantía constitucional.

Ahora bien, se debe analizar desde su doble juego de valores al derecho, como señalaría Ángeles Rodenas, para determinar ante qué tipo se encuentra, ya se visto como expansión del derecho o como comprensión del derecho.

---

[12] Constitución del Ecuador. (2008). Art. 436.– La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

Respecto de la expansión del derecho se refiere a la infra-inclusión, la cual deviene por criterios jurídicos indeterminados y por una interpretación extensiva. Para el caso del primer punto se recurre a las convenciones de interpretación y, respecto del segundo a los valores subyacentes de la regla.

Por el lado de la comprensión del derecho se refiere a la supra inclusión, la interpretación restrictiva de la norma exige acudir a los valores subyacentes del derecho, lo que permite limitar el alcance de determinadas disposiciones en aras de la coherencia constitucional.

## 5. CONTEXTO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NRO. 2006-18-EP/24

### 5.1. Antecedentes del caso

El 8 de mayo de 2018, Adriana Paulina Peñafiel Borja interpuso una acción de protección contra el Instituto de Economía Popular y Solidaria, impugnando la acción de personal mediante la cual se dio por terminado su nombramiento provisional, a pesar de encontrarse embarazada. Sobre la base de este caso en concreto, la Corte crea la regla precedente contenida en la misma, en la que dispone:

> Con este antecedente, esta Corte identifica una nueva excepción a partir del presente caso: cuando se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, como por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, finalización de nombramientos provisionales, homologación salarial, supresión de partidas, liquidación, entre otras, el conocimiento del caso corresponde por regla general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto implica un trato igualitario hacia los servidores públicos respecto de los empleados sujetos al Código del Trabajo o a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues previamente, la Corte ha determinado que, por regla general, los conflictos laborales entre empleados y empleadores (sean estos de empresas públicas o privadas) corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Como se observa, la sentencia bajo análisis estableció la exclusión de la acción de protección para los conflictos laborales entre los servidores públicos y el Estado, llegando incluso a ejemplificar los casos que no podrían ser conocidos en sede constitucional. Al mismo tiempo, la decisión se apartó del estándar de motivación exigido en las garantías jurisdiccionales, lo que supuso una limitación al acceso efectivo de esta garantía.

### 5.2. Análisis del razonamiento jurídico empleado por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre la motivación en materia de garantías jurisdiccionales. En este ámbito, no solo se exige el

cumplimiento de los estándares generales de motivación suficiente, sino también un grado reforzado de motivación.

Este estándar implica un análisis minucioso de la presunta vulneración de derechos constitucionales y, posteriormente, la determinación de su inexistencia, de ser el caso. Además, el juez tiene la obligación de precisar cuál es la vía idónea para la tutela de los derechos en cuestión. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, Sentencia No. 1158-17-EP/21)[13]

En el presente caso, la Corte se aleja de dicha regla precedente para el caso en concreto, lo cual va en contra de la naturaleza de las garantías constitucionales, así lo determina el voto concurrente de la sentencia materia de estudio:

> Con relación a lo anterior, he expresado en ocasiones previas mi discrepancia con el establecimiento de una excepción a la motivación en garantías jurisdiccionales cuando existe un proceso ordinario. En este sentido, en mi voto salvado dentro del caso 1558-19-EP/23, manifesté mi criterio de que la acción de protección no puede ser residual y he insistido en la diferencia y naturaleza de las vías ordinaria y constitucional.

Esto se conecta directamente con la afectación a la tutela judicial efectiva y con la judicialización del derecho al trabajo. En efecto, al haberse apartado del estándar de motivación aplicable a las garantías constitucionales, cuando no se configura un caso excepcionalísimo, el juez se ve impedido incluso de analizar si existió o no vulneración de derechos fundamentales.

Asimismo, el fundamento expreso de la decisión de la Corte Constitucional fue equiparar la situación procesal del trabajador privado con la del servidor público. Esa equivalencia, concebida como una regla de prevalencia de principios, dio origen a la regla jurisprudencial que constituye hoy el objeto de este estudio.

Partiendo de que el procedimiento de la acción de protección es un proceso de solemnidad condicionada14, que incluso permite su interposición sin demanda formal, debe entenderse que existe una legitimación amplia. Por ello, no resulta correcto desechar de manera general las acciones de protección únicamente porque se aleguen situaciones de carácter laboral con el Estado.

---

[13] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, de fecha 20 de octubre de 2021. En materia de acción de protección, los jueces «deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derecho constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. [...Y] únicamente cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales [...] podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido». Lo que ha sido desarrollado por la jurisprudencia posterior en el sentido de que la motivación en garantías jurisdiccionales incluye la obligación de «realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto».

De la lectura de la sentencia objeto de estudio se desprende, además, que las exclusiones no se circunscriben únicamente a los aspectos patrimoniales, sino que abarcan figuras vinculadas a la terminación de la relación laboral y la seguridad jurídica.

La Corte ejemplifica estas exclusiones de manera general, extendiéndolas a diversos supuestos que podrían presentarse en el ámbito del sector público: «…se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, finalización de nombramientos provisionales, homologación salarial, supresión de partidas, entre otras…»

Para sostener que ningún acto administrativo en materia laboral de los servidores públicos puede ser tramitado en la vía constitucional o, en su defecto, en lo contencioso administrativa, como lo ha señalado la Corte Constitucional, es necesario atender a las razones que esta ha esgrimido para diferenciar entre la dimensión constitucional y la legal.

En este marco, la Corte ha recurrido a la dogmática, estableciendo que lo propiamente constitucional se vincula con aquellas situaciones que afectan directamente a la dignidad.

Así, en regla precedente Nro.001-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016, estableció lo siguiente:

> En consecuencia, si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo, los de índole patrimonial, deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria. (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)

Pero, pareciere que el problema recae desde el punto de vista o conceptualización que se tiene con la dignidad. Referente cuando a la dignidad se la considera como un derecho autónomo en sí, tal cual, como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, etc. y, no el conjunto de relaciones que existen entre los derechos constitucionales.

Para este análisis resulta pertinente acudir a Kant[14] y a su formulación del imperativo categórico, a partir del cual desarrolla el concepto de dignidad y persona. En particular, el segundo imperativo establece que el ser humano debe ser tratado siempre como un fin en sí mismo y nunca únicamente como un medio o instrumento.

Siguiendo el argumento la dignidad humana se presenta primero como una concepción ética, acerca de cómo debemos vivir nuestras vidas y, a continuación, nos permite identificar el contenido de la moral, el cómo debemos tratar a los demás, Los actos inmorales serán aquellos que insultan la dignidad de los otros (Alemany, 2015).

[14] Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como un medio (Kant, 2003).

En esta línea dogmática, Atienza nos señala que la dignidad es el fundamento de todos los derechos y que, a su vez, estos derechos se vuelven una articulación normativa que protege la dignidad. Por ello, asevera que no es posible, vulnerar la dignidad de alguna persona sin que al mismo tiempo atentar contra alguno de los otros derechos fundamentales (Atienza, 2022).

De este modo, la dignidad de las personas se concreta a través de otros derechos, entre ellos el derecho al trabajo, entendido como un derecho humano y constitucional. Este no constituye, en sí mismo, un derecho de carácter patrimonial; sin embargo, de su ejercicio derivan derechos laborales patrimoniales, como la remuneración. Por ello, no puede sostenerse que el derecho al trabajo se encuentre excluido de la tutela constitucional.

Así también la Corte Constitucional (2021) mediante sentencia No. 1292-19-EP/21[15] de fecha 15 de diciembre de 2021, sobre el derecho a una vida digna señaló como parte de las condiciones para acceder o ejercer la vida digna, se debe tutelar de estos para asegurar el proyecto de vida.

En este sentido, el derecho al trabajo[16] forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales son interdependientes con la dignidad humana, en tanto posibilitan el desarrollo económico y social de la persona y, con ello, el pleno ejercicio de una vida digna.

Siguiendo esta línea, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Constitucional del Ecuador han señalado que el derecho al trabajo no es absoluto, sino que admite limitaciones. En consecuencia, la terminación de una relación laboral debe fundarse siempre en razones objetivas y razonables[17].

---

[15] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1292-19-EP/21, de fecha 15 de diciembre de 2021. En este sentido, el artículo 66.2 de la CRE, ha enunciado, de forma no taxativa, como condiciones para el disfrute de una vida digna, el acceso a «la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios»

[57.] Todo lo visto, se encuentra vinculado a la noción de «proyecto de vida» que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado, la cual está inspirada en el concepto de realización personal, que implica una remisión hacia el desarrollo de las capacidades y oportunidades que cada persona puede tener, a fin de construir su propio destino: El «proyecto de vida» se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial.

[16] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 3-19-IN/21, de fecha de 10 de noviembre de 2021. Derecho al trabajo: «…esencial para la realización y garantía de otros derechos fundamentales y constituye una parte inherente e inseparable de la dignidad humana. Respecto a este derecho, esta Corte ha resuelto que «debe ser tutelado por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen el trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores…»

[17] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 376-20-JP/21 de fecha 21 de diciembre de 2021. «…La Constitución reconoce el derecho al trabajo. El derecho al trabajo no es un derecho ab-

Por otro lado, en relación con los derechos de carácter patrimonial, existe consenso en que estos guardan una estrecha vinculación con la dignidad humana, pues constituyen un elemento indispensable para la realización integral de la persona.

Para ello se debe relacionarlo con el contenido de la libertad, viendo a esta libertad no solo como una ausencia de normativa opresiva a la esencia de nuestros derechos, sino más bien como la exigencia de leyes de protección que contrarresten las fuerzas que por su propia naturaleza, si se las deja en libertad atropellarían la misma de los ciudadanos (Zagrebelsky, 2015).

Si se traslada esta discusión al caso ecuatoriano, puede afirmarse que la acción de protección constituye una garantía frente a eventuales abusos del poder constituido, en tanto permite exigir el respeto y la reparación de los derechos constitucionales. En este sentido, los derechos fundamentales funcionan como un límite al poder estatal.

Esta concepción guarda afinidad con la idea de Dworkin de que los derechos actúan como trumps, es decir, como cartas de triunfo frente a consideraciones utilitaristas o políticas colectivas. No obstante, debe aclararse que, para Dworkin, los derechos se fundan en el principio de igual consideración y respeto hacia la dignidad de cada persona, y de ello no se desprende de manera directa qué vía jurisdiccional corresponde utilizar en un caso concreto, por ejemplo, para la protección del derecho al trabajo (Dworkin, 1989).

Más bien, corresponde a cada ordenamiento jurídico diseñar los mecanismos procesales adecuados, que en el caso del Ecuador se han articulado a través de la acción de protección y, al partir que se fundan hacia el respeto de la dignidad de la persona, esto se relaciona intrínsecamente con el derecho al trabajo.

En esta misma línea, resulta pertinente distinguir entre la libertad formal y la libertad real. Mientras la primera se limita al reconocimiento jurídico abstracto de los derechos, la segunda es la que efectivamente posibilita su ejercicio y disfrute.

Por ello, es fundamental establecer la relación entre dignidad, derechos patrimoniales y libertad, en tanto esta última constituye la condición material indispensable para la realización plena de los derechos constitucionales. «...El principio que fundamenta y orienta la interpretación de los derechos. Todos los derechos, incluidos los de carácter patrimonial, encuentran en la dignidad su razón de ser, porque el contenido material de la vida es condición necesaria para la libertad real..». (Zagrebelsky, 2011).

Cabe añadir que, al tratarse de una relación estatutaria entre los servidores públicos y el Estado, su regulación se encuentra sometida a la ley y a la normativa administrativa correspondiente. En consecuencia, la actuación administrativa puede llegar a vulnerar derechos conexos, como los derechos de protección.

---

soluto y puede tener limitaciones. El sistema jurídico reconoce, tanto en el sector público como en el sector privado, causales para la terminación del trabajo. Las causales deben estar establecidas en la ley y debe aplicarse el debido proceso previo a la determinación de la causal. En consecuencia, la terminación del trabajo no afecta derechos constitucionales siempre que se realice acorde a los procedimientos establecidos en la ley y conforme las garantías del debido proceso...»

En el ámbito laboral privado, la terminación de la relación se produce de manera unilateral, como manifestación directa de la autonomía de la voluntad del empleador. En cambio, en el sector público, la cesación de funciones de los servidores únicamente puede disponerse con base en la normativa previamente establecida, y en ciertos casos requiere actuaciones administrativas adicionales para perfeccionar dicha decisión.

De este modo, puede sostenerse que el derecho al trabajo no debería quedar excluido, en términos absolutos, de la tutela de la jurisdicción constitucional. Incluso los derechos de carácter patrimonial que se derivan de su ejercicio guardan una estrecha relación con la dignidad, en la medida en que constituyen condiciones materiales para una vida digna.

Sin embargo, ello no significa que todo litigio laboral deba tramitarse necesariamente en sede constitucional, como casos de liquidación o cuantificaciones u otros hechos que no afecten la dignidad del servidor, sino que corresponde al juez valorar, caso por caso, si la controversia plantea una vulneración de derechos fundamentales que justifique la intervención de esta jurisdicción.

En consecuencia, cabe afirmar que los conflictos laborales de los servidores públicos que impliquen una posible vulneración de derechos constitucionales y no meras discusiones de legalidad, deben ser conocidos en sede constitucional. Ello se justifica en que la acción de protección constituye el mecanismo idóneo para tutelar de manera inmediata y eficaz los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, cuyo ejercicio está intrínsecamente vinculado con la dignidad de la persona.

En este sentido, excluir de manera absoluta a los servidores públicos de la jurisdicción constitucional supondría vaciar de contenido el derecho de tutela judicial efectiva y desconocer la centralidad de los derechos en un Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, no sostengo que cualquier ilegalidad de la administración deba considerarse automáticamente una cuestión de enjuiciamiento constitucional. La tesis que aquí defiendo es que, en el caso de los servidores públicos, determinados actos de la administración no se limitan a un problema de legalidad, como la verificación de requisitos o la validez formal del acto administrativo, sino que inciden directamente en derechos fundamentales.

Por ejemplo, la cesación de funciones de un servidor que ha trabajado varios años bajo modalidades precarias sin justificación normativa, o la supresión arbitraria de su puesto sin razones objetivas y razonables, no constituyen únicamente una cuestión de control de legalidad, sino que afectan la dignidad, el derecho al trabajo, la igualdad y la seguridad jurídica.

Por ello, en estos casos no basta con la tutela contencioso-administrativa, cuya función principal es revisar la conformidad del acto con la ley. Es necesario habilitar la vía constitucional, pues el conflicto trasciende lo meramente normativo y coloca en riesgo derechos que la Constitución y los tratados internacionales reconocen como interdependientes y de aplicación directa. La Corte Interamericana ha recordado que los Estados deben garantizar recursos judiciales efectivos para reparar violaciones a derechos fundamentales. (Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, 2011)

Pese a esta aclaración, en la práctica judicial ecuatoriana se ha consolidado la tendencia a interpretar de manera amplia la sentencia No. 2006-18-EP/24, concluyendo que todo conflicto laboral entre servidores públicos y el Estado se reduce a un problema de legalidad y, por tanto, corresponde a la vía contenciosa administrativa.

Ello genera un efecto de supra inclusión, pues se priva de acceso a la justicia constitucional incluso a casos de cesación, supresión o terminación de funciones que, en realidad, comprometen directamente derechos fundamentales.

Además, las excepciones que la Corte Constitucional delimitó en dicha sentencia, notoria afectación a la dignidad, discriminación evidente o circunstancias de urgencia, vistas de manera general, no alcanzan a cubrir situaciones frecuentes en la administración pública que afectan la estabilidad laboral y la vida digna de los servidores. En consecuencia, se mantiene una barrera interpretativa que restringe indebidamente el acceso a la acción de protección.

Esto se refleja en la aplicación que la Corte Constitucional ha dado a la sentencia No. 2006– 18-EP/24. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia No. 1791-22-EP-25[18] de fecha 10 de julio del 2025, en la cual la Corte revisó un caso en el que la Sala Provincial de Guayas concedió una acción de protección a un servidor público que había laborado durante cuatro años bajo un nombramiento provisional, condicionado a la declaratoria de ganador en un concurso de méritos y oposición.

Al cesarlo sin haberse cumplido dicha condición, se produjo una vulneración a la seguridad jurídica que, a su vez, afectó de manera directa su derecho a una vida digna, pues la decisión no resultó objetiva ni razonable.

No obstante, la Corte Constitucional declaró que la actuación de los jueces de instancia constituía una «improcedencia manifiesta», al considerar que el caso no se encontraba dentro de los supuestos de excepción previamente establecidos.

Esta posición refleja una visión marcadamente positivista, en la que se asume que basta con la existencia de una vía procesal prevista por la ley (la contenciosa administrativa) para garantizar los derechos, incluso si en la práctica se demuestra ineficaz. Sin embargo, como sostiene Dworkin, los derechos fundamentales no son

---

[18] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 1791-22-EP/25 de fecha 10 de julio de 2025. En definitiva, la Corte verifica que la sentencia impugnada consideró que la vulneración de derechos se produjo porque no se realizó el concurso de méritos y oposición previo a la desvinculación laboral. Todo esto, sin que se haya identificado previamente la presencia de algún asunto que permita afirmar que se estaría comprometiendo notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor ni que el caso requiera una respuesta urgente por las circunstancias que lo rodeen. Y, tras examinar el caso, esta Corte observa que la acción de protección era manifiestamente improcedente, porque se impugnó un asunto netamente de desvinculación laboral, sin que se acrediten elementos que evidencien que Martín Ycaza se encontraba en una situación que justifique la activación de la vía constitucional. En ese sentido, naturalmente no correspondía que el tribunal de apelación pase a determinar si se produjo la supuesta vulneración de derechos ni que se acepte la demanda. Si lo hubiese hecho, habría incurrido en la contradicción pragmática de considerar que no era procedente justiciar el caso en acción de protección y, sin embargo, entrar a juzgar si hubo vulneración de derechos.

simples expectativas legales, sino «trumps» que deben prevalecer frente al Estado (Dworkin, 1989).

El razonamiento de la Corte, al reducir el debate a la legalidad del acto administrativo, desconoce que los jueces constitucionales tienen el deber de interpretar los derechos conforme al principio de igual consideración y respeto hacia la dignidad de las personas.

Por ello, afirmar que el cese de un servidor es un mero asunto de legalidad constituye un error interpretativo que se aparta del constitucionalismo postpositivista y mantiene anclada la práctica judicial en un formalismo incapaz de garantizar los derechos en sentido material.

Esta manera de entender el problema evita caer en una oposición tajante entre legalidad y constitucionalidad. Más bien, reconoce que un mismo acto administrativo puede proyectarse en ambos planos: en el legal, como verificación de requisitos normativos, y en el constitucional, cuando su ejecución afecta derechos fundamentales.

Precisamente aquí radica la crítica postpositivista al positivismo clásico: no basta con afirmar que la norma se ha aplicado conforme a su letra, sino que es necesario examinar si el resultado respeta la dignidad y los derechos de las personas.

En palabras de Alexy (2007), los derechos fundamentales operan como principios que reclaman la optimización de su cumplimiento; Dworkin (1989) sostiene que los derechos son «trumps» frente a decisiones utilitaristas; y Atienza (2024) recuerda que la dignidad actúa como fundamento articulador del sistema de derechos.

Desde esta perspectiva, la distinción entre legalidad y constitucionalidad no es excluyente, sino complementaria: la jurisdicción constitucional interviene cuando lo que parecía un simple asunto de legalidad se convierte, en realidad, en una afectación sustantiva de derechos constitucionales.

Por ejemplo, el Tribunal de justicia de la Unión Europea (2018), respecto de la renovación sucesiva de contratos, hecho fáctico recurrente en el Ecuador, ha determinado:

> Cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. (Sentencia Nro. C-760/18)

En principio, el incumplimiento de una condición en la terminación de la relación laboral podría entenderse como un asunto de legalidad, centrado en la verificación de la aplicación normativa. Sin embargo, este análisis no agota la cuestión. Al estar en juego la pérdida de la fuente de trabajo sin una justificación objetiva y razonable, se produce también una afectación constitucional directa, en tanto compromete la seguridad jurídica, la igualdad y la vida digna del servidor.

De este modo, lo que inicialmente podría presentarse como un problema de legalidad adquiere una dimensión constitucional que habilita la intervención de la jurisdicción constitucional.

Lo cual, como se ha señalado, como condicionante para determinar si la vía constitucional es la idónea, se debe partir de la vida digna, la cual se tutela y se materializa con la ejecución de otros derechos constitucionales, como el derecho al trabajo. Y este a su vez devienen del ejercicio de otros componentes, como es una remuneración justa, como núcleo del derecho al trabajo de un servidor público, como lo ha señalado la Sentencia Nro. 75-15-IN-21[19].

Otro supuesto es, el caso de que a un servidor no se les cancele la remuneración correspondiente a sus funciones, lo que la Corte Constitucional ha denominado homologación, se configura una afectación directa y grave a la dignidad, en la medida en que la falta de ingresos impide garantizar necesidades básicas como alimentación, vivienda o servicios de salud.

En el contexto ecuatoriano[20], donde los mecanismos de previsión social frente al desempleo son limitados e insuficientes, la remuneración constituye el medio principal para asegurar una vida digna. Por ello, la omisión en el pago no puede considerarse un simple incumplimiento administrativo, sino que implica una vulneración constitucional.

Respecto a la gravedad del asunto, de los varios tipos que hay, se hace referencia a lo determinado en Sentencia Nro. 16-16-JC/20 de fecha 30 de septiembre de 2020, en lo cual determina el concepto y requisitos para determinar la gravedad sistemática: «… Una violación es frecuente cuando sucede habitualmente e incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación…»

Es decir, se configura un patrón de actuación por parte de la administración pública cuando mantiene a sus servidores en situaciones contractuales precarias durante períodos indefinidos, ya sea a través de renovaciones sucesivas de modalidades ocasionales o provisionales, lo cual se vuelve una práctica sistemática y habitual.

---

[19] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 75-15-IN/21 y acumulados de 05 de mayo del 2021: 16. En este orden de ideas, resulta importante primero ubicar a la figura de la justa remuneración en el contexto del ejercicio de derechos laborales de los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 326 numeral 2 de la Constitución establece: «2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario». De igual manera, en el artículo 32872 se regula el derecho a la justa remuneración y el segundo inciso del artículo 229 califica a los derechos de los servidores públicos como irrenunciables y señala que «La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia».

[20] Cabe precisar que esta valoración se realiza en atención al contexto ecuatoriano. A diferencia de sistemas con mayor desarrollo de mecanismos de previsión social, como el español, en Ecuador el acceso a un seguro de desempleo o a medidas compensatorias no garantiza de manera suficiente la subsistencia. En consecuencia, la pérdida injustificada del empleo o la falta de pago de la remuneración trascienden el plano de la legalidad administrativa para convertirse en un problema constitucional vinculado directamente con la dignidad y el derecho al trabajo.

De este modo, la dignidad del servidor público, estrechamente vinculada con el ejercicio de otros derechos, se ve comprometida por decisiones estatales que generan vulneraciones interconectadas. Así, por ejemplo, la seguridad jurídica resulta lesionada cuando la cesación de funciones no se fundamenta en causales previamente determinadas en la norma, lo que afecta la certeza y confianza legítima del servidor, convirtiéndose en una actuación arbitraria.

El problema radica en que la aplicación de la sentencia Nro. 2006-18-EP/24, como se expuso al analizar sus efectos, ha sido interpretada en la práctica en el sentido de que la acción de protección únicamente procede cuando el servidor público pertenece a un grupo de atención prioritaria o vulnerable. Esta línea restrictiva se refleja en la Sentencia Nro. 453-21-EP/24, de 29 de agosto de 2024, en la cual la Corte Constitucional (2024) sostuvo que:

> En añadidura, la Corte Constitucional señaló que en conflictos laborales contra del Estado, los jueces de instancia deben justificar tres puntos: 1) Exponer por qué la vía contenciosa administrativa sería la idónea para resolver el caso; 2) Verificar si el caso se enmarca en algún supuesto de excepcionalidad, sobre los cuales procede la acción de protección en conflictos laborales contra el Estado, ya sea por ser un caso de discriminación o de atención urgente por las condiciones de los sujetos procesales (personas que con discapacidad o que padece enfermedades catastróficas); y, 3. De constatar que el caso es de aquellas excepciones realizar el análisis de las vulneraciones de derechos constitucionales alegadas en la acción de protección.

Por lo tanto, cuando se vulneran derechos constitucionales, la acción de protección debería proceder aun cuando la persona afectada no pertenezca a un grupo de atención prioritaria o vulnerable, en tanto constituye la vía idónea para garantizar su tutela. En consecuencia, cada caso debe ser analizado en función de sus propias particularidades y aristas.

En esta línea, resulta pertinente recordar lo que señala Mitidiero: cuando un precedente resulta manifiestamente equivocado o carece de coherencia o congruencia, los principios que fundamentan la regla del stare decisis, como la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad, dejan de justificar su reiteración y, por ende, dicho precedente debe ser superado (Mitidiero, 2025).

### 5.3. ¿Existió una supra inclusión normativa o interpretativa?

Para determinar la existencia de la supra-inclusión, se parte de una concepción comprensiva del derecho y del sistema de fuentes. En el caso concreto, la regla precedente puede entenderse como una fuente acto, la cual debe ser analizada desde una perspectiva de interpretación restrictiva.

Desde un punto de vista hermenéutico, si bien la escuela de la exégesis proponía un enfoque subjetivista orientado a indagar la voluntad del constituyente, el análisis contemporá-

neo exige además la aplicación de la regla de ponderación de principios, a fin de determinar qué principio resulta derrotado y cuál debe prevalecer en un conflicto constitucional.

En este marco, siguiendo la teoría de las fuentes de Atienza y Ruiz Manero, es posible ubicar la regla precedente dentro de la dimensión regulativa, en la que el contenido normativo fija pautas de conducta hacia el futuro de los jueces. Según las características del caso, tales reglas pueden configurarse como reglas de acción, cuando prescriben directamente conductas, o como reglas fin, cuando establecen objetivos normativos más amplios.

Ambas categorías tienen en común que parten de un caso y una solución normativa, además de compartir una condición de aplicación centralmente determinada. La diferencia radica en el carácter del contenido: en las reglas de acción, el contenido prescribe directamente una acción u omisión concreta; mientras que en las reglas fin, el contenido apunta a la consecución de un estado de cosas (E), lo que introduce un margen de discrecionalidad en su aplicación. A criterio del autor, la regla en cuestión presenta rasgos de ambas categorías, configurándose como un modelo híbrido:

En la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24, la Corte Constitucional estableció como regla precedente que, por regla general, los conflictos laborales de los servidores públicos con el Estado debían ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en casos excepcionales en los que estuviera comprometida de manera notoria la dignidad o autonomía del servidor.

- **Regla de acción:** en cuanto prescribe una conducta judicial clara y determinada: «remitir los conflictos laborales de los servidores públicos a la jurisdicción contenciosa administrativa». Aquí el contenido es concreto (una acción de canalización procesal).
- **Regla fin:** en cuanto introduce una cláusula abierta que busca garantizar un estado de cosas (E): «la protección de la dignidad y autonomía de los servidores en casos excepcionales». Este contenido no define directamente la conducta, sino que fija un objetivo que debe concretarse caso a caso, dejando un margen de discrecionalidad al juez.

**Reglas de acción: CASO + SOLUCIÓN NORMATIVA.**
**Caso:** «…cuando se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos…el conocimiento del caso corresponde por regla general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo…»
«…En otras palabras, cuando la acción de protección verse sobre los asuntos determinados en los párrafos 38 y 39 supra, las juezas y jueces constitucionales no están obligados a realizar un análisis profundo sobre las vulneraciones de derechos alegadas y pueden desestimar la demanda por las causales previstas en el artículo 42 de la LOGJCC…»
Condición de aplicación: Cuando se presentan acciones de protección que impugnan actos administrativos en materia de conflictos laborales entre el Estado y sus servidores públicos.

Solución normativa – Carácter y contenido: Permitido – No se debe cumplir con la garantía del análisis minucioso y se puede desestimar el caso, porque el conocimiento de este le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Obligatorio (o Ph). Contenido: Prescribe una acción y una omisión. Por un lado, dispone la acción de remitir el conocimiento del caso a la jurisdicción contenciosa administrativa; por otro, autoriza la omisión del análisis minucioso de derechos que exige la motivación reforzada en garantías constitucionales.

**Reglas de fin: CASO + SOLUCIÓN NORMATIVA.**
**Caso:** «…La mentada excepción procede por regla general, a menos que (al igual que con los empleados de empresas públicas y privadas),31 el caso se refiera a asuntos que comprometan notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor, como por ejemplo en casos de evidente discriminación, o en los excepcionalísimos que requieran una respuesta urgente por las circunstancias que lo rodeen…»

**Caso y condición de aplicación:** La excepción aplica cuando se comprometa notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor o requiera una respuesta urgente.

**Solución normativa – carácter y Contenido:** Permitido – Si se cumple una de las condiciones de excepción a la regla, se está permitido acceder a la justicia constitucional. Obligatorio (o Ph).
**Contenido:** Permitir acceder a la justicia constitucional para la verificación de vulneración de derechos constitucionales.

Una vez identificadas las reglas contenidas en la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24, corresponde analizar su derrotabilidad, lo cual se justifica por el desajuste existente entre la regla adoptada y la denominada regla de prevalencia de principios (RPP).

Como se ha expuesto, la sentencia estableció que los actos administrativos derivados de conflictos laborales con servidores públicos deben impugnarse en la vía contencioso– administrativa, salvo casos excepcionales. La ratio decidendi expresa que la justificación de esta regla se basa en el principio de igualdad:

Esto implica un trato igualitario hacia los servidores públicos respecto de los empleados sujetos al Código del Trabajo o a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues previamente, la Corte ha determinado que, por regla general, los conflictos laborales entre empleados y empleadores (sean estos de empresas públicas o privadas) corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Se trata, por tanto, de una regla de segundo orden, producto de una ponderación previa entre principios constitucionales. A primera vista, los principios que entraron en tensión fueron el de igualdad y el de tutela judicial efectiva, prevaleciendo en esta ocasión el primero.

De ahí que la RPP se configure como la decisión que otorga prioridad a la igualdad material de los trabajadores del sector privado y de empresas públicas frente al acceso directo de los servidores públicos a la jurisdicción constitucional. En consecuencia, la Corte concluyó que el acceso a la jurisdicción constitucional debía ser excepcional en los casos de servidores públicos.

A criterio del autor, la ponderación que se hizo entre los dos principios estuvo mal, puesto que no se atendieron todos los presupuestos y aristas que devienen de cada régimen laboral. Debido a que, al tratarse de principios se tuvo que realizar una ponderación interpretativa, la cual se basa en la importancia social que se le atribuye a cada principio (Barak, 2024).

En este sentido, al encontrarse en tensión el principio de igualdad con el derecho a la tutela judicial efectiva, debe reconocerse que este último, en cuanto derecho de protección de carácter directo y eficaz, posee un valor social superior. Ello se debe a que, a través de la tutela, se garantiza la restauración de los derechos vulnerados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para el cumplimiento del derecho a la tutela judicial, no basta con la existencia meramente formal de un recurso, sino que este debe ser adecuado y efectivo para remediar la situación jurídica infringida. En consecuencia, cualquier norma o medida que impida o dificulte el acceso al recurso constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. CIDH, 1988).

Además, frente al principio de igualdad, correspondía demostrar la existencia de un trato diferenciado entre los regímenes en comparación. Sin embargo, en el caso concreto, dicho análisis no supera la prueba de comparabilidad, puesto que los sujetos sometidos al Código del Trabajo y aquellos sujetos a la LOSEP no se encuentran en iguales o semejantes condiciones.

En particular, la acción de protección, como garantía de amparo constitucional en el Ecuador, se caracteriza por su naturaleza abstracta y sus efectos generales, sin establecer de antemano qué individuos pueden o no presentar dicha acción.

Por lo tanto, al no existir una restricción expresa respecto de las personas que pueden acceder a la tutela judicial, independientemente de su condición o régimen laboral, la RPP construida por la Corte trasciende indebidamente el ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, introduciendo limitaciones de acceso a la garantía que no se encuentran previstas en la Constitución ni en la ley.

Asimismo, en la construcción de la RPP se incurrió en una ponderación defectuosa entre principios, pues, tratándose de principios en sentido estricto, correspondía aplicar un análisis interpretativo que determinara cuál debía prevalecer en el caso concreto.

En consecuencia, puede afirmarse que la situación corresponde a un supuesto de supra– inclusión por problemas de alcance, ya que la regla precedente ha extendido de forma indebida las restricciones de acceso a la acción de protección. Este error de técnica interpretativa no solo afecta la coherencia del razonamiento constitucional,

sino que ya ha generado efectos negativos en la práctica jurisdiccional al privar a numerosos servidores públicos de una garantía constitucional idónea y eficaz.

En consecuencia, la regla establecida en la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 resulta derrotable, pues al priorizar el principio de igualdad formal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no logra satisfacer los estándares interamericanos de acceso a la justicia. La Corte IDH ha reiterado que los recursos deben ser adecuados y efectivos, y que cualquier obstáculo que impida su ejercicio constituye una violación al artículo 25 de la Convención Americana.

En el caso ecuatoriano, la exclusión generalizada de los servidores públicos de la acción de protección desconoce la naturaleza abierta y universal de esta garantía, y priva de un remedio idóneo frente a vulneraciones de derechos constitucionales. Por ello, la ponderación realizada por la Corte Constitucional no supera la prueba de prevalencia de principios, y la regla debe ser superada.

## 6. EL IMPACTO DE LA SUPRAINCLUSIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS SERVIDORES

### 6.1. Efectos prácticos de la sentencia en el ejercicio del derecho al trabajo y conexos

La realidad muestra que las entidades del sector público han encontrado en la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 un marco que permite justificar decisiones que pueden vulnerar derechos constitucionales, particularmente en materia de cesación de funciones, sin atender a las peculiaridades de cada caso concreto[21]. Este escenario se agrava porque, aun cuando los servidores públicos intenten judicializar tales decisiones, los procesos en la jurisdicción contencioso– administrativa suelen extenderse por varios años.

En consecuencia, muchos servidores, al verse imposibilitados de acceder de manera efectiva a la tutela judicial y desalentados por la duración y complejidad del proceso ordinario, terminan renunciando al ejercicio de sus derechos.

Desde el punto de vista pragmático, esta situación se refleja también en el ámbito jurisdiccional. En varios casos en los que es evidente la vulneración de derechos constitucionales, los jueces han desestimado la acción de protección, argumentando que los accionantes no forman parte de grupos de atención prioritaria o vulnerables. De este modo, se utiliza la Sentencia 2006-18-EP/24 como justificación para legitimar decisiones estatales que afectan de manera directa derechos fundamentales, reproduciendo así un patrón de denegación de justicia.

Como ya se ha demostrado, un proceso contencioso-administrativo en el Ecuador puede tardar en promedio alrededor de seis años, lo que implica que los efectos judiciales de dichos procesos solo se materializan a largo plazo. Este retraso genera un escenario de impunidad práctica, pues las autoridades que adoptan decisiones de ce-

[21] Noboa reduce de 20 a 14 los ministerios y despide a 5.000 empleados públicos en Ecuador. (Mella, 2025)

sación de funciones pueden actuar con tranquilidad, conscientes de que la reparación tardará demasiado tiempo en producirse.

Esta situación evidencia un efecto negativo derivado de la aplicación restrictiva de la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24. Al declarar improcedentes la mayoría de las acciones de protección en materia laboral de servidores públicos, la Corte ha generado un incentivo contrario a la finalidad de las garantías constitucionales: en lugar de prevenir arbitrariedades, ha facilitado que las entidades estatales cesen a su personal sin temor a consecuencias inmediatas.

En la práctica, el Estado actúa bajo un margen de impunidad procesal, consciente de que los eventuales reclamos deberán ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyos plazos de resolución se prolongan por años. Este desfase temporal entre la vulneración del derecho y su eventual reparación provoca una denegación de justicia material y convierte al derecho a la tutela judicial efectiva en un recurso ilusorio, lo que contradice tanto el artículo 25 de la Convención Americana como la jurisprudencia constante de la Corte IDH.

En este contexto, el actual gobierno del Ecuador, en el mes de julio de 2025, dispuso la cesación de más de 5.000 servidores públicos sin justificación suficiente, bajo el entendido de que, conforme a la doctrina fijada en la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24, la mayoría de las acciones de protección, si no todas, serán rechazadas en sede constitucional (Welle, 2025).

En consecuencia, los servidores cesados se verán forzados a tramitar sus reclamaciones únicamente por la vía contencioso-administrativa, lo que en la práctica significará que sus derechos podrían recién empezar a ejercerse en el año 2031. A esta situación se suma la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional (2025), que ha establecido como manifiestamente improcedente (Sentencia Nro. 1791-22-EP/25) la interposición de una acción de protección cuando no se cumplen los parámetros restrictivos definidos en la Sentencia 2006-18-EP/24.

De este desarrollo jurisprudencial se evidencia que la Corte Constitucional ha reforzado una línea interpretativa que desconoce la diversidad de factores que inciden en la situación de cada servidor público. Uno de estos factores es el tiempo de servicio, el cual, en comparación con los estándares de la Unión Europea, puede ser considerado determinante en la configuración de una vulneración de derechos, particularmente cuando se trata de cesaciones arbitrarias.

Asimismo, debe destacarse que los servidores que son cesados sin justificación suficiente pasan a engrosar las cifras de desempleo, comprometiendo gravemente sus condiciones de vida, en la mayoría de los casos de forma apremiante.

La literatura también ha sabido reflejar este drama social: Pérez Galdós (2003), en Miau, retrata a Villamil, un funcionario cesado que vive en carne propia la incertidumbre, la precariedad y la angustia que también afectan hoy a miles de servidores públicos en el Ecuador. La vigencia de esa descripción literaria confirma que las cesaciones injustificadas no constituyen meros problemas de legalidad, sino que tienen un impacto humano profundo, vinculado directamente con la dignidad y el proyecto de vida de las personas.

### 6.2. Se cumple el rol de igualar las condiciones de los trabajadores y servidores públicos

No se cumple con dicho rol, puesto que la relación laboral de los trabajadores difiere sustancialmente de la de los servidores públicos. En este último caso, el empleador es el Estado y la relación no se configura como contractual, sino estatutaria, conforme al marco normativo que regula la prestación de servicios públicos.

Esta diferencia se refleja en los derechos de acción disponibles para reclamar sus pretensiones. Sin embargo, al equipararlos, la Corte Constitucional incurre en una falacia material, en tanto se construyen premisas bajo un criterio solo aparentemente correcto. En particular, se configura una falsa analogía, también denominada falacia de la ambigüedad, al trasladar sin matices los criterios del régimen laboral privado al estatutario público. (Atienza, 2024).

Lo cual se puede sustentar con el cuadro diferenciador que se detalla a continuación:

**Tabla 1.**
**Diferenciación Regímenes Laborales**

| TRABAJADORES | SERVIDORES PÚBLICOS | SEMEJANZAS |
|---|---|---|
| • Código del Trabajo, LOEP.<br>• 3 años para acceder a la justicia.<br>• Proceso de primera y apelación en segunda instancia.<br>• Recurso Extraordinario de Casación.<br>• Se discute factores de cuantificación.<br>• Por regla general el empleador es una persona natural o jurídica.<br>• La terminación de la relación laboral únicamente recae en la voluntariedaddel empleador.<br>• Modalidad contractual es el contrato con sus respectivas aristas.<br>• Se discute un contrato. | • Ley Orgánica del Servicio Público.<br>• 90 días para acceder a la justicia.<br>• Proceso de una única instancia y sin apelación.<br>• Recurso Extraordinario de Casación.<br>• Se discuten varios factores, no solo de cuantificación.<br>• El empleador es el Estado.<br>• La terminación de la relación laboral está atada a condiciones en algunos casos suficientes y en otras necesarias, es decir están tasadas en la ley.<br>• Modalidad contractual se basa en 3: Contrato ocasional, es temporal y excepcional, máximo 12 meses; Nombramiento provisional el cual está atado a requisitos de cumplimiento, por ejemplo se emite el mismo hasta que haya ganado del concurso; Nombramiento permanente, el cual se accede a través de concurso.<br>• Se discute un acto administrativo. | • Protección especial, grupos prioritarios.<br>• Especialidad en el ámbito sindical – ineficaz. |

Por ello, como se ha analizado en el capítulo sobre la supra inclusión, no se supera el test de comparabilidad para justificar un trato igualitario entre trabajadores privados y servidores públicos. contractual de naturaleza laboral, el servidor público se encuentra sujeto a un régimen estatutario, en el cual su empleador es el propio Estado y sus condiciones de prestación de servicios se determinan por mandato normativo y no por la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, no es posible sostener que se trata de sujetos situados en condiciones equiparables a efectos de acceso a la jurisdicción. Pretender lo contrario constituye una falsa analogía, pues desconoce las peculiaridades estructurales, funcionales y procedimentales que diferencian a ambos colectivos. De ahí que cualquier restricción a la tutela judicial de los servidores públicos carezca de justificación constitucional suficiente, al partir de una premisa errónea: asumir que son lo mismo que los trabajadores regulados por el Código del Trabajo.

## 7. CONCLUSIONES

La Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 constituye un caso paradigmático de supra inclusión, al excluir del ámbito constitucional a un derecho fundamental, el derecho al trabajo, sin respaldo normativo expreso ni una ponderación adecuada de principios.

Esta exclusión debilita el rol de la acción de protección como mecanismo directo de tutela de derechos constitucionales, contrariando su finalidad restauradora y su naturaleza de recurso sencillo, rápido y eficaz, reconocida tanto por la Constitución como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El error central de la sentencia radica en una ponderación defectuosa entre los principios de igualdad y tutela judicial efectiva. En lugar de armonizarlos, la Corte colocó la igualdad por encima de la tutela, lo que derivó en una restricción injustificada al acceso a la jurisdicción constitucional en materia de conflictos laborales de los servidores públicos.

Ello se basó en una falsa analogía con el régimen laboral privado, ignorando las diferencias estructurales y normativas entre el régimen estatutario público y el contractual laboral.

El presente trabajo demuestra que, en el Ecuador, la acción de protección constituye el mecanismo idóneo y eficaz para la reparación inmediata de los derechos constitucionales vulnerados, incluidos los derechos de los servidores públicos. Este carácter deriva de su fundamento convencional y constitucional como derecho de protección y garantía procesal que no admite exclusiones carentes de sustento normativo.

Por tanto, la regla restrictiva introducida por la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 configura una supra inclusión que, además de lo que se señaló, contradice el estándar de motivación reforzada exigido por la propia Corte en decisiones anteriores (Sentencia Nro. 1158-17-EP/21).

En esta línea de ideas, la solución requiere volver a dicho estándar: que los jueces constitucionales, caso por caso, realicen un análisis minucioso de la eventual vulneración de derechos antes de declarar la improcedencia de una garantía.

De esta forma, se garantiza que el derecho a la tutela judicial efectiva se ejerza plenamente y se evita que los jueces se amparen en una regla restrictiva para eludir el examen de fondo. Ello responde al deber de los Estados de no solo abstenerse de vulnerar derechos, sino también de remover los obstáculos fácticos o normativos que impidan su pleno ejercicio, conforme lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, CIDH, 2011).

Por ello, la obligación de los Estados parte, es respetar los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos, no consiste únicamente en no hacer algo por otra razón de peso. En determinados casos, puede ser necesario eliminar situaciones de hecho o de derecho que obstaculizan el ejercicio de los derechos constitucionales (Marinoni, 2025).

En conclusión, el restablecimiento del estándar reforzado de motivación judicial y la superación de la regla restrictiva de la Sentencia Nro. 2006-18-EP/24 constituyen pasos indispensables para asegurar que el derecho al trabajo, estrechamente vinculado con la dignidad humana y el desarrollo personal, no quede fuera de la tutela constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, J. (2012). Teoría General de las fuentes del Derecho. Barcelona: Ariel.

Alemany, M. (22 de diciembre de 2015). Ricos y pobres: sobre el fundamento y alcance de deber de ayuda al próximo. Sobre el fundamento y alcance de deber de ayuda al próximo. Alicante, Valencia, España: Alicante.

Alexy, R. (2007). Teoría de los Derechos Fundamentales. (C. B. Pulido, Ed.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP). Registro Oficial Suplemento 294, 6 de octubre de 2010. Ecuador.

Atienza, M. (2022). Sobre la Dignidad Humana. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2024). Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta.

Barak, A. (2024). Proporcionalidad – Los derechos fundamentales y sus restricciones. Madrid: Palestra.

Cevallos, D. C. (2022). Breves notas sobre la distinción de constitucionalidad y legalidad en las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador. En M. H. A., El Derecho Público en la práctica. (págs. 83-95). Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre 2021. Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Sentencia No. 001-16-PJO-CC,

22 de marzo de 2016. Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 1679-12-EP-20, 15 de enero de 2020. Corte Constitucional del Ecuador. (2025). Sentencia No. 1791-22-EP/25, 10 de julio de 2025.

Corte Constitucional del Ecuador. (2024). Sentencia No. 3109-19-EP-24, 25 de abril de 2024. Corte Constitucional del Ecuador. (2024). Sentencia No. 2006-18-EP/24, 13 de marzo de 2024. Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 3-19-JP/20, 5 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 75-15-IN/21, 5 de mayo de 2021. Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 758-15-EP/20, 5 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 1095-20-EP/22, 24 de agosto de 2022. Corte Constitucional del Ecuador. (2012). Sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 1292-19-EP/21, 15 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 16-16-JC/20, 30 de septiembre de 2020. Corte Constitucional del Ecuador. (2024). Sentencia No. 453-21-EP/24, 29 de agosto de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Serie C No. 104.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Serie C No. 109.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Serie C No. 228.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Serie C No. 4.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

Dworkin, R. (1989). Los derechos en serio, Traducción de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel. Dworkin, R. (2014). Justicia para Erizos. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Galdós, B. P. (2003). Miau. Madrid: Cátedra.

Häberle, P. (2002). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales – E. Garzón Valdés, Trad. Madrid: Trotta.

Kant, I. (2003). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción M. García Morente. Calpe: Espasa.

Marinoni, L. G. (2025). Tutela Estructural. Lima: Palestra.

Mella, C. (2025). Noboa reduce de 20 a 14 los ministerios y despide a 5.000 empleados públicos en Ecuador. El País América. https://elpais.com/america/2025-07-26/noboa-reduce-de-20-a-14-los-ministerios-y-despide-a-5000-empleados-publicos-en-ecuador.html

Mitidiero, D. (2025). Ratio Decidendi – Cuando una cuestión es idéntica, semejante o distinta. Madrid: Palestra.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Opinión Consultiva OC-8/87, OC-8/87 (Corte IDH 30 de Enero de 1987).

Schauer, F. (2004). Las reglas en juego. Traducción de J. L. Martí & Á. A. Hernández. Barcelona: Ariel.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018) Sentencia Nro. C-760/18, 4 de diciembre de 2018.

Welle, D. (26 de08 de 2025). Deutsche Welle. Deutsche Welle

Woodrow, W. (2006). Constitutional government in the United States. New Jersey: Transaction Publishers.

Zagrebelsky, G. (2011). El Derecho dúctil. Madrid: Trotta.

Zagrebelsky, G. (2015). Manual de Derecho Constitucional. Lima: Zela.

# Sentencia N.º 504 del 19 de octubre de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justica y la reelección presidencial en Nicaragua

# Sentencia N.º 504 del 19 de octubre de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justica y la reelección presidencial en Nicaragua

*Karlos Navarro*
*Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España.*
*Director del Instituto Iberoamericano de Estudio Superiores, adscrito a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, Nicaragua*

## 1. LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

El término jurisprudencia es susceptible de ser interpretado con sentidos y significados muy diversos[1]. Sin embargo, en un sentido técnico preciso, que es con el que lo utilizamos aquí, se refiere a la doctrina emanada de las resoluciones judiciales. Si bien, aún tomado en este sentido técnico, es posible diferenciar dos grandes conceptos de jurisprudencia.

Por un lado, se puede definir a la doctrina que puede extraerse de las resoluciones que dictan todos los órganos judiciales al ejercitar la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

[1] Como apunta I. ESCOBAR FORNOS, el vocablo «jurisprudencia» tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas, etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley». «Las fuentes del Derecho en Nicaragua», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 700 (marzo-abril de 2007). Pág. 756.

Esta línea es la que se ha seguido por una parte de la doctrina nicaragüense para definir la jurisprudencia. En tal sentido se pronuncia Rizo Oyanguren, que la define como las «decisiones de los Tribunales resolviendo cuestiones de derecho»[2].

Algunos autores, sin embargo, ofrecen una definición más estricta, según la cual sólo sería jurisprudencia la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo del país.

Esta posición la ha defendido dentro de la doctrina nicaragüense Flavio Escorcia, que define la jurisprudencia como «un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. Es decir, la jurisprudencia es la interpretación que el Tribunal Supremo de un país, establece en los asuntos de que conoce, es la práctica judicial constante»[3].

Antes de pronunciarnos a favor de una u otra tesis nos parece que debemos realizar un breve examen de las fragmentarias y escasas referencias que el Derecho positivo nos ofrece sobre dicha materia que, entendemos, contribuirán a dar luz a este dilema.

La cuestión de si debe considerarse a la jurisprudencia o no fuente del Derecho es una cuestión clásica, que se ha convertido con el tiempo en una polémica de carácter bizantino, en la que se debaten dos posturas de carácter antagónico

No resuelve la Constitución de Nicaragua, Norma Suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, esta clásica discusión doctrinal, limitándose a afirmar su obligatoriedad, indicando en su art. 167 que los «fallos y resoluciones de los tribunales y jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas».

La doctrina nicaragüense oscila entre las dos concepciones clásicas que antes examinamos. Así, una parte de la misma tiende a considerar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino un simple medio para fijar la interpretación de las leyes (Rizo Oyanguren; Flavio Escorcia).

En tal sentido, señala el primero de ellos que en «principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el Derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya controversia, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes»[4].

La postura contraria es defendida, sin embargo, por Escobar Fornos, que considera que «decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradic-

---

[2] RIZO OYANGUREN: RIZO OYANGUREN, A.: Manual Elemental de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992.Pág. 57.

[3] FLAVIO ESCORCIA: Derecho... Págs. 136-137.

[4] RIZO OYANGUREN: Manual Elemental... Pág. 57. En sentido similar se pronuncia también FLAVIO ESCORCIA: Derecho... Págs. 136-137.

toria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador; la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras con contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones ya autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es»[5].

Si bien, eso no impide que resalte su enorme importancia práctica que le aproxima en cierta medida al papel de una auténtica fuente del Derecho o le convierte en fuente indirecta del Derecho[6].

Se pueden encontrar, sin embargo, en algún texto legal de menor rango tajantes afirmaciones que consideran como tal a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, el art. 2.5 de la Ley nº. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua (aprobado el 28 de octubre de 2005 incluye dentro de las fuentes del Derecho la «Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia».

No queremos entrar en una discusión de fondo acerca de si cabe considerar o no a la jurisprudencia en general como fuente del Derecho. Discusión cuya respuesta depende, en último término de lo que entendamos por fuente del Derecho.

En cualquier caso, lo que si nos parece oportuno señalar es que la respuesta que debe darse a esta cuestión es diferente dependiendo del tribunal ante el que nos encontremos.

Con carácter general, la jurisprudencia no genera un efecto vinculante sobre los demás tribunales, ni siquiera respecto al propio órgano judicial que la dictó. De tal forma que un órgano judicial puede apartarse de los precedentes judiciales, propios o ajenos, si bien con determinadas limitaciones, deberá aportar justificación suficiente y objetiva de los motivos de ese apartamiento.

Dicha doctrina luce claramente en el art. 13 LOPJ, que establece que los «Jueces y Magistrados deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y solo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación».

---

[5] ESCOBAR FORNOS: *Las fuentes del*... Págs. 757-758.

[6] Señala al respecto RIZO OYANGUREN que «hay que reconocer que, desde un punto de vista práctico, el conocimiento de la jurisprudencia puede resultar ineludible a la vista de conocer la interpretación que de la ley realicen los Tribunales de Justicia». *Manual Elemental*... Pág. 57.

Esta disposición supone, sin duda, un importante pasó en la búsqueda por unificar la jurisprudencia de los distintos órganos integrantes del Poder Judicial[7].

Esta obligatoriedad de modificar los cambios de doctrina no permite considerar, en nuestra opinión, que la jurisprudencia este dotado de un carácter vinculante propio, como el que tiene, por ejemplo, una norma. A nuestro juicio esta consecuencia es un simple resultado del principio de igualdad, en cuanto constituiría una discriminación vulneradora de esta garantía fundamental dar una respuesta distinta a la que se dio para un caso similar si no median motivos objetivos que lo justifiquen.

Refuerza esta interpretación que niega el carácter vinculante a la jurisprudencia la consideración de que los órganos judiciales actúan sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, no siendo posible que los tribunales superiores dicten instrucciones a los inferiores.

Así lo establece de forma rotunda el art. 8 LOPJ, que establece que los «Magistrados y Jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento».

Tan sólo cabe que a «los efectos de asegurar una Administración de Justicia pronta y cumplida, el Superior Jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental» (art. 8 LOPJ).

Esta solución debe matizarse, sin embargo, cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ya habíamos visto que en algún precepto de rango de ley se le da a ésta la consideración de auténtica fuente del Derecho. Conviene, a nuestro juicio, antes de enfrentarnos a esta afirmación hacer un breve examen de las características de este órgano judicial.

La Corte Suprema es el órgano superior del Poder Judicial de Nicaragua (art. 159 CN). Esta integrada por dieciséis magistrados elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años (art. 163 CN), que gozan de inmunidad (art. 162 CN) y que únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y la ley (art. 162 CN). Toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (art. 163 CN).

La Asamblea Nacional nombra también por cada magistrado a un Co-juez, que será llamado a integrar la Corte en caso de ausencia, excusa, implicancia o recusación de cualquiera de los magistrados (art. 163 CN).

---

[7] Señala ESCOBAR FORNOS que este precepto es «un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el poder judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad o igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso». Las fuentes del... Pág. 762.

Puede funcionar en Pleno o en Salas. La organización e integración de estas últimas se acordará entre los mismos magistrados, conforme lo estipula la Ley de la materia (art. 163 CN). Corresponde a la Corte Plena conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencias y constitucionalidad entre los poderes del Estado (art. 163 CN).

Los Magistrados de la Corte eligen, además, entre ellos a su Presidente y Vicepresidente por mayoría de votos para un período de un año, pudiendo ser reelectos (art. 163 CN).

Las atribuciones de la Corte aparecen recogida en el art. 164 CN, que enumera las siguientes: a) organizar y dirigir la administración de justicia; b) conocer y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios que se presenten contra las resoluciones de los tribunales de justicia de la República, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley; c) conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo; d) conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley; e) nombrar y destituir con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus miembros a los magistrados de los Tribunales de Apelaciones; f) resolver sobre las solicitudes de extradición de ciudadanos de otros países y denegar las de los nacionales; g) nombrar o destituir a los jueces, médicos forenses y registradores públicos de la propiedad inmueble y mercantil de todo el país, de conformidad con la Constitución y la ley; h) extender autorización para el ejercicio de las profesiones de abogado y notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley; i) conceder autorización para la ejecución de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros; j) conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares; k) conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos del gobierno central; l) conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; m) conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica; n) dictar su reglamento interno y nombrar al personal de su dependencia.

A lo que añade el mismo precepto una cláusula de cierre, en virtud de la cual le corresponden también las «demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes».

Ya vimos que es este órgano que resuelve los conflictos de constitucionalidad, tarea en la que es difícil negarle a su jurisprudencia el carácter de auténtica fuente del Derecho en los términos que vimos en su momento.

Más allá de aquí, es evidente el carácter central que ostenta este órgano dentro del Poder Judicial de Nicaragua. Posición que, entendemos, determina que asuma una tarea clave en orden a dar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia nicaragüense[8],

[8] Señala ESCOBAR FORNOS que el «Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.

Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo con su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico

que justifica que se defienda para su jurisprudencia un valor especial, que permite calificarla como fuente del Derecho.

## 2. SENTENCIA Nº504 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2009 QUE SUSPENDE DE APLICACIÓN EL ARTÍCULO 147 DE LA CONSTITUCIÓN EN EL QUE SE PROHÍBE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL

### 2.1. La Constitución de 1987 y la prohibición de la reelección presidencial

La Constitución de 1987, fue aprobada el 19 de Noviembre de 1986 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N°. 05 del 09 de Enero de 1987.

Esta Constitución prohibía la reelección presidencial. En su artículo 148, establecía que «El presidente y el Vicepresidente de la República ejercerán sus funciones durante un periodo de seis años, que se contará a partir de la toma de posición el día diez de enero del año siguiente al de la elección; dentro de este periodo gozarán de inmunidad».

La reformas de 1995 a la Constitución política, en su artículo 147, inciso 4, a) prohibía la elección presidencial continua al decir, que «no podrá ser candidato a Presidente ni Vice-Presidente de la República…el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el periodo siguiente, ni el que hubiera ejercido por dos periodos presidenciales».

En el año 2,000, se dio un acuerdo entre el presidente Amoldo Alemán y el ex presidente Daniel Ortega. Este acuerdo, que surgió en parte como reacción a la reforma constitucional de 1995, incrementaría los miembros de la Corte de 12 a 16, y redujo su mandato de 7 a 5 años con la posibilidad de reelección (art. 161 C.N) y posibilitando su pérdida de inmunidad con tan solo el voto de mayoría simple en la Asamblea Nacional (arts. 130.3 y 162 C.N.).

Daniel Ortega buscó en todo momento los 56 votos en la Asamblea Nacional, para aprobar la reforma constitucional, pero la imposibilidad de poder obtener esa votación así como contar con una Corte proactiva y a su favor, hizo que recurriera ante el poder Judicial.

### 2.2. Sentencia Nº 504 del 19 de octubre de 2009 que suspende de aplicación el artículo 147 de la Constitución

El Abogado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, en su calidad de Apoderado Especial, de los ciudadanos nicaragüenses Cmdte. JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA,

---

en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en caos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas.

(…)

Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que (…) es obligatoria». Las fuentes del… Págs. 759-764.

y de los ciudadanos nicaragüenses y 105 Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua, a las dos y veinte minutos de la tarde, del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, presentó Recurso de Amparo (Ley No. 49).

El recurso de amparo lo interpone en contra del CONSEJO SUPREMO ELECTORAL de la República de Nicaragua, solicitando de manera expresa la APLICACIÓN del PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD INCONDICIONAL DE TODO CIUDADANO NICARAGÜENSE establecido en el Preámbulo y en los artículos 27, 47, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, a participar en los asuntos políticos de la nación, sin más limitantes que por razones de edad y suspensión de derechos ciudadanos conforme sentencia firme; asimismo siendo que todos los Poderes del Estado están vinculados por la Constitución Política, pidió la INAPLICACIÓN.

EL Consejo Supremo Electoral dicta Resolución Administrativa a las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, y notificada a las 11:45 a.m., de ese mismo día, en la que Resuelven:

«POR TANTO: I.– Se Rechaza Ad Portas la Solicitud de Aplicación del Principio Constitucionales de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano, y la Solicitud de Inaplicación del Principio de Interdicción Electoral Para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcalde y Vice Alcalde Municipal. II.– Libre Secretaría Certificación de la presente Resolución a los solicitantes.– Cópiese, publíquese y notifíquese. Managua, dieciséis de octubre del año dos mil nueve.– (Firman Magistrados)

Dicha Resolución tiene como fundamento el siguiente CONSIDERANDO:

Que de tal manera que aunque hubiese una posible antinomia constitucional entre el Principio Constitucional de Igualdad Incondicional contenido en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, y el Principio de Interdicción Electoral Constitucional, para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcaldes y Vice Alcalde, de participar como candidatos de manera sucesiva en los procesos Electorales a realizarse en los comicios electorales de noviembre de los años 2011 y 2012, NO LE CORRESPONDE A ESTE CONSEJO SUPREMO ELECTORAL RESOLVER TAL ANTINOMIA».-

Expone el recurrente que dicha Resolución Administrativa le causa agravios directo, personal y concreto en los derechos de sus representados y que dicha Resolución Administrativa viola, damnifica y lesiona los Principios Fundamentales y Supremos que sustentan los pilares de la propia Constitución Política, reiterados en el Preámbulo y en los Artículos 1, 2, 6, 25 numeral 3; 27, 34 No. 8; 46, 47, 48, 50, 51, 52, 129 y 131 Cn.

A las cuatro y diez minutos de la tarde, del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, la Sala Civil No. Dos, del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, dictó auto mediante el cual Resuelve:

I.– Tramitar el presente Recurso de Amparo y téngase como parte al Abogado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, para Recurrir de Amparo en representación del ciudadano JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA y otros, a quien se le concede la intervención que en derecho corresponde.-

II.– NO HAY ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO de la suspensión del acto, por lo señalado con anterioridad;

III.– Póngase en conocimiento y téngase como parte del presente recurso al Procurador General de la República, doctor HERNAN ESTRADA SANTAMARIA, con copia íntegra del mismo para lo de su cargo;

IV.– Diríjase Oficio con copia íntegra de la presente providencia y copia del recurso, al Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua, integrado por los señores: ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidente y los magistrados miembros, previniéndoles a dicho funcionario que envíe Informe del caso a la Sala de lo Constitucional de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, dentro de diez días contados a partir de la fecha en que reciba dichos Oficio, advirtiéndole que con el Informe debe remitir las diligencias que se hubieren creado;

V.– Dentro del término de ley, remiten las presentes diligencias a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, previniéndole a las partes que deberá personarse ante ella dentro de tres días hábiles. Auto debidamente notificado.

Ante la Sala de lo Constitucional se personaron mediante escritos presentados a las ocho y treinta minutos de la mañana; nueve y cuarenta minutos de la mañana; y diez y treinta minutos de la mañana, todos del diecinueve de octubre del año dos mil nueve: El Abogado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, en su carácter de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo, la Licenciada Georgina del Socorro Carballo Quintana, Procuradora Nacional Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, y los señores ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidente y magistrados miembros, quienes además rindieron el Informe de Ley. A las doce meridiano del diecinueve de octubre de dos mil nueve, la Sala de lo Constitucional, dictó auto mediante el cual tiene por radicado el presente Recurso de Amparo, tienen por personado y le concede la intervención de ley al Abogado Eduardo JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, en su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo ante el Concejo Supremo Electoral en representación de los ciudadanos antes referido; a la licenciada Georgina del Socorro Carballo Quintana, Procuradora Nacional Constitucional y de lo Contencioso Administrativo; y a otros funcionarios.-

Habiendo rendido informes los funcionarios recurridos ante esta superioridad se pasa el Recurso de Amparo a la Sala para su estudio y resolución. A las cuatro y treinta minutos de la tarde del día diecinueve de octubre de dos mil nueve, LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL dictó el siguiente auto: Que a la una de la tarde, del día diecinueve de octubre de los corrientes, Esta Sala de lo Constitucional, convocó a los Honorables Magistrados que la integran para Sesión de la misma a las cuatro de la tarde de ese día, a fin de tratar el presente Amparo: Honorables Magistrados FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO, Presidente, RAFAEL SOLÍS CERDA, miembro, IVÁN ESCOBAR FORNOS, miembro, LIGIA VICTORIA MOLINA ARGÜELLO, miembro, y a los Suplentes de los doctores JOSÉ DAMICIS SIRIAS VARGAS y SERGIO CUARÉZMA TERAN, el primero de permiso por motivos de vacaciones, y el segundo no asistió.

No habiendo asistido a la reunión de Sala los Honorables Magistrados Doctores IVÁN ESCOBAR FORNOS, ANTONIO ALEMÁN LACAYO y GABRIEL RIVERA ZELEDÓN, se procede a integrar Sala a los Honorables Magistrados Doctores YADIRA CENTENO GONZÁLEZ, ARMENGOL CUADRA LÓPEZ y JUANA MÉNDEZ PÉREZ, y se pasa el amparo nuevamente a estudio y resolución.– Auto debidamente notificado.-

De previo LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL reitera que sí cabe el Recurso de Amparo en contra de las Resoluciones dictadas por el Consejo Supremo Electoral en Materia Administrativa, tal y como lo ha sostenido esta Sala en reiteradas sentencias: «Como liminal debemos reiterar que dentro de las funciones el Consejo Supremo Electoral tiene un carácter dual, Administrativo y Electoral Jurisdiccional.

POR TANTO, LA SALA CONSTITUCIONAL RESOLVIÓ:

Que de conformidad con todo lo expuesto, artículos 424, 426 y 436 Pr; artículo 1, 2, 25 No. 3; 27, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 129, 131, 132, 147, 178 Cn., y demás Principios y Disposiciones Constitucionales citadas, y jurisprudencia, los suscritos Magistrados de SALA DE LO CONSTITUCIONAL resuelven: I.– HA LUGAR AL RECURSO DE AMPARO interpuesto por el Licenciado EDUARDO JOSÉ MEJÍA BERMÚDEZ, en su calidad de Apoderado Especial para Recurrir de Amparo ante el Consejo Supremo Electoral, del ciudadano nicaragüense Cmdte. JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA, Presidente de la República, y de los ciudadanos nicaragüenses y Alcaldes Municipales de la República de Nicaragua; en contra del CONSEJO SUPREMO ELECTORAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, integrado por los Honorables Magistrados ROBERTO JOSÉ RIVAS REYES, Presidente Y magistrados miembros del mismo, por haber dictado la Resolución Administrativa de las once de la mañana, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, y notificada a las 11:45 a.m., de ese mismo día, de que hemos hecho referencia.– II.– En consecuencia, se ordena al Consejo Supremo Electoral librar Certificación teniendo a los ciudadanos que aquí recurrieron a través del abogado Eduardo José Mejía Bermúdez, como ciudadanos aptos de Derechos Políticos – Constitucionales – Electorales, para participar en las contiendas electorales a realizarse en los años 2011 y 2012, en los mismos cargos que ostentan actualmente, como candidatos a Presidente – Vicepresidente – Alcalde – Vicealcalde, respectivamente, sin más requisitos y condiciones que los que se establecen a cualquier ciudadano por razones de edad o impedimento del ejercicio de los derechos ciudadanos por sentencia penal firme o interdicción civil, según el artículo 47 Cn., ya que conforme el referido Principio de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano Nicaragüense «Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país». (Arto. 48 Cn).– III.– Siendo que las Disposiciones Constitucionales contenidas en los artículos 147 y 178 Cn., reformadas por el Constituyente Derivado mediante el artículo 13 de la Ley No. 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada el 4 de julio de 1995, en El Nuevo Diario, crea una Discriminación e Interdicción Electoral para Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde,

colisionando o produciendo una Antinomia Constitucional con respecto a los siguientes Principios Constitucionales: 1.– El Principio Fundamental y Supremo de la Igualdad Incondicional de TODOS los Nicaragüenses EN y ANTE LA LEY, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, y en los artículos 27, 48, 50 y 51 de la Carta Magna; 2.– El Principio de Soberanía y Autodeterminación Nacional contenido en los artículos 1, 2 y 6 Cn, inextricablemente vinculado al Principio Constitucional de Prelación de los Intereses Supremo de la Nación, contenido en el artículo 129 Cn., y de la obligación de ejercer la función pública a favor de los intereses del Pueblo (Arto. 131 Cn); así como del Derecho al Sufragio Electoral de los Nicaragüenses: Derecho a Elegir y ser Elegido; Derecho de ejercer los derechos políticos, sin más limitaciones que por razones de edad y por suspensión de los Derechos ciudadanos mediante sentencia penal o interdicción civil (ARTO. 1, 2, 47 y 51 Cn); EN CONSECUENCIA ESTA SALA DE LO CONSTITUCIONAL declara la inaplicabilidad a partir de la notificación de la presente sentencia, del Artículo 147 Cn., únicamente en la parte que íntegra y literalmente se lee: «No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente; …» y el Artículo 178 Cn., únicamente en la parte que íntegra y literalmente se lee: « … El Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente. …» IV.– Sin perjuicio de que la presente sentencia tiene efectos Inter – Parte y por ello de obligatorio e inexpugnable cumplimiento para las partes, conforme el Principio de Relatividad de la Sentencia, elévense el expediente a Corte en Pleno a fin de que sea ratificada y produzca efectos erga omnes

### 2.3. Consecuencias de la Sentencia Nº 504 del 19 de octubre de 2009

Los magistrados liberales en un comunicado el 29 de octubre de 2009 se pronunciaron contra la sentencia «reeleccionista». En dicho comunicado, firmado por el presidente del Poder Judicial, magistrado Manuel Martínez, así como por los magistrados Damisis Sirias, Sergio Cuarezma, Antonio Alemán, Iván Escobar Fornos, Edgard Navas y Gabriel Rivera, se indica que la sentencia es ilegal, nula e inexistente la integración de la Sala Constitucional que hizo el magistrado sandinista Francisco Rosales, para fallar a favor de Ortega. Incluso van más lejos diciendo que haya sido o no integrada legalmente, la Corte «no tiene potestad de semejante atentado contra el orden Constitucional» ya que «admiten un amparo de manera ilegal, puesto que se recurrió contra un acto presunto y no en contra de un acto consumado como lo establece la Ley de

Amparo; amén de que no hay amparo en contra de la Constitución Política». Ellos finalizan el comunicado señalando los peligros de dar facultades legislativas a la Corte.

Ni el recurso de nulidad, presentado por los diputados del Partido Liberal Constitucionalista (PLC) en contra de la sentencia, ni la iniciativa de ley para anular la sentencia fundamentada en el hecho que la Corte no puede atribuirse funciones en la elaboración y anulación de las leyes porque son funciones de la Asamblea Nacional, han prosperado.

En el año 2014, se aprobó en segunda legislatura la reforma a la Constitución Política de Nicaragua, y, se eliminó del artículo 147, el inciso 4, a) que prohibía la elección presidencial continua, quedando de esa forma abierto el camino, para la elección indefinida de los candidatos a la presidencia de la república.

# La zigzagueante doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Argentina sobre los decretos de necesidad y urgencia y su posible impacto en la práctica constitucional en esta materia (1983-2024)

# La zigzagueante doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Argentina sobre los decretos de necesidad y urgencia y su posible impacto en la práctica constitucional en esta materia (1983-2024)

*Alfonso Santiago*
*Doctor en Derecho de la Universidad Buenos Aires*
*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral, Argentina*

## 1. PRESENTACIÓN

En el derecho constitucional argentino se entiende por decreto de necesidad y urgencia aquellas decisiones de carácter legislativo que adopta de modo excepcional el Presidente, ejerciendo atribuciones que son propias del Poder Legislativo.

Esta posibilidad de carácter excepcional está expresamente prevista en el texto constitucional argentino a partir de la reforma constitucional de 1994 en el art. 99 inc. 3 bajo rigurosa, pero a la vez imprecisas condiciones[1].

[1] Señala el art. 99, inc. 3), de la CN:

«El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdos generales de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

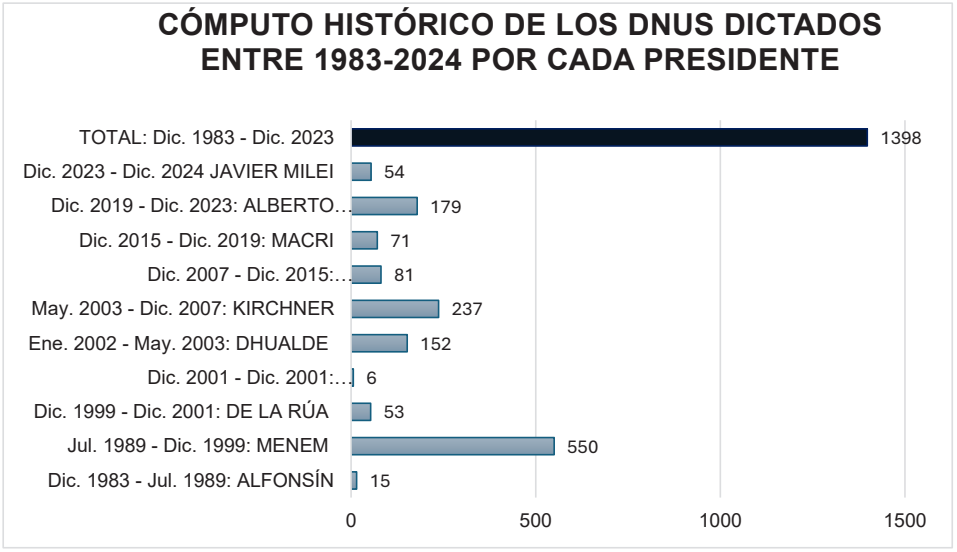
El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en

El creciente ejercicio de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo es una tendencia que atraviesa la práctica del gobierno contemporáneo[2], pero en la Argentina ello ha cobrado dimensiones particularmente graves.

A modo de ejemplo, desde el retorno de la democracia en 1983 y hasta fines del año 2024, se sancionaron en nuestro país 4.742 leyes y 1398 decretos de necesidad y urgencia (DNU): un DNU cada 3,39 leyes[3], un DNU cada 11 días.

Este uso frecuente y en buena medida abusivo de los DNU se verificó en los distintos períodos presidenciales y en los diversos escenarios y dinámicas de la relación entre el Presidente y el Congreso a lo largo de estas cuatro décadas.

La distribución de los 1.398 DNU dictados entre 1983 y 2024 en función de los distintos Presidentes que ejercieron el Poder Ejecutivo es el siguiente:




Es posible distinguir tres etapas en la práctica de los DNU desde el retorno a la democracia en el año 1983

---

un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso».

[2] Cfr. Santiago, Alfonso, Veramendi, Enrique y Castro Videla, Santiago, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, La Ley, Bs. As., 2019, Cap. I.

[3] Un fenómeno parecido ocurre en España: desde el establecimiento de la constitución española en 1978 y hasta el año 2018, «un 22,87% de las normas han sido dictadas través de la técnica de los decretos-leyes» (similares a nuestros DNU), Cfr. Ylarri, Juan Santiago, *Los decretos-leyes y el control de la extraordinaria y urgente necesidad*, Lajouane, Bs. As., 2019, pág. 45.

1. La primera es la comprendida entre 1983 y la reforma constitucional de 1994, en la cual no había un régimen constitucional expreso previsto para el dictado de esta clase de normas. Durante este período se sancionaron 464 DNU, a los que llamaremos de «DNU de primera generación»;
2. La segunda se extiende entre la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994 y la sanción de la ley 26.122 a mediados del año 2006 que, de acuerdo a lo establecido en el art. 99 inc. 3.4, regula la actividad de control sobre los DNU tanto de la Comisión Bicameral Permanente (CBP) como de las Cámaras del Congreso. Durante este período se sancionaron 503 DNU, a los que llamaremos de «DNU de segunda generación»;
3. La tercera se desarrolla entre la entrada en vigencia de la ley 26.122 a mediados del 2006, con la consiguiente puesta en marchar de la labor de la CBP, y fines de 2024.Durante este período se sancionaron 431DNU, a los que llamaremos de «DNU de tercera generación».

Nos proponemos seguidamente analizar comparativamente la práctica por parte del Poder Ejecutivo de los DNU en estas tres etapas y repasar los controles llevados a cabo tanto por el Congreso, como por la Corte Suprema en cada una de ellas. De ese modo, podemos apreciar la actuación de los tres poderes del gobierno federal en relación con los DNU desde el retorno a la democracia a fines de 1983 hasta la finalización del primer año del presidente Millei.

## 2. PRIMERA ETAPA: 1983-1994

Este período abarca la presidencia del Dr. Ricardo Alfonsín y buena parte del primer período presidencial del Dr. Carlos Saúl Menem. Durante estos años, los decretos de necesidad y urgencia no estaban reconocidos en el texto constitucional, como lo estuvieron a partir de la reforma constitucional de 1994.

El Presidente Alfonsín emitió 15 DNU[4], casi tantos como los demás Presidentes constitucionales desde 1853 hasta 1976.

Tal vez el más importante de ellos fue decreto 1096/85 que puso en marcha el denominado Plan Austral, que contenía un ambicioso programa de estabilización económica, con la creación de un nuevo signo monetario y numerosas regulaciones propias de las competencias del Congreso para detener la inflación y regir el tránsito de las relaciones jurídicas hacia ese nuevo escenario.

[4] En relación con los dictados por Raúl Alfonsín, cabe precisar que los mismos fueron: 154/1983; 901/1984; 857/1984; 1696/1984; 2272/1984; 1096/1985; 122/1986; 2192/1986; 2196/1986; 2481/1986; 632/1987; 648/1987; 1411/1987; 714/1989; 736/1989.

Ese decreto fue posteriormente ratificado por el Congreso de la Nación al aprobar la ley de presupuesto para el año 1986[5].

### 2.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante este primer período

La Corte Suprema al resolver en 1989 el caso Porcelli c. Banco de la Nación Argentina[6], confirmó la validez del decreto de necesidad y urgencia frente a los planteos que se impugnaban la constitucionalidad del decreto por no haber sido aún ratificado por el Congreso al momento de ser interpuesta la demanda[7].

Teniendo en cuenta que el DNU, al momento de dictarse la sentencia, ya había sido ratificado por ambas Cámaras del Congreso y acudiendo a la doctrina de las cuestiones devenidas abstractas, la sentencia de la Corte rechaza el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1096/85 y afirma que:

> «*las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión, aun en aquellos casos en que ellas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario*»[8].

El Procurador General en su dictamen se había pronunciado también a favor de la constitucionalidad del DNU impugnado.

La Corte Suprema no se pronunció sobre la legitimidad del uso de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Presidente a pesar de que ello no está contemplado entre sus competencias en el texto constitucional, sino que se centró en el hecho de que el Congreso había ratificado con posterioridad ese decreto.

Por su parte, el Presidente Menem dicto entre el ocho de julio de 1989 y el 23 de agosto de 1994, 449 DNU. Sin lugar a dudas, se trata de la introducción de una práctica manifiestamente abusiva que se intentará corregir a partir de la reforma de 1994, pero con muy magros resultados.

Durante esta primera etapa, el Congreso ratificó expresamente los DNU dictados por el Presidente en contadas ocasiones, mientras que en la mayoría de los casos tendió a guardar silencio.

---

[5] Ley 23.410; B.O. 09-12-86.

[6] Fallos 312-555 (1989).

[7] En el caso, se debatía la aplicación de una escala de conversión que había dispuesto el decreto mencionado para desindexar las obligaciones de dar sumas de dinero, teniendo en cuenta que este disminuiría la inflación prevista por aquellas. En este caso, la obligación consistía en la restitución de un depósito a plazo fijo celebrado entre el actor y el banco accionado. La postura del apelante era que mientras no hubiese una ley ratificatoria habría, según el artículo 30 de la Constitución Nacional, una colisión del decreto con normas de rango superior, es decir, aquellas leyes del Congreso que regulaban el contrato celebrado entre el actor y el demandado.

[8] Fallos 311, en p. 566.

Por su parte, la Corte Suprema dictó dos fallos relevantes respecto de los DNU dictados por el Presidente Menem[9]. Ellos corresponden a los casos Peralta y Video Club Dreams que expondremos seguidamente.

### *i. Caso «Peralta»[10]*

Este fallo dictado en diciembre del año 90, ocho meses después de la instalación de la nueva integración de la Corte Suprema, es uno de los más significativos y trascendentes de este nuevo período. En él, el Tribunal sentó las bases de su doctrina sobre la emergencia económica y el alcance de las potestades de los poderes públicos para remediarla, a la vez que manifestó un claro designio de acompañamiento al nuevo gobierno del presidente Menem.

El caso se inicia con una acción de amparo motivada por la sanción del decreto 30/90, que puso en marcha el denominado Plan Bonex. Este decreto de necesidad y urgencia, entre otras severas medidas, ordenó el canje compulsivo de los depósitos bancarios que superaran un determinado monto, por títulos de deuda pública en dólares pagaderos a diez años. El fallo de segunda instancia había hecho lugar a la acción de amparo y ordenado la devolución inmediata del dinero depositado en el banco.

Si bien los ocho integrantes del Tribunal que votaron en el fallo estuvieron de acuerdo en revocar el fallo de segunda instancia, seis de ellos elaboraron un voto común, mientras que los Dres. Oyhanarte y Belluscio expresaron su opinión por separado, cada uno en un voto individual.

El voto mayoritario conjunto considera admisible constitucionalmente que el Poder Ejecutivo dicte en circunstancias excepcionales decretos de necesidad y urgencia, sujeto a dos condiciones: la existencia de una situación de grave riesgo social y que el Poder Legislativo, en uso de sus propios poderes constitucionales, no adopte decisiones contrarias a lo dispuesto en el decreto de necesidad y urgencia. En este caso concreto, lo anterior se ve reforzado por una cierta delegación que el Congreso ha hecho en el Poder Ejecutivo en materia de política monetaria.

Nuestro máximo tribunal entiende que está habilitado para juzgar acerca de la existencia o no de una circunstancia excepcional que habilita el dictado de un DNU por parte del Poder Ejecutivo. Pero, a diferencia del caso Porcelli, en donde se tuvo en cuenta su aprobación por ambas Cámaras del Congreso para la validación del DNU, en este fallo sólo se requiere el silencio del Poder Legislativo.

---

[9] También se puede mencionar el caso «Sallago» (*Fallos*, 319:2267, 1996), en el que la Corte, en fallo dividido cinco votos a cuatro, convalidó el DNU 1772/91, que limitaba el monto de las indemnizaciones laborales ordinarias.

[10] Caso «Luis Arcenio Peralta c/Nación Argentina», *Fallos,* 313:1513 (1990).

### *ii. Caso «Video Club Dreams»*[11]

En esta sentencia, dictada luego de la reforma constitucional de 1994 pero sobre DNUs dictados previamente a ella, la Corte Suprema declaró por primera vez la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia sancionados por el presidente Menem.

El Poder Ejecutivo, alegando la existencia de una situación de grave emergencia de la industria cinematográfica local, dictó los decretos 2736/91 y 949/92. Estas normas extendían el impuesto establecido para las entradas cinematográficas en el art. 1 de la ley 17741 a toda venta o locación de videos. Señalaba uno de los considerandos del primero de los decretos antes citados:

> La crisis terminal del cine nacional amenaza con la desaparición inminente de un medio interno y de un representante externo de nuestra cultura nacional [...] realidad angustiosa esta que ya no puede esperar el tiempo que demandaría la sanción de una ley del Honorable Congreso de la Nación que le pusiera remedio.

El actor, ante la intimación del Instituto Nacional de Cinematografía para que regularice su situación tributaria, interpone acción de amparo, invocando la inconstitucionalidad de los decretos antes señalados, en cuanto lesionan el principio de legalidad tributaria establecido en la Constitución Nacional. La acción es resuelta favorablemente para el actor tanto en primera como en segunda instancia.

La Corte Suprema, en fallo unánime que sólo tiene una disidencia parcial en aspectos meramente formales del juez Moliné O'Connor, rechaza el recurso extraordinario y confirma la sentencia de segunda instancia. El voto de mayoría está firmado por los Dres. Fayt y López, a los que se suma un voto concurrente conjunto de los Dres. Petracchi y Bossert, dos votos concurrentes individuales de los Dres. Belluscio y Boggiano y la disidencia parcial del Dr. Moliné O'Connor.

El voto de mayoría parte de la base de confirmar el principio de legalidad tributaria establecido en los arts. 4, 17 y 75 de la Constitución, que impide cualquier creación o extensión de un impuesto que no se realice mediante una ley del Congreso. Este principio hace ya incompatible al decreto 2736/91 con nuestro sistema constitucional. Considera que nunca es válida la utilización de los decretos de necesidad y urgencia para la creación de impuestos. Ya en el caso «Peralta» había sostenido la Corte Suprema que «en materia económica, las inquietudes de los constituyentes

---

[11] Caso «Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía», *Fallos,* 318:1154 (1995). En este fallo, la Corte Suprema en decisión unánime declaró la inconstitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92, que habían extendido al alquiler de videos el impuesto previsto para la venta de entradas a los cines. La Corte Suprema consideró que no es posible el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria y que tampoco existía en el caso una situación real de emergencia que autorizara excepcionalmente el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia.

se asentaron en temas como la obligada participación del Poder Legislativo en la imposición de contribución» como algo consustancial «a la forma republicana de gobierno»[12].

### 2.2. Síntesis de la primera etapa

Durante esta primera etapa el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente Menem, acudió de modo abusivo a los DNU que no tenían regulación constitucional; el Congreso adoptó una postura más bien pasiva frente a esta usurpación de la potestad legislativa, limitándose en algunas contadas ocasiones a ratificar sin discusión previa los DNU dictados por el Poder Ejecutivo; la Corte Suprema convalidó esta práctica de los DNU con criterios más estrictos en el caso Porcelli, ya que exigió la ratificación expresa por parte del Congreso, y más permisivos en el caso Peralta, limitándose en este caso a controlar únicamente si realmente había existido una circunstancia excepcional y si mediaba el silencio por parte del Congreso para convalidarlos. A la vez se prohibió el dictado de los DNU en materia tributaria fundándose en el principio de legalidad.

## 3. SEGUNDA ETAPA 1994-2006

Este período comprende la parte final de la primera presidencia de Carlos Menem y su segundo período presidencial y las presidencias de Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saa, Eduardo Duhalde y los tres primeros años de Néstor Kirchner.

La creciente y hasta escandalosa práctica de los DNU durante la primera presidencia de Menem, motivó que la reforma constitucional de 1994 intentara regular la práctica de este mecanismo de creación legislativa, como modo también de atenuación del presidencialismo, objetivo central que se pretendía alcanzar mediante la revisión del texto constitucional.

La reforma constitucional del 94 pretendió reglamentar y limitar esta potestad excepcional del Poder Ejecutivo, pero lo hizo de un modo parcial, ya que el régimen allí previsto tenía que ser completado por una ley del Congreso que recién fue sancionada en el año 2006[13]. Señala el art. 99, inc. 3), de la CN:

> El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

---

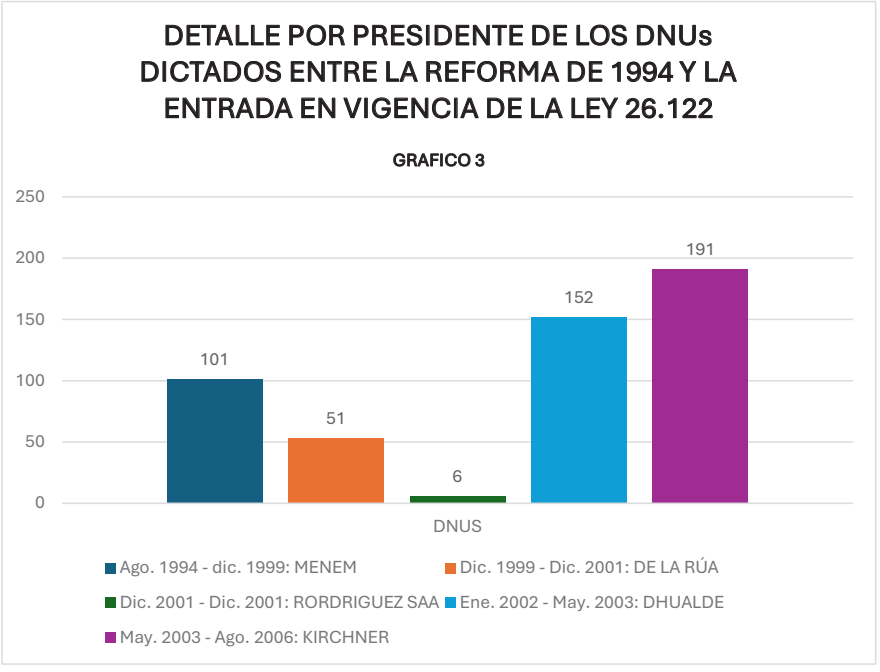
[12] Caso «Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional», Fallos, 313:1513, Consid. 22 del voto de mayoría (1990).

[13] Nos referimos a la ley 26122.

> Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdos generales de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.
> El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

A pesar de la claridad del texto constitucional acerca del carácter excepcional de los DNU, su sanción no frenó la práctica de los DNU por parte de los distintos presidentes que se fueron sucediendo a lo largo de esta segunda etapa.

Si desde 1983 hasta 1994 se habían dictado 464 DNU en once años, en esta segunda etapa de doce años, entre 1994 y 2006 se sancionaron 503 DNU, que corresponden a las siguientes presidencias:



Por la trascendencia y gran impacto social y económico que ha tenido, cabe destacar entre los más de cuatrocientos DNU dictados en el período, el decreto 214/02 que, con motivo de la grave crisis económica del 2001, pesificó los depósitos bancarios que estaban pactados en dólares

Como puede observarse, la sola sanción del art. 99 inc. 3 de la CN no limitó en los hechos la práctica de la sanción abusiva de los DNU. Más allá de algunos aspectos que pudieron haber sido abordados con mayor claridad en el texto constitucional[14], la redacción incorporada en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución, en oportunidad de su última reforma, es sin dudas elocuente al describir las condiciones de ejercicio de la atribución presidencial que allí se aloja.

El texto de esa cláusula constitucional, con prescindencia de cualquier otra consideración, traduce una voluntad muy nítida: se trata de una facultad cuyo ejercicio requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales, extraordinarias. Sin embargo, la experiencia registrada durante los doce años transcurridos desde la Convención reformadora de 1994 hasta 2006, se ha ocupado con frecuencia de contradecir la voluntad plasmada en esa cláusula constitucional. Aquello que debía ser excepcional se transformó, por momentos, en habitual. El tono enfático del Constituyente no logró, en los hechos, darle solución de continuidad a una práctica nacida al amparo del texto constitucional anterior, que no contemplaba la figura de los decretos de necesidad y urgencia («DNU»[15]). No sólo eso: con el transcurso de los años llegó a observarse, incluso, una profundización de los desvíos y abusos que el texto constitucional reformado vino a prevenir y erradicar[16].

No es posible identificar una única razón que explique ese proceso. Fueron muchas. Un evidente desapego al texto constitucional (y, sobre todo, a su espíritu) por parte de los distintos Presidentes que se sucedieron en estos años. La mora del Congreso en aprobar la ley reglamentaria del art. 99, inc. 3°, primero, y, luego, el criterio excesivamente permisivo plasmado en la ley 26.122[17], en lo que refiere al control legislativo de los DNU. La falta de una decisión concluyente por parte de la Corte Suprema que declarase la necesidad de una intervención aprobatoria del Congreso como condición para la validez y el mantenimiento de la vigencia del DNU, y su postura algo zigzagueante en torno del control de la existencia de una efectiva «necesidad

[14] En particular, la ausencia de una definición clara respecto de los alcances y efectos de la intervención encomendada al Congreso, que fue deferida por el Constituyente de 1994 a la reglamentación del propio Poder Legislativo.

[15] A lo largo de este trabajo, utilizaremos la expresión DNU para referirnos a los decretos de necesidad y urgencia, tanto en singular como en plural.

[16] Como prueba de ese fenómeno, baste recordar que, según estadísticas difundidas por la prensa, en un momento del mandato presidencial de Néstor Kirchner, el número de DNU que había dictado el ex mandatario superaba la cantidad de proyectos de ley referidos a políticas públicas que había enviado al Congreso («Kirchner firmó más decretos que leyes», pub. en «La Nación» del 3 de julio de 2006).

[17] B.O. 26.07.2006.

y urgencia». También, por qué no, cierta indiferencia de la opinión pública, alimentada por concepciones que han querido ver en el dictado de DNU una alternativa válida para superar la oposición del Poder Legislativo a adoptar ciertas medidas impulsadas por el Poder Ejecutivo, como si tal postura del Congreso fuese necesariamente negativa o disvaliosa.

Durante esta segunda etapa, al no estar constituida la Comisión Bicameral Permanente prevista en el art. 99 inc. 3 de la CN, el Congreso no realizó ningún acto de control de los DNU más allá de algunas modificaciones o ratificaciones que examinaremos a propósito del análisis de los fallos de la Corte Suprema en relación a los casos relativos a los DNU de segunda generación.

### 3.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante esta segunda etapa

Entre los fallos dictados por la Corte Suprema argentina en esta segunda etapa referentes a los decretos de necesidad y urgencia, cabe mencionar los siguientes:

#### *i. Caso «Rodríguez»*[18]

Este fallo, dictado en diciembre de 1997, ha sido uno de los más polémicos y permisivos de todos los dictados por la Corte Suprema durante el gobierno menemista.

Ante las dificultades que el Presidente tenía para lograr que el Congreso sancionara la ley que estableciera el nuevo marco regulatorio de la actividad aeroportuaria, y tras el agravamiento de esa situación por la derrota electoral de 1997, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 375/97, por el cual estableció el marco normativo que regiría la concesión, explotación, administración y funcionamiento de los aeropuertos nacionales e internacionales. Para sancionar esta norma, que claramente correspondía a las atribuciones propias del Congreso, invocó la existencia de circunstancias excepcionales que impedían seguir los trámites legislativos ordinarios y habilitaban al Poder Ejecutivo el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, conforme al art. 99, inc. 3, de la Constitución[19].

Diez diputados promovieron acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución y de la ley 16986, para que se declarase la inconstitucionalidad del decreto 375/97. Consideraban que la sanción del decreto de necesidad y urgencia lesionaba sus facultades como legisladores y contrariaba los principios de legalidad y razonabilidad establecidos en la Constitución, con grave afectación del principio de división de

[18] Caso «Rodríguez, Jorge», *Fallos*, 320:2851 (1997);

[19] Con anterioridad a la sanción del decreto 375/97, el Presidente había enviado un proyecto de ley que regulaba la privatización de los aeropuertos y que ya había sido sancionado por la Cámara de Senadores, pero estaba aún pendiente de tratamiento por la Cámara de Diputados.

poderes y del Estado de Derecho. La jueza interviniente, luego de citar al Defensor del Pueblo en razón de las materias que trataba el caso, acogió favorablemente la pretensión de los actores. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia, frente a lo cual el Poder Ejecutivo interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Al día siguiente al dictado de la sentencia de segunda instancia, mientras se tramitaba este recurso extraordinario, e invocando «la necesidad y urgencia que existe en la concreción del proceso de concesión inadmisiblemente demorado», el Poder Ejecutivo sanciona un nuevo decreto de necesidad y urgencia, que lleva el número 842/97, mediante el cual se ratifica el decreto 375/997 y se ordena continuar con la concesión de los aeropuertos[20]. Ante este nuevo decreto, el mismo grupo de legisladores promueve, ante otro juzgado, una nueva acción: esta vez, se trata de una medida cautelar autónoma, con el fin de que se suspendan los efectos del nuevo decreto de necesidad y urgencia. Citado nuevamente el Defensor del Pueblo, la jueza de primera instancia decide ordenar al Poder Ejecutivo «la suspensión de los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante»[21].

Ante este nuevo pronunciamiento judicial, el Jefe de Gabinete se presenta directamente ante la Corte Suprema denunciando la existencia de un conflicto de poderes. Plantea la falta de atribuciones del Poder Judicial para entender en la cuestión, toda vez que la función de control sobre los decretos de necesidad y urgencia, de acuerdo con el art. 99, inc. 3), de la Constitución, estaría sometida a un procedimiento especial y sería de competencia del Congreso de la Nación y no del Poder Judicial. Solicita por ello, conforme a lo establecido por el art. 24, inc. 7), del decreto 1285/58, que se declare la incompetencia del Poder Judicial para entender en la materia[22]. Subsidiariamente, plantea recurso extraordinario de modo directo o *per saltum*, invocando para ello la gravedad institucional y la emergencia existentes en el caso y solicita la revocación de la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia.

La Corte Suprema, en un voto dividido, cinco votos a cuatro, hace lugar a la cuestión de competencia planteada por el apelante, deja sin efecto lo resuelto por el juez de primera instancia y declara improcedente el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto subsidiariamente por el Jefe de Gabinete. Integran la mayoría los Dres. Nazareno, Boggiano, Moliné O'Connor, Vázquez y López, mientras que la minoría está conformada por un voto conjunto de los Dres. Belluscio y Bossert y dos votos individuales de los Dres. Petracchi y Fayt.

El voto de mayoría considera que el juez de primera instancia ha dictado un acto inválido por carecer de jurisdicción para emitirlo. Comienza reafirmando la

---

[20] Luego de sancionado el decreto 842/97, fue girado para su tratamiento a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que se expidió por su ratificación. Sin embargo, el pleno de la Cámara de Senadores no trató esta cuestión.

[21] Cit. en *Fallos*, 320:2851, Consid. 1 del voto de mayoría.

[22] El Jefe de Gabinete se basa, para este pedido, en la doctrina del voto mayoritario de la causa «UOM c/Estado Nacional», *Fallos*, 319:371 (1996); *La Ley*, 1996-B-350.

facultad de la Corte Suprema, como órgano supremo de la organización judicial e interprete final de la Constitución, para dirimir conflictos de poderes entre los órganos de gobierno. Considera que ello forma parte de sus facultades implícitas. Le corresponde, por tanto, intervenir cuando los jueces han excedido el ámbito propio de sus competencias constitucionales e invadido las correspondientes a los otros poderes públicos, del mismo modo que está obligada a actuar cuando otros órganos de gobierno pretenden desconocer las facultades privativas del Poder Judicial. Dentro de este marco, considera que el control de los decretos de necesidad y urgencia sancionados por el Presidente en ejercicio de las atribuciones que le otorga el art. 99, inc. 3), es una facultad que la Constitución encomienda de modo exclusivo al Congreso de la Nación y, por consiguiente, no corresponde en esos supuestos la intervención del Poder Judicial.

Según el criterio del voto de mayoría, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado a dictar decretos de necesidad y urgencia aun cuando todavía no se haya creado la Comisión Bicameral Permanente ni el Congreso haya dictado la ley complementaria que prevé el art. 99, inc. 3). El Presidente ha seguido, en la sanción del decreto 842/97, todos los pasos formales previstos en la Constitución y ha puesto la norma sancionada a consideración del Congreso:

> El decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado; por el contrario, aquel se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucionalmente y legalmente estas se insertan. [...] la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciares acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política–, que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido[23].
>
> Más adelante, afirma este voto:
>
> En las circunstancias descriptas, no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación. [...] [Esta] delicada función política propia del legislador [...] no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes[24].

El Poder Judicial no debe intervenir hasta que no exista un conflicto real entre los poderes políticos y menos aún puede admitir el cuestionamiento de un grupo de di-

[23] *Fallos,* 320:2851, Consid. 15.
[24] Ídem, Consid. 17.

putados, que deben primariamente debatir y solucionar sus pretensiones en el ámbito de su propia cámara.

Este voto señala expresamente que no estamos ante un nuevo supuesto de competencia originaria ni tampoco frente a un *per saltum*, sino ante «una actividad institucional que el Tribunal cumple en su carácter de guardián e intérprete final de la Ley Fundamental en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado consagrado en aquella, y en orden a asegurar, como titular de uno de ellos, su coordinado accionar»[25]. Cabe concluir de todo lo anterior que la decisión del juez de primera instancia «ha sido dictada con ausencia de jurisdicción, por lo que se encuentra afectada de invalidez conforme lo tiene resuelto la Corte en casos análogos»[26]. De modo complementario, este voto señala que su pronunciamiento no importa:

> Una convalidación del decreto 842/97 fuera de lo que ha sido objeto de examen, en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales –antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuera la suerte que corriese ese trámite– siempre que, ante un 'caso' concreto –inexistente en la especie–, conforme las exigencias del art. 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental [...] esta Corte en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional reivindica, protege y preserva para el Poder Judicial de la Nación el control de constitucionalidad de los actos de los otros departamentos del gobierno federal [...], revisión que no es susceptible de ser ejercida en actuaciones de esta naturaleza, en la medida en que los diputados nacionales demandantes sólo están facultados para ejercer el control que les difiere la Carta Magna en el ámbito del Congreso de la Nación al cual pertenecen, mas no están habilitados para instar a que el Poder Judicial sustituya al Poder Legislativo, usurpando una función que es notoriamente extraña al diseño institucional de la república ideado por los constituyentes de 1853[27].

Como puede observarse, el núcleo de la argumentación del voto de mayoría es la falta de jurisdicción del juez de primera instancia para controlar la emisión de decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo, ya que esa función le corresponde de modo exclusivo al Congreso de la Nación. Complementariamente, hacia el final del voto se invoca la falta de caso concreto y también, aunque de modo menos explícito, la falta de legitimación de los actores.

La disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert comienza con el rechazo, por improcedente, del recurso extraordinario planteado de modo directo ante la Corte Suprema,

---

[25] *Fallos*, 320:2851, Consid. 21.
[26] Ídem, Consid. 23.
[27] Ídem, Consids. 23 y 24.

remitiéndose a los fundamentos dados por el juez Fayt en el caso «Dromi»[28]. Posteriormente, señala que la Corte no está constitucional ni legalmente autorizada para invalidar por falta de jurisdicción decisiones de los jueces de primera instancia, si no es a través de los recursos establecidos por las leyes reglamentarias del art. 117. La supuesta habilitación del art. 24, inc. 7), del decreto ley 1285/58 no es tal, ya que esa norma se refiere a la facultad de la Corte para intervenir en las cuestiones de competencia y conflictos plantados entre jueces y tribunales que no tengan un órgano superior común, supuesto que no está planteado en este caso. El voto analiza los diversos fallos de la Corte en los que esta ha actuado como órgano superior del Poder Judicial y comprueba que ella siempre ha intervenido en defensa de la jurisdicción y de los fueros de los magistrados. «No es posible interpretar a contrario sensu que se encuentra igualmente habilitado para excluir dicha jurisdicción fuera de los recursos legales»[29]. Finalmente, de modo complementario, y contradiciendo lo afirmado por el voto de mayoría, sostiene:

> Carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución, y ello independientemente de que su aprobación o rechazo estén o no sometidos a tratamiento por parte del Congreso. De otro modo, se estaría consagrando una categoría de actos excluidos del examen constitucional que corresponde a esta Corte y a los tribunales inferiores[30].

El voto del Dr. Fayt considera que no corresponde dirimir la cuestión de competencia porque en el caso no hay jueces o tribunales que disputen entre sí, ni alguno de estos que lo haga con organismos administrativos que ejerzan facultades jurisdiccionales. Por el contrario, en el caso hay un legítimo ejercicio del control constitucional por un juez de primera instancia, que no debe ser interferido por la Corte Suprema. Tampoco corresponde, a juicio del ministro Fayt, que se admita el recurso extraordinario directo o *per saltum*, debido a los fundamentos que él diera en su disidencia en el caso «Dromi» acerca de la improcedencia de este recurso, y porque no se da en este caso ningún supuesto de gravedad institucional. En un *obiter dictum*, sostiene también este voto que el decreto impugnado:

> No pudo válidamente ser emitido, por no haber sancionado el Congreso la ley especial que determina la Constitución regulando el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, ni haberse producido en la Nación, las circunstancias excepcionales que hagan imposible que aquel Congreso legisle sobre el destino de los aeropuertos[31].

---

[28] Caso «José Roberto Dromi», *Fallos*, 313:863 (1990).
[29] *Fallos*, 320:2851, Consid. 7 del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.
[30] Ídem, Consid. 8 del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.
[31] Ídem, Consid. 18 del voto en disidencia del Dr. Fayt.

Es decir, según el voto del Dr. Fayt, hasta que el Congreso dicte la ley reglamentaria contemplada en el art. 99, inc. 3), el Poder Ejecutivo no está constitucionalmente habilitado a dictar decretos de necesidad y urgencia.

El voto del Dr. Petracchi, luego de reseñar los hechos que dan origen al planteo del Jefe de Gabinete, considera que no se está frente a uno de los supuestos que autorizan la intervención de la Corte de acuerdo con el art. 24, inc. 7), del decreto 1285/58, ya que no existe conflicto alguno entre jueces o entre quienes ejercen funciones jurisdiccionales. Señala más adelante que tampoco procede el recurso *per saltum*, ya que no está demostrado que en el caso haya un claro supuesto de gravedad institucional ni se requiera la urgente intervención de la Corte Suprema. Señala este voto que la decisión del voto de mayoría de dejar sin efecto fallos de tribunales nacionales invocando el ejercicio de facultades administrativas o de superintendencia judicial carece de base constitucional y legal:

> Bajo el ropaje de una creación pretoriana [...] se agita la singular facultad de intervenir en el ejercicio regular de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. Ello equivale –ni más ni menos– a la destrucción del «control difuso de constitucionalidad» que caracteriza a nuestro sistema, para sustituirlo por uno en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquel control no le satisface, saltea las instancias regulares para negar la competencia del órgano que lo ejerció[32].

Nos parece que este fallo configura un claro ejemplo de Corte permisiva, especialmente por los fundamentos en los que se basa su decisión. De acuerdo a los argumentos del voto de mayoría, no sólo se renuncia a ejercer el control en aspectos sustanciales de la legitimidad de origen de los decretos de necesidad y urgencia, sino que se impide que cualquier otro juez pueda ejercerlo en este o en cualquier otro caso. Hay una voluntaria, indebida e innecesaria renuncia a ejercer el control constitucional en lo relativo a la génesis de esa clase de normas. La Corte desarrolla todo su arsenal argumentativo para no ejercer en estos casos su función de control político. Para ello, no duda en cuadrar artificialmente los hechos de la causa en moldes del todo forzados, como lo es la invocación del ejercicio de su función de superintendencia judicial. Nos parece que le hubiera sido más sencillo admitir el *per saltum* y, en todo caso, declarar la falta de legitimación de los accionantes, que encuadrar el conflicto planteado como si fuera un conflicto de competencias entre jueces que la Corte *debe* resolver.

El voto de mayoría de la Corte reniega de la facultad de controlar la existencia de una real situación de emergencia que habilite al Poder Ejecutivo a dictar reglamentos de necesidad y urgencia, contradiciendo lo que ella había sostenido en los casos

[32] *Fallos*, 320:2851, Consid. 12 del voto en disidencia del Dr. Petracchi.

«Peralta» y «Video Club Dreams». Se podría alegar que los anteriores casos se referían a decretos dictados antes de la reforma del 94 y, en cambio, en este caso ya estaba vigente el art. 99, inc. 3). Pero a ello cabe responder que la finalidad de la reforma del 94 era atenuar el presidencialismo y acentuar, y no debilitar, el control sobre las facultades legislativas del presidente. Hubiera sido coherente con la propia doctrina de sus fallos que la Corte, si entendía que había un caso concreto, juzgara de la existencia o inexistencia de la situación de emergencia que habilita al presidente a ejercer esta función excepcional.

### *ii. Caso «Della Blanca»*[33]

Tras el polémico fallo «Rodríguez», que desacreditó fuertemente a la Corte Suprema ante la opinión pública y el mundo jurídico, y ante cierto debilitamiento del poder del Presidente por estar próximo el fin de su período y haber sufrido la derrota electoral en octubre del 97, en noviembre de 1998 el Tribunal dio señales de querer controlar más intensamente los reglamentos de necesidad y urgencia dictados por el Presidente. La oportunidad estuvo dada por la resolución de los casos «Della Blanca» y «Verrocchi». Para la modificación de la postura del Tribunal fue decisivo el cambio de parecer del Dr. Boggiano, que en ambos casos pasó a votar con los cuatro integrantes de la minoría del caso «Rodríguez».

El 20 de octubre de 1989, invocando una situación de emergencia alimentaria, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 1477/89, por el que se asigna carácter no remunerativo a los tickets canasta que los empleadores entreguen a sus dependientes, modificando así lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo (LCT). El Presidente remite este reglamento al Congreso de la Nación y en septiembre de 1990 el Senado aprueba un dictamen de la Comisión de Legislación Laboral que aconseja rechazarlo. Por su parte, en mayo de 1991, la Cámara de Diputados da media sanción a un proyecto de ley que deroga el decreto 1477/89. Sin embargo, en ningún momento la voluntad de ambas Cámaras se integró en un solo acto legislativo que derogara expresamente esa norma.

Siete años después, en 1996, el Poder Ejecutivo dicta un nuevo decreto de necesidad y urgencia, el 773/96, que deroga al 1477/96. Ese mismo año, el 25 de septiembre, el Congreso sanciona la ley 24700 que, entre otras disposiciones, vuelve a asignar carácter no remunerativo a los mencionados tickets canasta.

La causa se inicia cuando el actor, al ser despedido, pretende que el cálculo de su indemnización se haga conforme a lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo

---

[33] Caso «Della Blanca, Luis E. y Luna, Jorge O. c/Ind. Met. Pescarmona SA», *Fallos*, 321:3123 (1998); *El Derecho*, 181-985, con nota de Alberto Bianchi: «Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional (La aplicación irretroactiva de la reforma)».

y se declare la inconstitucionalidad del decreto 1477/89. La pretensión del actor es acogida favorablemente en todas las instancias de la Justicia provincial de Mendoza. La Suprema Corte de esta provincia considera que luego de la reforma constitucional, los criterios para juzgar la validez de los decretos de necesidad y urgencia provienen del art. 99, inc. 3), de la Constitución y no de la jurisprudencia anterior a la reforma. En este sentido, sostiene que la falta de ratificación expresa del decreto por parte del Congreso lo torna inválido. Ante esta decisión del superior tribunal provincial, el demandado interpone recurso extraordinario, alegando que la sentencia impugnada está aplicando retroactivamente las modificaciones constitucionales incorporadas a partir de 1994. A su criterio, para la resolución del caso, tendría que estarse a la doctrina del caso «Peralta», que otorgaba carácter ratificatorio al silencio legislativo.

La Corte Suprema, en fallo dividido cinco a dos, confirma el fallo de la Suprema Corte de Mendoza. La mayoría está integrada por cinco votos individuales, de los Dres. Fayt, Belluscio, Bossert, Boggiano y Petracchi. La disidencia es suscripta conjuntamente por los Dres. Moliné O'Connor y López. No votan los Dres. Nazareno y Vázquez.

El voto del juez Fayt señala la falta del cumplimiento en la causa de los requisitos necesarios para la validez de los decretos de necesidad y urgencia: la existencia de una situación real de emergencia y la confirmación, aunque sólo sea tácita, por parte del Congreso de la medida dictada por el presidente. Considera que la emergencia alimentaria invocada por el Poder Ejecutivo no satisface los recaudos mínimos exigidos para dar por cumplido el primero de los requisitos: «la única necesidad que justifica el ejercicio de tales poderes excepcionales es la de preservar la vida de la Nación misma y el Estado»[34]. Tampoco ha existido ratificación legislativa, aunque sólo sea de modo tácito, ya que ambas Cámaras, aunque de modo separado han manifestado su oposición al decreto.

El voto del Dr. Belluscio, al que adhiere casi íntegramente el juez Bossert, señala que la situación debe regirse por los criterios previos a la reforma del 94. Considera que el Poder Ejecutivo no ha acreditado la acuciante necesidad que invoca ni la imposibilidad de seguir los mecanismos legislativos previstos en la Constitución. Es al Poder Legislativo y no al presidente a quien corresponde la modificación de la legislación en esta materia. La posterior sanción de la ley 24700 no tiene capacidad para sanear el vicio de origen del decreto impugnado.

El juez Petracchi señala que cualquiera sea el criterio con que se juzgue la validez de los decretos de necesidad y urgencia (tesis negatorias estrictas, que impiden en todos los casos su sanción; o tesis permisivas, que exigen para su validez una situación de emergencia y una convalidación, aunque sea tácita del Congreso), todos ellos llevan a la misma conclusión, que es la de negar validez constitucional al decreto impugnado. Lejos de haber pasividad o silencio por parte del Congreso, hubo claros actos de

[34] *Fallos,* 321:3123, Consid. 4 del voto del Dr. Fayt.

rechazo a lo decidido por el Presidente cuando ejerció facultades propias del Poder Legislativo. Por ello, debe declararse la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

El juez Boggiano, a diferencia del Dr. Belluscio, sostiene en su voto que corresponde juzgar la validez de la norma impugnada a la luz del art. 99, inc. 3), aun cuando esta se haya sancionado antes de la reforma del 94. Señala:

> Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deban ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias anómalas. Que, en ese contexto, se advierte con claridad que no se encontraban satisfechos los recaudos constitucionales para el dictado del decreto 1477/89. En efecto, en sus considerandos sólo se hace una escueta referencia a la «acuciante situación alimentaria». Ello resulta insuficiente para justificar una situación de riesgo social que el Congreso no podía remediar por los cauces ordinarios, máxime cuando había sido convocado a sesiones extraordinarias. En ese orden de ideas, cabe recordar que la mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que si lugar a dudas corresponden a otros[35].

Finalmente, agrega que la sanción, siete años después, de la ley 24700 en modo alguno puede convalidar o sanear un acto constitucionalmente ilegítimo.

El voto en disidencia parte de considerar que la Corte debe atender a las circunstancias existentes en el momento de dictar sus sentencias, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Señala que, al momento de dictar este fallo, ha sido dictada la ley 24700, que asigna a los tickets canasta el mismo carácter que le confiere la norma impugnada. Hay una ratificación legislativa expresa del decreto 1477/89, que confirma su validez constitucional. Establece también que esta norma ha sido dictada antes de la reforma del 94 y, por lo tanto, se han de aplicar para juzgar sobre su validez los criterios existentes en ese momento sobre los decretos de necesidad y urgencia que son los provenientes del caso «Peralta».

Se observa en este fallo una actitud claramente más activa de la Corte al ejercer el control sobre los decretos de necesidad y urgencia que la sostenida por el voto mayoritario en el caso «Rodríguez». Aquí los jueces que conforman la mayoría controlan y verifican la existencia o no de una real situación de emergencia que legitime el ejercicio de la facultad legislativa por el Presidente y juzgan con criterio amplio la actuación del Congreso.

Hay un claro cambio de postura del juez Boggiano respecto a su opinión en el caso «Rodríguez», y eso hace que se conforme una mayoría distinta a la de ese prece-

[35] *Fallos,* 321:3123, consids. 5 y 6 del voto del juez Boggiano.

dente. Tal vez la menor trascendencia del caso «Della Blanca» explique en parte esta modificación.

### *ii. Caso «Verrocchi»*[36]

En este precedente, dictado durante la última parte del gobierno menemista y con la clara intención de ir limitando la práctica constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia[37], la mayoría del Tribunal, cinco votos a tres[38], declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 770/97 (reglamentado por el decreto 771/97), que dispuso un nuevo régimen de asignaciones familiares, derogando la ley 18017. El decreto de necesidad y urgencia 770/97 establecía que las asignaciones familiares sólo corresponderían a los que tuvieran un ingreso menor a los $ 1.000. Posteriormente, la ley 24714 elevó esa cifra a los $ 1.500.

El voto mayoritario entendió que no correspondía otorgar efecto ratificatorio a la ley del Congreso, que claramente había modificado lo decidido por el Presidente mediante el DNU. Cuatro jueces[39] exigen como requisito necesario para la validez de los decretos de necesidad y urgencia tanto la existencia de una real situación de emergencia, que es posible revisar judicialmente, como la posterior actuación ratificatoria de ambas Cámaras del Congreso.

Este fallo es especialmente significativo porque la Corte Suprema define cómo debe interpretarse el concepto de circunstancias excepcionales a que hace referencia el art. 99 inc. 3 para legitimar el dictado de un DNU:

> Para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la CN, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución

---

[36] Caso «Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional», *Fallos,* 322:1726 (1999); *La Ley*, 2000-A-88.

[37] Cfr. Ventura, Adrián: «La Corte fijó limites a los decretos leyes», *La Nación* del 25 de agosto de 1999. El fallo se produjo mientras en el Senado se discutía un proyecto de ley que exigía la ratificación de ambas Cámaras del Congreso para que un reglamento de necesidad y urgencia continuara siendo válido. La mayoría peronista en el Senado quería de ese modo limitar el ejercicio de las facultades del próximo presidente De la Rúa. Por ello, el radicalismo se opuso a ese proyecto de ley, que recién será sancionado en el año 2006, aunque con un criterio más permisivo que el aquí propuesto.

[38] Integraron la mayoría los Dres. Belluscio, Fayt, Bossert, Petracchi y Boggiano. En disidencia votaron los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López. El ministro Vázquez se abstuvo.

[39] Asumen esta postura los jueces Fayt, Belluscio, Bossert y Boggiano.

legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes[40].

También afirma el voto de mayoría que:

La falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3, párrafo cuarto *in fine*) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación.

### *iv. Caso «Risolía de Ocampo»[41]*

En este fallo, la Corte Suprema, con la disidencia del Dr. Moliné y la abstención del ministro Nazareno, declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/97, que había declarado en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros y a las empresas prestadoras de ese servicio, autorizándolos a pagar en hasta sesenta cuotas mensuales las obligaciones de dar sumas de dinero resultantes de sentencias judiciales de condena por daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la prestación del servicio. La razón sustancial que llevó a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada fue que la emergencia por ella establecida tenía un carácter sectorial y no general. No hay en el fallo un análisis de los requisitos de legitimidad de origen de los decretos de necesidad y urgencia.

También en ese mismo año, la Corte Suprema resolvió otros dos casos sobre decretos de necesidad y urgencia: en el caso «Berkley International»[42], declaró la inconstitucionalidad de un tasa fijada por el Presidente mediante el decreto 863/98 de necesidad y urgencia, por tratar sobre materia tributaria; en el caso «Sociedad Aeronáutica San Fernando»[43], en fallo dividido seis votos a tres y remitiéndose al dictamen del Procurador General, revocó una medida cautelar dictada que había declarado la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 375/97 de privatizaciones de aeropuertos, que aún no tenía ni aprobación ni rechazo legislativo.

### *v. Caso «Guida»[44]*

En este caso el Tribunal, ocho votos contra uno, declaró la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, en cuanto dispuso la reducción de las

---

[40] «», Consid. 9 del voto de mayoría conjunto en el caso «Verrocchi». *Fallos*, 322:1726 (1999).

[41] Caso «Risolía de Ocampo, María J. c/Rojas, Julio C».*Fallos*, 323:1934 (2000); *La Ley*, 2000-D-591.

[42] Caso «Berkley International ART S.A. c/E.N. (M° E. y O.S.P.)», *Fallos*, 323:3770 (2000).

[43] Caso «Sociedad Aeronáutica San Fernando S.R.L. y otros c/Estado Nacional», *Fallos,* 323:337 (2000).

[44] Caso «Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional», *Fallos,* 323:1589 (2000); *La Ley*, 2000-C-828.

remuneraciones de los empleados del sector público, como consecuencia de la crisis financiera producida en 1995 por el denominado *efecto tequila*. El decreto 290/95 había sido ratificado posteriormente por la ley 24624. Pasada la crisis, esos descuentos salariales fueron derogados.

La decisión mayoritaria se integra con un voto conjunto de los Dres. Nazareno, López y Moliné O'Connor y cinco votos individuales, de los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert y Vázquez. El ministro Petracchi vota en disidencia, ya que considera que hasta tanto no se constituya la Comisión Bicameral Permanente contemplada en el art. 99, inc. 3), de la CN, el presidente no puede dictar ningún decreto de necesidad y urgencia.

Este fallo fue dictado en momentos en que el presidente de la Rúa se aprestaba a dictar el decreto 430/2000, que dispuso una nueva reducción de los haberes de los funcionarios públicos motivada en el déficit presupuestario. Por ello, fue interpretado en su momento como un tácito respaldo a la gestión del nuevo gobierno de la Alianza.

Tanto el voto mayoritario conjunto como el del Dr. Boggiano hacen especial hincapié, para pronunciarse por la validez del decreto, en el hecho de que ha sido ratificado expresamente por ambas Cámaras del Congreso [45].

### *vi. Caso «Zofracor» [46]*

En este caso, la Corte Suprema, por ocho votos a uno y con la disidencia parcial del Dr. Petracchi, dejó sin efecto un reglamento de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo, que creó una zona franca en la provincia de Córdoba, por entender que se trata-

---

[45] Así, puede leerse en el Consid. 6 del voto mayoritario conjunto del caso «Guida» (*Fallos,* 323:1589, 2000), suscripto por los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López: «la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24624 demuestra que el tema fue considerado por ambas cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis». A su vez, en el Consid. 8 *in fine* del voto del Dr. Boggiano puede leerse la siguiente afirmación: «La intervención del Congreso en esos términos [ratificatorios], desplaza, como principio, el limitado margen de apreciación judicial en torno de esta cuestión». El criterio finalmente establecido por la ley 26122, que requiere la decisión derogatoria de ambas Cámaras del Congreso para dejar sin efecto un DNU, pareciera ser más permisivo que el que se desprende de los fallos de la Corte Suprema dictados a partir de los casos «Della Blanca» y «Verrocchi».

[46] Caso «Zofracor S.A. c/Estado Nacional», *Fallos*, 325:2394 (2002); *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-28, con nota de Schvartzman, Sebastián y Toranzo, Alejo: «Zofracor: luces y sombras en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos de necesidad y urgencia».

ba de una competencia de carácter tributario que no podía ser ejercida mediante esa clase de norma. Como el Congreso había ratificado posteriormente el decreto de necesidad y urgencia, el Tribunal consideró que la norma era válida recién a partir de ese momento.

### *vii. Caso «San Luis»*[47]

En este caso, la Corte Suprema, en fallo dividido cinco votos contra tres, declaró la inconstitucionalidad del decreto 214/02, que dispuso la pesificación compulsiva de los depósitos inicialmente celebrados en dólares y ordenó su devolución en la moneda de origen. La decisión del Tribunal se integra con un voto de mayoría conjunto, suscripto por los Dres. Moliné O'Connor y López, al que concurren tres votos individuales de los Dres. Nazareno, Fayt y Vázquez. El voto de minoría lleva la firma de los Dres. Belluscio, Boggiano y Maqueda, mientras que el Dr. Petracchi se excusó de intervenir.

Los distintos votos no encuadran al decreto 214/02 únicamente como un reglamento de necesidad y urgencia; lo analizan bien como un reglamento delegado (voto mayoritario conjunto y voto del Dr. Nazareno), o bien como un acto que puede ser examinado como reglamento delegado o como reglamento de necesidad y urgencia (votos individuales de los Dres. Fayt y Vázquez). En todos los casos, la respuesta es la misma: el decreto 214/02 carece de legitimidad de origen. El voto mayoritario conjunto considera que el decreto 214/02 es un reglamento delegado, pero dictado en exceso de las bases de la delegación fijada en la ley 25561. Hay en este voto un interesante análisis de los principios que deben regir la dinámica del ejercicio de las facultades legislativas del Congreso y del presidente. La mayoría de la Corte considera que, si con motivo de una emergencia cambiaria, el Congreso delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo, este no puede, mientras dure la misma situación de emergencia tenida en cuenta por el Poder Legislativo para sancionar la ley delegante, dictar decretos de necesidad y urgencia sobre la misma materia. Debe limitarse a enfrentar la situación dictando reglamentos delegados que respeten las bases de la ley delegante que sancionó el Congreso. La ley 25561, particularmente en su art. 6, estableció como una de las bases de la delegación la preservación del capital de los ahorristas y nunca previó la posibilidad de la pesificación de los depósitos celebrados en moneda extranjera. Más bien, era claro el propósito de la ley delegante, en el sentido de que se mantuviera la moneda en la que se hubiera celebrado originalmente el depósito[48].

Se trata, a nuestro criterio, del primer caso en la historia de la Corte Suprema en el que nuestro máximo tribunal declara la inconstitucionalidad de una ley considerada

---

[47] Caso «Provincia de San Luis c/Estado Nacional», Fallos, 326:417 (2003).

[48] Hemos analizado detenidamente estos pormenores del fallo en nuestro trabajo «La delegación legislativa en el caso 'San Luis'», *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-1236.

clave para la política económica de un gobierno y la declaración tiene lugar mientras el gobierno que dictó la norma está en ejercicio del poder. El fallo fue dictado semanas antes de las elecciones presidenciales del 27 abril del 2003 y muchos interpretaron esta decisión del Tribunal como un tácito apoyo al ex presidente Menem.

La postura adoptada por la Corte Suprema en el caso «San Luis» será luego dejada de lado en los casos «Bustos»[49] y «Massa»[50], dictados tras el cambio de integración de la Corte Suprema a partir de la llegada del Presidente Kirchner en mayo del 2003. Estos fallos considerarán legítimo en cuanto a su origen a las normas que dispusieron la pesificación de los depósitos, más allá de disponer un especial mecanismo de actualización de los depósitos para salvaguardar el derecho constitucional de propiedad.

### *viii. Caso «Müller»*[51]

En este caso, resuelto por la Corte en abril del 2003, la mayoría del Tribunal, remitiéndose al dictamen del Procurador General y con la sola disidencia del Dr. Petracchi, aceptó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 430/00 dictado por el presidente de la Rúa, que había dispuesto una reducción de las remuneraciones

---

[49] Caso «Bustos, Alberto R. y otros c/E.N. y otros», *Fallos,* 327:4495 (2004); *La Ley*, 2004-F-713. En el caso «Bustos», la Corte analizó la constitucionalidad de las normas de emergencia que impedían el reintegro inmediato a los depositantes de sus depósitos en dólares. Para hacerlo, consideró que estaban cumplidos los requisitos comúnmente exigidos para este tipo de normas: la existencia de una situación de emergencia declarada por el Congreso y con sustento en la realidad, su carácter general, la razonabilidad de los remedios empleados y el límite de la norma en el tiempo. Por otro lado, argumentó que no se veía vulnerado el derecho a la propiedad de los depositantes. Esto teniendo en cuenta que la finalidad que tuvieron al depositar en dólares fue la de mantener el poder adquisitivo de su dinero, y que la pesificación, al prever la actualización según el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), no impedía dicho objetivo. Así, «en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la pesificación se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario». De esta manera, para la Corte, al no haber probado la actora que la pesificación no alcanzaría a cubrir el valor adquisitivo del dinero depositado, no hay perjuicio. Asimismo, sostuvo que reconocer el reclamo de los depositantes «implicaría la creación de una clase privilegiada, que no sólo se habría beneficiado durante un tiempo más o menos largo con intereses en dólares a una tasa inconcebible en el resto del planeta sino que ahora percibiría cantidades que, traducidas a la moneda argentina, tendrían un poder adquisitivo en el mercado interno considerablemente mayor al de lo originariamente depositado». Por último, la mayoría entiende que no le compete a este tribunal el análisis del acierto u oportunidad de las medidas de política económica dictadas por los poderes competentes, pues «ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular».

[50] Caso «Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional», *Fallos*, 329:5913 (2006). En este caso la Corte modificó el régimen de pesificación contemplado en el decreto 214/2002 para declarar su constitucionalidad. Así, aumentó la tasa de interés establecida en el decreto, con el objetivo de acercar el valor de los depósitos pesificados al de la moneda original.

[51] Caso «Müller, Miguel Ángel c/Poder Ejecutivo Nacional», *Fallos,* 326:1138 (2003).

de los empleados del sector público para hacer frente a una situación de déficit fiscal a comienzos del año 2000. El Procurador General consideró en su dictamen que la derogación por parte de la ley 25453 del decreto 430/00 hacia el futuro significó la implícita ratificación de su validez anterior.

### 3.2. Síntesis de la segunda etapa

Durante esta segunda etapa los distintos presidentes continuaron con la práctica abusiva y dictaron un gran número de DNU; el Congreso se limitó a convalidar tardíamente algunos de esos reglamentos; y la Corte Suprema osciló entre decisiones claramente evasivas y permisivas (caso Rodríguez), con algunas fuertemente restrictivas (caso Verrocchi, San Luis) y otras en la que ejercicio un control tenue (casos Guida, Bustos, Massa). Desde una posición inicial más permisiva en el caso «Rodríguez» de 1997, a partir de mediados del año 98 pasó a adoptar posturas más estrictas que requieren la existencia de una real situación excepcional y una ratificación posterior del Congreso para admitir la validez constitucional de un reglamento de necesidad y urgencia (cfr. casos «Della Blanca», «Verrocchi» y «Guida») y no admitió la posibilidad de dictarlos cuando existe una delegación legislativa en la misma materia (cfr. caso «San Luis»). Por otra parte, declaró en todos los casos la inconstitucionalidad de los reglamentos de ese tipo sobre materias tributarias (cfr. casos «Video Club Dreams», «Berkeley» y «Zofracor») [52]. La Corte Suprema tuvo que suplir desde la jurisprudencia el vacío de la falta de ley reglamentaria prevista en el art. 99, inc. 3), que recién se llenó a fines del año 2006 mediante la ley 26122. Su actuación fue del todo insuficiente para enfrentar la patología del dictado de modo habitual de esta clase de normas por parte del Poder Ejecutivo.

## 4. TERCERA ETAPA 2006-2024

A fines del año 2006, se sanciona la ley 2006 que, de acuerdo a lo establecido en el art. 99 inc. 3 de la CN, regula el trabajo de la CBP y la intervención de las Cámaras del Congreso para el control de los DNU, los decretos delegados y los de promulgación parcial de leyes.

La ley 26.122 reguló la integración de la CBP y el trámite de control de los DNU por parte del Congreso[53]. Tal vez el punto principal y más controvertido del nuevo régimen

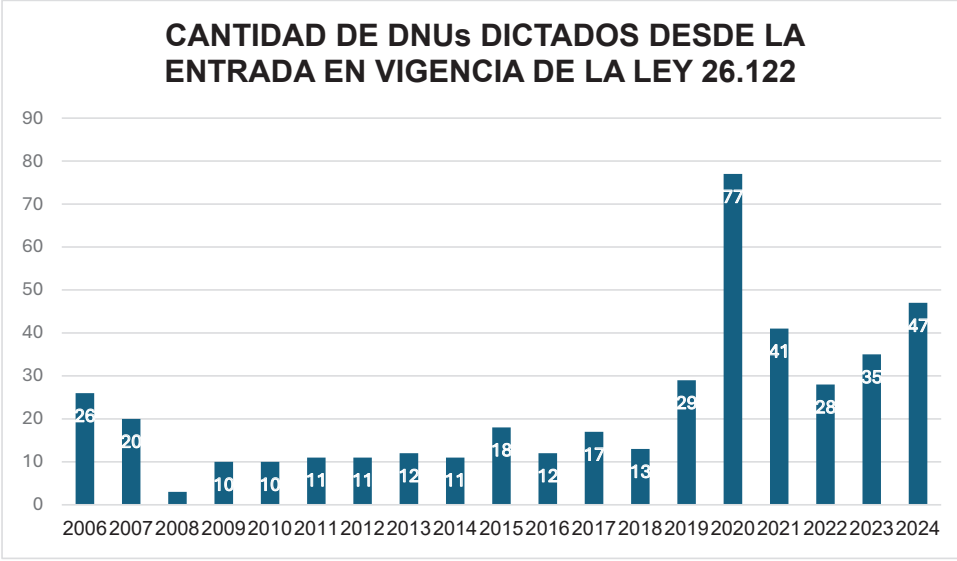
---

[52] En el caso «Levy», *Fallos*, 320:1426 (1997), la Corte Suprema consideró que el decreto de necesidad y urgencia que había derogado el cobro de un fondo de estímulo que la ley 20091 había previsto para un determinado grupo de empleados públicos no tenía contenido tributario, sino presupuestario y, por ello, era una materia excepcionalmente habilitada para ser regulada mediante un decreto de ese tipo.

[53] Un análisis en profundidad de esta ley puede verse en: Santiago, Alfonso – Veramendi, Enrique, «Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo», SJA 1-11-2006 – *Jurisprudencia Argentina* 2006-IV-1358.

sea lo dispuesto por el art. 24 de la mencionada ley. Allí se establece que para que un DNU sea derogado es necesario que ambas Cámaras del Congreso así lo dispongan. Esta ley tampoco establece un plazo concreto dentro del cual deban ellas pronunciarse expresamente sobre la medida adoptada por el Poder Ejecutivo, lo que facilita una postura dilatoria y omisiva del Poder Legislativo, contraria al mandato del inmediato tratamiento del DNU por parte de las Cámaras contenida en el art. 99 inc. 3.

Desde la sanción de la ley 26.122 en 2006 hasta fines del 2016 se sancionaron 174 DNU, correspondiendo 46 a la presidencia de Néstor Kirchner, 86 a los dos períodos de Cristina Kirchner y 42 a los tres primeros años de la presidencia de Mauricio Macri.




Si desde 1983 hasta 1994 (11 años) se habían dictado 464 DNU y entre 1994 y 2006 (doce años) se sancionaron 503 DNU, en esta tercera etapa entre 2006 y 2023 (diecisiete años) se dictaron 377, lo que significa un descenso de un 25 % con respecto a la segunda etapa. El número sigue siendo alto, pero la disminución tras la sanción de la ley 26.122 y la puesta en marcha de la CBP es significativa. Sin embargo, cabe mencionar que decisiones muy importantes desde el punto de vista político, social y económico fueron instrumentadas mediante DNU, sin seguir el proceso legislativo ordinario[54].

De este período corresponde señalar algunos datos sobre los DNU dictados en relación a la situación de la pandemia con motivo del coronavirus del año 2020.

[54] Cfr. Alfonso Santiago (h), Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla y Patricio D'Acunti, «La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo Balance y reflexiones a doce años de su conformación», LL, diario del 14-III-17.

Durante su primer año de gobierno (2020), el Presidente Fernández dictó 78 DNU, 35 de los cuales fueron validados por el Congreso. De los 78 DNU, 48 estuvieron relacionados con la pandemia. En el mismo período se sancionaron 71 leyes y el Presidente envió 36 proyectos de leyes, 22 de los cuales fueron aprobados. Es decir, en 2020 se dictaron más DNU que leyes y hubo más DNU dictados por el Presidente que proyectos de ley enviados al Congreso.

En esta tercera etapa es posible, analizar la tarea llevada a cabo tanto por la CBP como por ambas Cámaras del Congreso para controlar los DNU dictados, además de analizar los fallos dictados durante estos años por la Corte Suprema en esta importante cuestión.

### 4.1. Algunos datos sobre la actuación de la CBP y de las Cámaras del Congreso en relación al control de los DNU

De los 203 DNU dictados entre la entrada en vigencia de la ley 26.122 y el año 2018, 162 tuvieron dictamen de la CBP. En sólo 8 de ellos, la CBP dictamina a favor del rechazo del DNU y hay otros seis en donde se verifica un empate entre la validación y el rechazo[55].

En general, se observa en los dictámenes de la CBP una tendencia no tanto a analizar si se cumplía o no los requisitos para la legitimidad del dictado de un DNU previstas en el art. 99 inc. 3, sino a pronunciarse sobre el contenido en sí del DNU. Se distorsiona así la misión que tanto el mencionado artículo de la CN como la ley 26.122 fijan a la CBP. Por otra parte, se advierte con toda claridad que los legisladores oficialistas de la CBP tienden casi automáticamente a votar a favor de la validación del DNU dictado por el Presidente, mientras que los de la oposición por su rechazo, lo que también distorsiona la función asignada a este organismo.

De esos 162 dictámenes de la CBP, sólo 105 fueron tratados por una o las dos Cámaras del Congreso. El Senado sólo se pronunció en 43 oportunidades, 19 en forma separada y 24 en forma conjunta con la Cámara de Diputados. La Cámara de Diputados lo hizo en 118 oportunidades, 94 de modo separado y 24 en forma conjunto con el Senado.

Sólo en dos casos hubo un rechazo del DNU por la Cámara de Diputados[56]. Nunca el Senado rechazó un DNU, por lo que ningún DNU desde el año 2006 hasta la fecha fue derogado por la intervención del Congreso.

---

[55] Ibídem.

[56] Se trata de los DNU 2010/2009 (Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período de sesiones 128, Reunión 2, 1ª Sesión Ordinaria (17/03/2010), disponible online en https://www.diputados.gov.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=935&numVid=0=) y DNU 298/2010 (Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Período de sesiones 128, Reunión 4, 2ª Sesión Ordinaria Especial (13/04/2010), disponible online https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=937&numVid=1, p. 123 (votación) y 125 (apéndice con texto de resolución de rechazo). La resolución de rechazo dispuso textualmente en su artículo 1º «[r]echazar el decreto 298 del Poder Ejecutivo del año 2010 por el cual se crea el Fondo del Desendeudamiento Argentino» y no habría sido publicada en el Boletín Oficial).

Cabe destacar que los años de mayor actividad de la Comisión Bicameral Permanente no siempre coincidieron con los años en que el Poder Ejecutivo dictó mayor cantidad de decretos sometidos al control legislativo instrumentado por la Ley 26.122. Por el contrario, los años de mayor actividad tienden a coincidir con aquellos en que el oficialismo contaba con mayoría en ambas Cámaras del Congreso (como los años 2007 y 2012 mencionados), mientras que aquellos en que se advierte una baja en su actividad coinciden con los años en que existió paridad de fuerzas entre el oficialismo y la oposición en el Congreso (de hecho, como veremos, el año que más decretos dictó el Poder Ejecutivo fue el 2010, con un escenario de paridad de fuerzas en el Congreso, y casualmente fue ese el año que –en proporción– menos decretos trató la Comisión).

Los años de mayor actividad de la Comisión (en los que existió mayoría oficialista en ambas Cámaras), por su parte, tampoco coinciden con los años en que se produjeron los escasos dictámenes de mayoría de «rechazo» emitidos por la Comisión. Por el contrario, estos se produjeron exclusivamente en los períodos en los que existió una minoría oficialista –o paridad relativa de fuerzas– en las Cámaras del Congreso. En efecto, como veremos, existieron 2 (dos) dictámenes de mayoría de rechazo en el año 2010 (con paridad de fuerzas en el Congreso) y 8 (ocho) entre los años 2016 y 2017 (con minoría del oficialismo en el Congreso). Esto puede poner de manifiesto cierta fallo de diseño institucional de la CBP por parte del Constituyente de 1994. Si se quiere que realmente cumpla con su función de controlar a través de sus dictámenes, tendría que tener una mayoría de representantes de la oposición en su integración. Siempre la decisión final quedaría librada a la mayoría que se conformen en el pleno de cada una de las Cámaras del Congreso.

Desde 2019 hasta fines de 2023, ese carácter laxo y permisivo del control parlamentario sobre los DNU se acentuó. Evidencia de ello es que al día de la fecha existen en la Comisión Bicameral Permanente un total de 93 (noventa y tres) DNU que no fueron analizados y carecen de dictamen: 17 (diecisiete) DNU fueron dictados por MACRI y 76 (setenta y seis) DNU por Alberto FERNANDEZ.

### 4.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante este tercer período

En relación a los fallos de la Corte Suprema sobre DNU en esta tercera etapa, podemos mencionar, entre otros, los casos «Consumidores Argentinos» [57], Aceval Pollaci[58] y Asociación Argentina de Compañías de Seguros[59]. Se trata de tres casos que versan sobre DNU de la segunda etapa. Aún no han existido pronunciamientos de

[57] Fallos, 333:633 (2010). Se puede ver un completo análisis de este fallo en: Santiago, Alfonso, y Veramendi, Enrique, «Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU», ED, 09-VI-2010.

[58] Fallos 334:799 (2011).

[59] Fallos 338:1048 (2015).

nuestro máximo tribunal sobre DNU de tercera generación en los que haya habido una actuación previa de la CBP y de las Cámaras del Congreso.

### *i. Caso Consumidores Argentinos*

En el caso «Consumidores Argentinos»[60], la Corte Suprema se expidió en un proceso de amparo promovido por la asociación «Consumidores Argentinos», en los términos del art. 43 de la Constitución, que habilita a esa clase de entidades a promover acciones judiciales en defensa de derechos de incidencia colectiva, como son los que conciernen a consumidores y usuarios.

La actora cuestionó la constitucionalidad del decreto 558/02[61], que introdujo reformas a la ley 20.091, sobre entidades de seguros y su control. El decreto 558/02 fue dictado durante la vigencia de la ley de Emergencia Pública 25.561, que delegó facultades al Poder Ejecutivo, pero con expresa invocación de las atribuciones previstas en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución[62]. Entre otras reformas, el decreto 558/02 facultó a la Superintendencia de Seguros de la Nación a autorizar a las compañías aseguradoras a que, en ciertos supuestos, realicen y constituyan deuda, y habilitó las cesiones de cartera sin la exigencia de publicidad y la exclusión de activos de esas firmas, además de limitar las medidas de ejecución en contra de las empresas del sector. La asociación «Consumidores Argentinos» alegó que esas reformas afectaban los derechos de los asegurados. El decreto 558/02 no fue ratificado por el Congreso por medio del dictado de una ley ni tampoco fue aprobado por resoluciones de las Cámaras de conformidad con el procedimiento regulado por la ley 26.122.

El fallo está conformado por un voto principal, suscripto por los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt, y cuatro votos concurrentes, firmados por los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Argibay y Petracchi.

El voto principal se apoyó en las siguientes consideraciones:

a) El objetivo de la reforma constitucional de 1994 fue atenuar el presidencialismo, fortalecer el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.
b) En atención a esos antecedentes y a la vigencia del principio de división de poderes, el Poder Judicial se encuentra facultado para controlar el cumplimiento de los requisitos constitucionales aplicables al dictado de DNU.

---

[60] Fallos, 333:633 (2010). Se puede ver un completo análisis de este fallo en: Santiago, Alfonso, y Veramendi, Enrique, «Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU», ED, 09-VI-2010

[61] B.O. 03.04.2002.

[62] Considerando 7°, decreto 558/02.

c) La interpretación sobre el cumplimiento de esos requisitos debe ser estricta, ya que el texto constitucional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un DNU.
d) Es atribución del Poder Judicial controlar la existencia del «estado de necesidad y urgencia» habilitante de la emisión de DNU, sin perjuicio de la valoración que sobre ese extremo corresponde a los otros Poderes.
e) En el caso, la situación invocada por el Poder Ejecutivo al dictar el decreto 558/02 no resulta suficiente para tener por configuradas las circunstancias fácticas que requiere el art. 99, inc. 3°, para habilitar el ejercicio de esta atribución presidencial.

Los firmantes del voto principal también adhirieron a las conclusiones expuestas en el dictamen de la Procuración General.

Los cuatro votos concurrentes, a su vez, presentaron los siguientes matices:

a) La Dra. Highton de Nolasco adhirió a los trece considerandos iniciales del voto principal y al dictamen de la Procuración General. De todos modos, puntualizó que la Corte se encontraba habilitada para evaluar la existencia del estado de necesidad y urgencia habilitante del dictado de DNU por tratarse de un decreto dictado antes de la aprobación de la ley 26.122 y no haberse cumplido el control legislativo exigido por la Constitución.
b) El Dr. Maqueda también adhirió a los trece primeros considerandos del voto principal y al dictamen de la Procuración General. El principal matiz de esta opinión estuvo dado porque consideró que el decreto 558/02 era inconstitucional, en primer lugar, por no haber mediado intervención alguna del Poder Legislativo respecto de ese DNU.
c) La Dra. Argibay adhirió a los diez considerandos iniciales del voto principal y, como ya lo había propuesto en casos anteriores, se pronunció a favor del establecimiento de una «presunción de inconstitucionalidad» respecto de las disposiciones de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo.
d) El Dr. Petracchi, por último, reiteró su conocida posición según la cual los DNU dictados con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria del art. 99, inc. 3°, son «insanablemente nulos».

### *ii. Caso «Aceval Pollaci»*

En el caso Aceval Pollaci[63], la demandada en un juicio de despido sin causa planteó la inconstitucionalidad del decreto 883/02. El DNU 883/02 extendió

[63] Fallos 334:799 (2011)

por otros 180 días lo dispuesto en su art. 16 (segunda parte) de la ley 25.561 de emergencia, en cuanto suspendió por 180 días los despidos sin causa justificada y estableció que, en caso de producirse despidos en contravención de esa suspensión, se duplicaba el monto de la indemnización correspondiente al trabajador despedido.

La Corte Suprema convalida en su fallo el DNU. Considera que el DNU 883/02 cumple con los requisitos constitucionales establecidos en el art. 99 inc. 3° para el dictado de esta clase normas. Se da una circunstancia excepcional y no se trata de una materia prohibida. Sin demasiadas explicaciones y con un criterio más laxo que el utilizado en el caso Consumidores señala que «corresponde tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada según lo ya resuelto por el Tribunal en la causa «Valente, Diego E. v. Bank Boston N. A». (Fallos: 327:4422) y en C.1642. XLI «Cardoso Graña, Ana C. v. Argencard S.A s/ despido», sentencia del 16 de mayo de 2006».

Nos parece que en esta decisión de la Corte se tiene en cuenta y prima el contenido y la finalidad protectoria del DNU sobre la estricta aplicación de los estándares que ella había fijado para la validez de los DNU en los casos «Verrochi» y «Consumidores Argentinos», ya examinados.

### *iii. Caso «Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros»*

En el caso «Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros», se impugna la constitucionalidad del DNU 1654/2002 que declaró el «estado de emergencia» del «Transporte Aerocomercial» desarrollado por operadores nacionales en el país, por el plazo de vigencia de la ley 25.561. En el marco de esa emergencia y por ese plazo dispuso que las empresas de transporte aéreo nacionales no se encuentran obligadas a contratar seguros aerocomerciales en el país, conforme prevén los arts. 2 y 3 de la ley 12.988. Luego, el decreto 1012/2006 declaró la continuidad del «estado de emergencia» dispuesto por el DNU 1654/2002 y ratificó, en el marco de esa emergencia, que las empresas de transporte aéreo nacionales no se encuentran obligadas a contratar seguros aerocomerciales en el país, conforme prevén los arts. 2 y 3 de la ley 12.988.

La Corte Suprema, al declarar la inconstitucionalidad de ambos decretos, reitera las «condiciones de rigurosa excepcionalidad» que habilitan los dictados de un DNU, la «limitación y no ampliación» de las facultades del PEN pretendidos por la reforma constitucional de 1994, la exigencia de un auténtico «estado de necesidad y urgencia», la necesidad de alegar «estándares judicialmente verificables», sin que sea viables para el dictado de esta clase de normas «criterios de mera conveniencia», ni tampoco «elegir discrecionalmente» entre instar una ley o sancionar

un decreto con contenido materialmente legislativo, etc.[64] También recuerda que «el Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima»[65].

En base a lo anterior, el fallo concluye que «no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector ni cómo, en su caso, podría comprometer el interés general. Por esas razones, no cabe tener por configurada en el sub examine –tal como postulan los decretos impugnados– la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario».

### *iv. Caso «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad»*[66]

El Gobierno de CABA promueve la acción prevista por el art. 322 del CPCCN contra el Estado Nacional, a fin de obtener que declare la inconstitucionalidad del art. 2º del decreto 241/21 del Poder Ejecutivo Nacional (y de todas las disposiciones reglamentarias o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia), que modificó lo dispuesto por el art. 10 del decreto 235/21 y estableció –en su último párrafo– la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del «AMBA» definido por el art. 3º del decreto 125/21. En ese sentido, considera que el decreto 241/21 es inconstitucional por haber sido dictado **sin necesidad**, y por ser contraria al principio de razonabilidad del art. 28 CN.

En el caso, pese a que los plazos procesales excedieron la vigencia del DNU, la Corte concluye a que esto no es óbice para emitir su pronunciamiento, el cuál es que el Estado Nacional violó efectivamente la autonomía de CABA.

### *v. Caso «Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg».*[67]

La Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior que había declarado la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia

[64] Cfr. consid. 5 y 6 del voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt.
[65] Ibídem.
[66] Fallos: 344:1451 (2021)
[67] Fallos: 344:2690 (2021)

679/97 mediante el cual se había elevado el aporte del haber o retiro de pensión al 11%, aludiendo a la doctrina «Verrocchi».

Para comprender el contexto del caso concreto, cabe recordar que por la ley 22.788 se fijó un descuento del 8% mensual en concepto de aporte sobre el haber del personal retirado y en el de los pensionados de la Gendarmería Nacional. Posteriormente, por medio del decreto 679/97, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el régimen legal de aportes del personal de la institución y elevó el descuento previsional a un 11% sobre el haber de retiro o pensión (art. 2°), por considerar que se verificaban las circunstancias excepcionales del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional para el dictado de decretos de necesidad y urgencia.

Al tratar sobre el DNU impugnado, la Corte observó que no se encuentran satisfechos los recaudos constitucionales para el dictado del decreto impugnado, toda vez que los fundamentos del PEN «...no alcanzaron para evidenciar que el decreto haya obedecido a la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema previsional de la Gendarmería Nacional sino que traducen la decisión de modificarlo de manera permanente, sin recorrer el cauce ordinario previsto por la Constitución».

Por su parte, los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda añaden sus consideraciones particulares «por su voto».

Desde el dictado de este fallo, el máximo tribunal argentino ha ido remitiendo a su propia doctrina sentada en el caso en examen, en varias ocasiones donde se tratan temas similares[68].

### *vi. Caso «Morales, Blanca Azucena c/ ANSes»[69]*

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia declaró la inconstitucionalidad del art. 3 del DNU 157/2018, en cuanto había derogado el art. 36 de la ley 27.423 de honorarios, por considerar que no se hallaba acreditada la imposibilidad de seguir el procedimiento normal para la sanción de las leyes invocada en esa norma.

Frente a esta resolución, la Administración de Seguridad Social dedujo recurso extraordinario. Al tratar la constitucionalidad del DNU 157/2018, la CSJN recuerda que, en nuestro sistema constitucional, el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa, por lo cual, la admisión de facultades legislativas por parte del PEN se hace bajo condiciones de excesiva rigurosidad y sujeto a exigen-

[68] Como mera mención, se pueden citar los casos «Espinoza, Carlos Silvano y otros c/ Ministerio de Seguridad y otros/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg». (...) «Basualdo, Carlos Alberto y otros c/ Min. Justicia Seg. y DDHH y otros/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg».

[69] Fallos: 346:634

cias formales, conforme a las reformas introducidas en 1994 tendientes a atenuar el hiperpresidencialismo, de las cuales se destaca el art. 99 inc. 3º. Fundándose en el precedente «Verrocchi»[70], ya reseñado ut supra, declara la inconstitucionalidad del DNU 157, señalando adicionalmente que: «...la mera invocación de un eventual «conflicto interpretativo» como único fundamento del art. 3 del decreto no resulta suficiente para demostrar que el cambio legislativo allí establecido no podía ser implementado por los cauces ordinarios previstos constitucionalmente. Máxime teniendo en cuenta que el Ejecutivo nada objetó sobre el artículo 36 de la ley 27.423 en la oportunidad que la Constitución le asignaba para vetar la ley (cf. Art. 83, CN)». Con este fallo deja en claro que se deben descartar los criterios de mera conveniencia del PEN para dictar un DNU, de modo que, si en el caso concreto se deseaba modificar la solución adoptada por el Congreso en el art. 36 de la ley de honorarios, debió haberse puesto en marcha el procedimiento ordinario que la CN establece para la sanción de una ley, por no configurarse el requisito esencial del estado de necesidad y urgencia.

### 4.3. Síntesis de la tercera etapa:

Durante esta tercera etapa disminuyó el número de DNU que dictaron los tres presidentes, aunque el número siguió siendo alto y fueron muchas las decisiones relevantes para la vida política se instrumentaron por este medio. El Congreso fue sumamente permisivo a la hora de regular el procedimiento de control legislativo a través de la ley 26.122 y en el ejercicio de esa atribución constitucional, sin llegar a derogar ningún DNU en los doce años de vigencia de la citada ley.

Por su parte, la Corte Suprema estableció criterios sumamente restrictivos para la viabilidad constitucional de los DNU en los casos «Consumidores Argentinos», «Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros», «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires», «Pino» y «Morales», siendo más deferente en el caso «Aceval Pollaci». No obstante, estos pronunciamientos no tuvieron efectividad para contener la práctica viciosa e inconstitucional de los DNU.

Consideramos que existe actualmente una doctrina consolidada de la Corte Suprema argentina acerca del carácter excepcional de los DNUs. y de los criterios establecidos en el caso «Verrrochi» para apreciar su legitimidad constitucional.

[70] Fallos: 322:1726 (1999).

## V. CONCLUSIONES

A la luz del análisis conceptual y estadístico realizado en los apartados anteriores de este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Desde el retorno a la democracia en 1983 hasta nuestros días, ha sido frecuente y excesiva la utilización de los DNU por parte de los distintos presidentes que se sucedieron a lo largo del tiempo, con la consiguiente debilitación del principio de separación de poderes y del procedimiento legislativo ordinario como modo de adoptar las decisiones comunitarias. Cuestiones importantísimas, con alto impacto político, social y económico, han sido adoptadas a través de los DNU, aun cuando no se cumplían los estrictos requisitos constitucionales para su sanción;
b) El régimen constitucional adoptado por el Constituyente de 1994, más allá de los principios que declara, es incompleto y ha resultado insuficiente para limitar el ejercicio abusivo de los DNU por parte del Presidente;
c) El Poder Legislativo ha tendido a ser permisivo, tanto en los criterios adoptados en la ley 26.122 como en el ejercicio de su función de control allí reglamentada. Se advierten problemas de diseño normativo tanto en el art. 99 inc. 3 de la CN como en la ley 26.122 para el logro de un efectivo control por parte del Congreso de los DNUs. que dicta el Presidente;
d) Los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en relación a los DNU han sido cambiantes a lo largo del tiempo. Más estrictos en el caso Porcelli, altamente permisivos en los casos Peralta y Rodríguez, contemporizadores en los casos Massa y Aceval Polacci, fuertemente restrictivos en los casos Verrocchi, San Luis, Consumidores Argentinos y Pino. Esta falta de consistencia de criterios jurisprudenciales nos parece que contribuyó a la consolidación de esa práctica abusiva de los DNU llevada a cabo por los distintos presidentes. Pero más allá de ello, los criterios restrictivos establecidos en algunos fallos han sido insuficientes e ineficaces para contener la tendencia abusiva del Poder Ejecutivo para dictar DNU, entre otros motivos porque sólo un pequeño porcentaje de ellos se ha judicializado y los efectos de la decisión de la Corte se limitan al caso concreto.
e) La sanción de la ley 26.122 y el comienzo de las actividades de la CBP parecieran haber contribuido en alguna medida a la disminución de los dictados de los DNU que, sin embargo, siguen siendo muy numerosos en nuestra práctica constitucional;
f) En síntesis, por los excesos del Poder Ejecutivo y por la debilidad de los controles por parte de los otros dos órganos de gobierno, en especial del Congreso, se ha ido consolidando una práctica constitucional abusiva en materia de DNU que afecta gravemente los principios de supremacía y control de constitucio-

nalidad, de división de poderes y del procedimiento legislativo ordinario como único medio democráticamente legítimo para adoptar las decisiones que afectan la vida comunitaria[71].

[71] Corresponde en este sentido tener en cuenta los estándares establecido por la Corte IDH al dictar la OC 6/85:

– «La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, *acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo*, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente».

– «La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. En tal perspectiva no es posible interpretar expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello que valdría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que de consagrar tales restricciones en disposiciones carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual «los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos».

# La cosa juzgada frente a la decisión de inconstitucionalidad. El caso de Brasil

# La cosa juzgada frente a la decisión de inconstitucionalidad. El caso de Brasil

*Luiz Guilherme Marinoni*
*Profesor Titular de la Universidad Federal del Paraná. Miembro Honorario del Presidium de la International Association of Procedural Law*

## 1. LA INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA FRENTE A LA DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La mera suposición de la posibilidad de retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada supone un error. El hecho de que la decisión de inconstitucionalidad pueda invalidar la ley o excluir su eficacia, o incluso anular sus consecuencias, está muy lejos de la cosa juzgada. La cosa juzgada material no es un efecto de la ley ni una consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional. Esto queda muy claro en el derecho comparado.

El artículo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán (*BVerfGG*) establece que los efectos retroactivos de las decisiones de nulidad e incompatibilidad no interfieren en la cosa juzgada, *con excepción de la sentencia penal firme*. En este último caso, el artículo 79, apartado 1, de la *BVerfGG* autoriza la reapertura del proceso –con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Penal– para que se revise la resolución que aplicó la ley declarada incompatible, nula o que se basó en una interpretación de la ley declarada incompatible con la Ley Fundamental por el Tribunal

Constitucional[1]. Esta posibilidad no es automática, *sino que requiere una solicitud*[2].

Sin embargo, lo que realmente importa es que *no hay duda*, en el derecho alemán, de que el derecho penal sustantivo *es el único ámbito* en el que la seguridad jurídica y la certeza del derecho pueden ceder en favor de la «justicia material»[3]. El Tribunal Constitucional alemán, ya hace algún tiempo, sentó un precedente vinculante en el sentido de que «la garantía de la seguridad jurídica *es parte esencial del principio del Estado de Derecho*», afirmando que «esto requiere no solo el curso regular del procedimiento legal, *sino también una conclusión cuya estabilidad jurídica esté garantizada*»[4].

Al decidir así, el Tribunal Constitucional afirmó que no se puede permitir, so pena de vulnerar la Constitución, la libre revisión de una resolución firme o un segundo examen de la interpretación judicial, en la medida en que ello supondría un menoscabo de *la paz y la seguridad jurídica, esenciales para el Estado de Derecho*. Se declaró que los actos de las autoridades estatales, como las decisiones judiciales, al haber sido establecidos en un proceso en el que participaron las partes, no pueden ser revisados en virtud de un cambio de opinión sobre el derecho[5]. En la motivación de la decisión (razones; punto B, III, 3), el Tribunal declaró que era incompatible con la seguridad jurídica aceptar que un caso formalmente concluido se reabriera posteriormente para una nueva decisión, advirtiendo que la seguridad jurídica es lo suficientemente importante para el Estado de Derecho como para justificar la posibilidad de una *decisión incorrecta* (*unrichtigen Entscheidung*)[6].

---

[1] Art. 79, 1, BVerfGG: «Se admite la reapertura del proceso en los términos de las reglas del Código de Proceso Penal, frente a la sentencia penal transitada en juzgado fundada sobre la norma declarada incompatible con la Ley Fundamental, o nula en los términos del art. 78 o todavía fundada en interpretación de la norma declarada incompatible con la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional federal» (Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig).

[2] Hans Lechner e Rüdiger Zuck, *BverfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München: C.H.Beck, 2019, p. 571 y ss.

[3] Udo Steiner, Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtmäßige und unanfechtbare Entscheidungen, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen: Christian Starck, 1976, p. 628; p. 630; p. 647.

[4] «6. Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentlichen Bestandteil die Gewährleistung der Rechtssicherheit; diese verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist» (BVerfGE, 2, 380).

[5] «7. Mit der Gewährleistung der Rechtssicherheit ist es unverträglich, daß Akte der Staatsgewalt, die wie die Haftentschädigungsbeschlüsse in Nordrhein-Westfalen auf Grund eines gültigen Gesetzes in einem gerichtsähnlichen Verfahren zustandegekommen sind, an dem der Staat und der Einzelne als Parteien beteiligt waren, und die dem Einzelnen auf Grund eines abgeschlossenen Tatbestandes vorbehaltlos eine bestimmte Rechtsposition verliehen haben, nur wegen eines Wandels der Rechtsauffassung wieder beseitigt werden» (BVerfGE, 2, 380).

[6] «Hiermit ist zwar die rückwirkende Beseitigung eines Rechtsspruches aus den hergebrachten Wiederaufnahmegründen vereinbar; unvereinbar aber damit ist es, einen in aller Form abgeschlossenen Fall nachträglich aus solchen Gründen zu erneuter Entscheidung zu stellen, die nach

El Tribunal Federal de Justicia alemán, al aplicar el precedente establecido por el Tribunal Constitucional, tuvo la oportunidad de declarar posteriormente que «un cambio en la interpretación del derecho no sirve de fundamento para la anulación de la cosa juzgada (BVerfGE 2, 380, 395, 405; BGH, Urteil vom 11. März 1953 – II ZR 180/52 – BB 1953, 273; BAG, AP Nr. 1 zu § 580 ZPO; BFHE 123, 310, 311 f.)»[7].

En Italia existe una norma similar a la del art. 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán. El art. 30 de la Ley 87/53 establece que «cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional se haya dictado sentencia firme de condena, cesarán su ejecución y todos los efectos penales». Remo Caponi explica que esta norma permite la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada *penal* y, al mismo tiempo, *contiene una confirmación implícita de la intangibilidad de la cosa juzgada civil*[8].

Se acepta de manera pacífica, en el derecho italiano, que la sentencia civil firme debe considerarse, ante la declaración de inconstitucionalidad, como una situación agotada[9]. Se entiende que la sentencia se desprende de la ley en la que se basa, adquiriendo autonomía, en la medida en que aplica e interpreta la ley para otorgar a la parte ganadora una ventaja que no le puede ser sustraída en virtud de la seguridad jurídica, en la que se basa la propia cosa juzgada material. Como escribe Proto Pisani, la cosa juzgada material opera como *lex specialis*, separando la disciplina del derecho hecho valer en juicio *de la norma general y abstracta*, de lo que se deriva la inoperatividad del *ius superveniens* retroactivo sobre la *fattispecie* concreta de la que deriva el derecho objeto de la cosa juzgada *y, además, la inoperatividad de la declaración superveniente de inconstitucionalidad de la norma general y abstracta en la que se basó la decisión firme*[10].

En el derecho español, la cosa juzgada también se reserva expresamente ante la decisión de inconstitucionalidad[11]. Según el art. 40, 1, de la Ley del Tribunal

---

althergebrachter und unbestrittener Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens nicht geeignet sind. Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muß» (BVerfGE, 2, 380).

[7] «Ein Wandel der Rechtsauffassung ist kein Restitutionsgrund«(BGH, 2006, IV ZR 26/05).

[8] Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 370. Ver também Sergio Menchini, *Il Giudicato Civile*, Torino: UTET, 1988, p. 220.

[9] «*dottrina e giurisprudenza sono concordi* nell'affermare il principio della assoluta intangibilità – anche rispetto alle sentenze della Corte Costituzionale – del giudicato civile: cioè ritengono che una sentenza civile passata in giudicato – che abbia deciso sulla base di una norma *dichiarata successivamente incostituzionale* – non subisce alcuna influenza ad opera della sentenza della Corte, per cui gli effetti da essa prodotti sui rapporti giuridici che erano stati a loro tempo dedotti in giudizio permangono» (Roberto Russo, *I limiti temporali all'efficacia delle sentenze costituzionali*, Città di Castello: CESD, 2010, Capítulo 1, item 1.3a – 1).

[10] Andrea Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 390.

[11] Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1997, p. 1.100 e ss.

Constitucional Español, «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley *no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales*, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

La Constitución de la República Portuguesa afirma, en su art. 282, 3, que, ante la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, «quedan excluidos los casos juzgados, salvo decisión en contrario del Tribunal Constitucional cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de ilícito de mera ordenación social y sea de contenido menos favorable al acusado».

Según la doctrina portuguesa, esta norma *salvaguarda* las sentencias anteriores sobre la inconstitucionalidad, *diferentes* de la que prevaleció en la decisión del Tribunal Constitucional[12]. Como dice Miguel Galvão Teles, respetar los casos juzgados «no significa reconocer los efectos de una ley inconstitucional, sino reconocer los efectos de una ley *que un determinado tribunal ha considerado constitucional,* o mejor aún, reconocer los efectos del *juicio de constitucionalidad*»[13].

Según Canotilho, «cuando la Constitución (art. 282, 3) establece la salvedad de los casos juzgados, ello significa la *imperturbabilidad de las sentencias dictadas con fundamento en la ley inconstitucional*. De este modo, puede decirse que no son nulas ni reversibles como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general. (...) *En el Estado de Derecho, el principio de intangibilidad de la cosa juzgada es en sí mismo un principio que refuerza los principios de garantía de la confianza y la seguridad inherentes al Estado de Derecho*»[14]. Con una preocupación similar, Jorge Miranda advierte que la declaración de inconstitucionalidad «no modifica ni revoca la decisión de ningún tribunal que haya pasado en firme y la haya aplicado, ni constituye fundamento de su nulidad o de recurso extraordinario de revisión»[15]. João Calvão da Silva, de forma aún más enfática, al afirmar que el gran límite a la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad reside en la cosa juzgada, *recuerda que esta salvedad es «común a todos los ordenamientos jurídicos, con un coro unánime de apoyo en la doctrina y la jurisprudencia*»[16].

---

[12] Miguel Galvão Teles, Inconstitucionalidade pretérita, *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329 y ss; Miguel Galvão Teles, Temporalidade jurídica e Constituição, *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 226 y ss.

[13] Miguel Galvão Teles, Inconstitucionalidade pretérita, p. 329.

[14] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.004.

[15] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 276.

[16] João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 211.

El derecho estadounidense también rechaza la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada[17]. Según un informe presentado por Richard Kay sobre los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad y los precedentes y la *anulación* en los Estados Unidos, *el principal límite* a la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad y de los nuevos precedentes *radica en la cosa juzgada*[18]. La doctrina estadounidense subraya, basándose en los precedentes de sus tribunales, que el propósito de un proceso judicial no es solo hacer justicia material, sino poner fin a la controversia. Al fin y al cabo, «es importante que las sentencias de los tribunales *tengan estabilidad y certeza*»[19].

La imposibilidad de reabrir un proceso civil en virtud de una decisión posterior de inconstitucionalidad[20] fue declarada en Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank[21]. En James B. Beam Distilling Co. v. Georgia[22], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reafirmó Chicot, reconociendo de nuevo, a partir de la *opinión* del *juez* Souter[23], que la cosa juzgada constituye un límite a la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad.

## 2. LA TUTELA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL EN LA CONSTITUCIÓN BRASILERA

La cosa juzgada material está garantizada en la Constitución brasileña (art. 5, XXXVI, CRFB). La Constitución se preocupó por positivizar la cosa juzgada para reforzar

---

[17] «Whether in state or federal court, there are necessary limits to the ordinary retroactive application of judicial pronouncements. Although the United States Supreme Court has said that 'a rule of federal law, once announced and applied ... must be given full retroactive effect by all courts adjudicating federal law', it restricts that command to 'cases still open on direct review'. Harper (1993, pp. 96–97). No one suggests that a new rule requires courts to re-open and re-decide every case ever litigated to which a new rule might apply. A rule's retroactivity does not extend to cases that have proceeded to: such a degree of finality that the rights of the parties should be considered frozen .... [T] hat moment should be when the transaction is beyond challenge either because the statute of limitations has run or the rights of the parties have been fixed by litigation and have become res judicata. United States v. Estate of Donnelly, 397 U.S. 286, 296 (1970) (Harlan, J., concurring)». (Richard Kay, Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 223).

[18] Richard Kay, Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law, p. 222 y ss.

[19] Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil procedure*, Boston: Little, Brown & Co., 1992, p. 581.

[20] Richard Kay, Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law, p. 225.

[21] Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940).

[22] James B. Beam Distilling Co. v. Georgia 501 U.S. 529 (1991).

[23] En James Beam, el *Justice* Souter, al anunciar la *opinion* de la Corte, declaró: «Of course, retroactivity in civil cases *must be limited by the need for finality*, *see Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank,* 308 U. S. 371 (1940); once suit is barred by *res judicata* or by statutes of limitation or repose, *a new rule cannot reopen the door already closed*» (James B. Beam Distilling Co. v. Georgia 501 U.S. 529 – 1991).

la seguridad jurídica en el ámbito específico de las decisiones judiciales transitadas en juicio. Según el art. 5, XXXVI, «la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada». Una interpretación literal de la norma permitiría concluir que la cosa juzgada solo está protegida frente al legislador. Sin embargo, el hecho de que la norma se refiera únicamente a la ley no significa, obviamente, que la Constitución pretenda dar libertad al juez para incumplirla. Si la decisión judicial pudiera ser libremente denegada por el juez, no habría motivo para protegerla frente al legislador. De hecho, si la Constitución dice que la ley no perjudicará la cosa juzgada, se prohíbe la promulgación de leyes que nieguen el contenido de una decisión amparada por la cosa juzgada y de normas procesales que la desautoricen, impidiendo, en consecuencia, cualquier interpretación judicial, basada en los derechos fundamentales procesales, que pueda desprotegerla. Ninguna ley puede sostener, sin violar la Constitución, que una decisión dictada en un proceso en el que se pudieron presentar todos los argumentos y pruebas pueda ser revisada por el Poder Judicial. El artículo 966 del Código de Procedimiento Civil, al delinear los supuestos de acción rescisoria, niega obviamente la idea de que sea posible volver a litigar la decisión. Solo motivos graves, que afecten a la legitimidad de la decisión judicial, pueden dar lugar a la anulación de la cosa juzgada. No se puede permitir, so pena de violar la Constitución, la libre revisión de una decisión firme o la revocación de la cosa juzgada basándose en la alegación de una decisión superveniente de inconstitucionalidad. Esto equivaldría a una violación del Estado de Derecho, como ya ha dictaminado el Tribunal Constitucional alemán. De modo que, contrariamente a lo que se podría suponer precipitadamente, la previsión legislativa (art. 525, § 15 y art. 535, § 8, CPC) de la acción rescisoria para deshacer la cosa juzgada material solo adquiere legitimidad constitucional cuando está amparada en la modulación de efectos del Tribunal Supremo Federal. La cosa juzgada se viola indiscutiblemente al admitir que la decisión de inconstitucionalidad es fundamento suficiente para la acción rescisoria[24]. Los mismos motivos que reservan la decisión que se basó en una ley posteriormente declarada inconstitucional impiden admitir el uso de la acción rescisoria para desconstituir un juicio legitimado por el control difuso de la constitucionalidad. Si el uso de la acción rescisoria fuera posible sobre la base de una declaración posterior de inconstitucionalidad, la cosa juzgada estaría siempre bajo condición. Siempre podría ser anulada, aunque dentro de un plazo determinado (poco importa el plazo, obviamente), debido a una decisión posterior de inconstitucionalidad, lo que sería suficiente para desproteger la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, sin tener en cuenta en absoluto la experiencia del derecho comparado. La admisión de la retroactividad de la decisión

[24] Clèmerson Merlin Clève indica que «la cosa juzgada consiste en un importante límite a la eficacia de la decisión declaratoria de inconstitucionalidad» (Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022, p. 169).

de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada significa una falta de percepción de que ni siquiera la teoría de la nulidad de la ley inconstitucional puede determinar la invalidad de la decisión que se basó en ella. Al fin y al cabo, salvaguardar la cosa juzgada solo significa preservar una interpretación legítima de la ley, diferente de la que prevaleció en la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal, claramente respaldada por el control difuso de la constitucionalidad. La cosa juzgada no puede confundirse con un efecto de la ley inconstitucional, ni como una consecuencia de la aplicación de la ley incompatible con la Constitución[25]. El hecho de que la cosa juzgada tenga rango constitucional significa que la ley no puede desproteger su esencia, de modo que las disposiciones sobre la acción rescisoria, ocultas en los artículos 525, § 15 y 535, § 8 del Código de Procedimiento Civil –es decir, fuera del lugar en el que se delinean los fundamentos que justifican la acción rescisoria (art. 966, CPC)–, solo pueden aplicarse de manera constitucional a partir de la modulación de efectos del Tribunal Supremo Federal.

## 3. LAS DECISIONES EMITIDAS EN EL RE 590809 Y EN EL AR 2297: LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA COMO OBSTÁCULO A LA ACCIÓN RESCISORIA FUNDADA EN PRECEDENTE DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

En el RE 590809 (2014), el Tribunal Supremo Federal analizó si la cosa juzgada puede ser rescindida sobre la base de *un posterior* precedente constitucional[26]. El debate sobre esta cuestión se asoció a la posibilidad de aplicar la sentencia 343-STF, según la cual no cabe recurso de rescisoria por vulneración de una disposición literal de la ley cuando la resolución recurrida *se ha basado en un texto legal de interpretación controvertida en los tribunales,* cuando se alega la violación de una norma constitucional.

En esta ocasión, se decidió que admitir la rescindibilidad de la cosa juzgada, debido a un precedente posterior del Tribunal Supremo Federal, es incompatible con la garantía constitucional de la cosa juzgada material. Según el voto del ponente, seguido por la mayoría, «la acción rescisoria debe reservarse para situaciones excepcionales, *dada la naturaleza de cláusula pétrea conferida por el constituyente al instituto de la cosa juzgada*. (...) Ante la razón de ser del verbete [Súmula 343 del STF], no se trata de defender el alejamiento de la medida instrumental –la rescisión– presente cualquier grado de divergencia jurisprudencial, sino de prestigiar la cosa juzgada si, cuando se formó, *el contenido de la solución del litigio dividía la interpretación de los Tribunales nacionales o, con mayor razón, si se contaba con una opinión del propio*

[25] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022, p. 1.134-1.139.

[26] RE 590.809, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 24.11.14.

*Supremo favorable a la tesis adoptada. Así debe ser, con independencia de que se trate de un acto legal o constitucional, porque en ambos existe una distinción ontológica entre el texto normativo y la norma jurídica*»[27].

Este entendimiento fue reafirmado en la AR 2297 (en 2021)[28], ocasión en la que no se admitió la acción rescisoria, *invocando nuevamente la garantía constitucional de la cosa juzgada*. En el resumen de la sentencia que no admitió la acción rescisoria, redactada por el ministro Edson Fachin[29], se declaró que «la modificación posterior de la directriz jurisprudencial del STF no autoriza, sobre esta base, la interposición de una acción rescisoria para anular una resolución que aplicara la jurisprudencia firme vigente hasta entonces en el propio Tribunal».

En ambos casos, resueltos en 2014 y 2021, se afirmó que no procede la acción rescisoria, basándose en un precedente del Tribunal Supremo Federal, cuando en el momento de la decisión rescindida existía divergencia en los tribunales sobre la cuestión constitucional. La divergencia en torno a la interpretación de la cuestión constitucional fue lo que determinó la aplicación de la suma 343-STF y, por lo tanto, la inadmisibilidad de la acción rescisoria. La *ratio decidendi* formada, por lo tanto, es en el sentido preciso de que, existiendo una divergencia interpretativa en el momento de la decisión, no procede pretender rescindirla sobre la base de un entendimiento *superveniente* del Tribunal Supremo Federal. En otras palabras, al examinar los fundamentos de las decisiones dictadas en el RE 590809 y en la AR 2297, no se puede admitir que una decisión de inconstitucionalidad pueda sustentar una acción rescisoria cuando, en el momento de la formación de la cosa juzgada, existían decisiones en el sentido de que la ley era constitucional.

## 4. LAS TRES RECIENTES TESIS AFIRMADAS EN EL AR 2876: LA NEGACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

En abril de 2025, se resolvió una cuestión de orden en la AR 2876, elaborándose tres tesis: «El § 15 del art. 525 y el § 8 del art. 535 del Código de Procedimiento Civil

---

[27] Frente al voto del relator, dijo el Ministro Celso de Mello: «todas las consideraciones que vengo a realizar se resumen en un único punto, que *consiste en el reconocimiento de que la seguridad jurídica proporcionada por la autoridad de la cosa juzgada, representa en el contexto de nuestro sistema normativo, el fundamento esencial del orden constitucional, necesariamente condicionante de la resolución de la presente controversia*. Es por eso, Sr. Presidente, que no pudiendo reconocer la ocurrencia de la hipótesis de rescisión de lo decidido *en sobrevenido cambio jurisprudencial,* pues la acción rescisoria *no se califica como instrumento de uniformización de jurisprudencia,* acompaño el docto voto del eminente Relator». Y el Ministro Fux: «ese es un tema moderno, que está a la altura de la composición de la Corte, es un tema que nosotros deberíamos tratar con esa óptica que fue aquí suscitada por el Ministro Marco Aurélio, a quien felicito por el paso adelante que promovió al dar una nueva exégesis a esa Súmula n. 343» (RE 590.809, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 24.11.14).

[28] AR 2297, Plenario, Rel. Min. Edson Fachin, juzg. 03.03.21.

[29] AR 2297, Plenario, Rel. Min. Edson Fachin, juzg. 03.03.21.

deben interpretarse de conformidad con la Constitución, con efectos ex nunc, en el siguiente sentido, con la declaración incidental de inconstitucionalidad del § 14 del art. 525 y del § 7 del art. 535: 1. En cada caso, el Tribunal Supremo Federal podrá definir los efectos temporales de sus precedentes vinculantes y su repercusión sobre la cosa juzgada, estableciendo incluso la extensión de la retroactividad a efectos de la acción rescisoria o incluso su inadmisibilidad ante el grave riesgo de lesión de la seguridad jurídica o del interés social. 2. En ausencia de manifestación expresa, los efectos retroactivos de una eventual rescisión no excederán los cinco años a partir de la fecha de interposición de la acción rescisoria, que deberá proponerse en el plazo de dos años a partir de la firmeza de la decisión del STF. 3. El interesado podrá presentar la excepción de inexigibilidad del título ejecutivo judicial amparado en una norma jurídica o interpretación jurisdiccional considerada inconstitucional por el STF, ya sea la decisión del STF anterior o posterior a la firmeza de la decisión ejecutable, salvo preclusión (Código de Procedimiento Civil, arts. 525, caput, y 535, caput)». La tesis n.º 1 se refiere al tema de la modulación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad. Sin embargo, no se ha aclarado que la modulación de los efectos no pueda prescindirse para admitir la acción rescisoria basada en una decisión de inconstitucionalidad. La modulación, para alcanzar la cosa juzgada, exige la aplicación de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, requiere una justificación que evidencie la necesidad de que un determinado principio constitucional prevalezca sobre la cosa juzgada. Cabe señalar que la modulación, en este caso, exige un razonamiento que (excepcionalmente) no se preocupa por la limitación de los efectos retroactivos de la decisión de inconstitucionalidad, sino una forma de pensar capaz de demostrar que su eficacia retroactiva puede potenciarse, superponiéndose a la garantía constitucional de la cosa juzgada. No obstante, se alega en la tesis 2 que «en ausencia de manifestación expresa», es decir, de modulación de efectos, la acción rescisoria puede proponerse sobre la base de la decisión de inconstitucionalidad. El plazo concedido para ello tiene poca importancia cuando se observa que el Tribunal elevó la decisión de inconstitucionalidad a fundamento de rescisión de la cosa juzgada, instituyendo una curiosa «cosa juzgada bajo condición de no decisión de inconstitucionalidad». Por último, la tesis 3, partiendo de la declaración incidental de inconstitucionalidad del § 14 del art. 525 y del § 7 del art. 535 del Código de Procedimiento Civil, simplemente rechazó la legítima opción del legislador, que estableció que la impugnación solo puede prosperar cuando, en el momento en que se dictó la decisión firme, existía una declaración de inconstitucionalidad. Una vez más, la decisión del Tribunal Supremo Federal estableció la inconstitucionalidad como fundamento suficiente para denegar la cosa juzgada, olvidando que la decisión de inconstitucionalidad solo puede operar sobre la cosa juzgada a partir de la aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, fue más allá, al utilizar el control de constitucionalidad para rechazar una norma que ciertamente no puede considerarse inconstitucional, ya que se inscribe en el ámbito de la opción política del legislador.

## 5. EL OLVIDO DE LA PROPORCIONALIDAD

La decisión confirmada en AR 2876, aunque alude a la modulación de efectos, admite la rescisión de la cosa juzgada sobre la base de una decisión de inconstitucionalidad *sin modulación previa*. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad, en sí misma, no es suficiente para perjudicar las decisiones –cubiertas por la cosa juzgada– que se referían explícitamente a la constitucionalidad de la ley o simplemente la aplicaban. La acción rescisoria solo procede cuando la decisión aplica una ley *flagrante o manifiestamente* inconstitucional, o adopta una ley o interpretación *ya declaradas* inconstitucionales por el Tribunal Supremo Federal.

La decisión de inconstitucionalidad *no es suficiente* para desconstituir la cosa juzgada, ni *suficiente* para impedir la ejecución de la sentencia firme. De lo contrario, el proceso judicial que se desarrolla otorgando al juez la facultad de controlar la constitucionalidad *sería una gran pérdida de tiempo y energía*. Si la cosa juzgada protege un juicio legítimo sobre una ley posteriormente declarada inconstitucional, aceptar su deshacimiento en virtud de una decisión de inconstitucionalidad sería, *como mínimo, una contradicción*.

De hecho, *esto sería ignorar la historia secular de la cosa juzgada y el propio control difuso de la constitucionalidad, reservado al juez brasileño*[30]. La tutela de la decisión que se basó en una ley posteriormente declarada inconstitucional, además de no significar obviamente el reconocimiento de los efectos de una ley inconstitucional, *es una señal de respeto a la Constitución*.

Sin embargo, el hecho de que la cosa juzgada esté garantizada en la Constitución no excluye la posibilidad de su equilibrio frente a otro principio constitucional. Por lo tanto, es posible alcanzar la cosa juzgada mediante el uso de la modulación, potenciando los efectos retroactivos de la decisión de inconstitucionalidad.

Cuando un principio constitucional choca con la cosa juzgada, se adopta la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, exigiéndose la participación efectiva de los interesados, la discusión adecuada de los hechos constitucionales y una justificación precisa. Solo así la retroactividad de los efectos de la decisión de constitucionalidad sobre la cosa juzgada puede adquirir legitimidad.

Tutelar la cosa juzgada no es lo mismo que impedir la ejecución de una decisión firme. La preocupación por impedir la ejecución de las decisiones firmes revela que los principios constitucionales que exigen la superación de la cosa juzgada, por regla general, se ven afectados por la posibilidad de ejecución concreta de las sentencias, comúnmente orientadas al pago de dinero.

---

[30] Como recuerda Proto Pisani, «*storicamente la caratteristica del giudicato sostanziale* è stata da sempre colta in queste due principi: a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) *il giudicato prevale rispetto allo* ius superveniens *retroattivo (e, oggi, alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla cui base* è *stato giudicato*» (Andrea Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 389).

Cabe señalar que es posible considerar la no ejecución de sentencias basadas en una ley declarada inconstitucional, así como pretender impedir la restitución de cantidades pagadas en virtud de una exigencia legal declarada inconstitucional. En el último caso, a diferencia del primero, es viable limitar los efectos retroactivos en nombre de un principio constitucional que se superpone al que fue protegido por la decisión de inconstitucionalidad. Cabe recordar la decisión dictada por el Tribunal Constitucional italiano en el caso «Robin Hood Tax»[31], en el que se limitaron los efectos retroactivos para evitar la restitución de las cantidades ya pagadas en virtud de la exigencia tributaria declarada inconstitucional[32]. Se argumentó que los efectos retroactivos darían lugar a una violación del equilibrio presupuestario (art. 81, *Cost*)[33], a un perjuicio irreparable a las exigencias de solidaridad social (artículos 2 y 3, *Cost*)[34] y a un trato desigual e irracional a los sujetos que operan en el mismo sector (artículos 3 y 53, *Cost*)[35].

La constatación de la diferencia entre ejecutar sentencias (basadas en una ley inconstitucional) y reclamar la restitución de sumas (que fueron exigidas inconstitucionalmente) permite percibir que, para modular los efectos temporales en estas ocasiones, *son necesarios razonamientos jurídicos distintos*. Cuando la ley que impuso el pago de un impuesto es declarada inconstitucional, los efectos retroactivos abren la posibilidad de exigir la restitución de las cantidades pagadas. Por lo tanto, para *limitar* la retroactividad, es necesario invocar un principio constitucional que se superponga al que fue protegido por la decisión de inconstitucionalidad. Sin embargo, cuando la ley declarada inconstitucional constituye el fundamento de varias *sentencias firmes* (aún no ejecutadas), favorables a los funcionarios públicos, por ejemplo, es necesario

---

[31] *Corte Costituzionale, sentenza* n. 10/2015.

[32] Marco Ruotolo e Marta Caredda, Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax, *Rivista IAC*, n. 2, 2015, p. 8.

[33] «... determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime» (*Corte Costituzionale, sentenza* n. 10/2015).

[34] «... le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost» (*Corte Costituzionale, sentenza* n. 10/2015).

[35] «... l'indebito vantaggio che alcuni operatori economici del settore potrebbero conseguire – in ragione dell'applicazione retroattiva della decisione della Corte in una situazione caratterizzata dalla impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri – determinerebbe una ulteriore irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost» (*Corte Costituzionale, sentenza* n. 10/2015).

*incrementar la* eficacia temporal de la decisión de inconstitucionalidad, permitiéndole alcanzar la cosa juzgada material. Así, el razonamiento judicial, valiéndose también de la regla de la proporcionalidad, debe considerar, por un lado, la cosa juzgada y, por otro, un principio constitucional que, ante la situación concreta específica, pueda justificar la restricción de la cosa juzgada y, en consecuencia, el obstáculo a la eficacia ejecutiva.

Cuando se impide la solicitud de restitución de valores y la ejecutabilidad de las sentencias, es necesario demostrar, basándose en hechos constitucionales, que un determinado principio constitucional lo justifica. No basta un mero discurso teórico, aunque se base en principios constitucionales, para fundamentar la imposibilidad de ejecutar una sentencia amparada por la cosa juzgada o de restituir cantidades que fueron exigidas inconstitucionalmente.

La regla de la proporcionalidad, en caso de limitación de la cosa juzgada, no solo tiene en cuenta el principio protegido por la decisión de inconstitucionalidad, al menos en su dimensión sincrónica. Es necesario que *otro principio constitucional, o una conformación más grave, a la luz de los hechos constitucionales, del principio primitivo protegido por la decisión de inconstitucionalidad*, justifique la restricción de la garantía constitucional de la cosa juzgada.

Esto es así porque la cosa juzgada no puede ponderarse frente al principio que fue protegido por la decisión de inconstitucionalidad[36]. El principio protegido por la decisión de inconstitucionalidad puede justificar su plena eficacia retroactiva, pero *no es suficiente* para permitir el alcance de la cosa juzgada que ampara la decisión basada en la ley inconstitucional[37].

---

[36] Humberto Ávila, *Teoria da igualdade tributária*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124.

[37] La cosa juzgada, además de ser una condición del discurso jurídico institucionalizado en el tiempo y, por lo tanto, del proceso, constituye una norma de carácter excluyente, es decir, que excluye la posibilidad de reconsiderar las razones o los derechos que estuvieron presentes en el proceso judicial. La cosa juzgada es una norma de sustitución de las razones discutidas en el proceso, indispensable para la autoridad del Estado. Recuerde que Joseph Raz, al teorizar sobre las razones prácticas, las clasifica en razones de primer y segundo orden. Algunas razones de segundo orden se denominan razones excluyentes. Como razones sobre razones, descartan la discusión sobre las razones de primer orden. De hecho, dicha discusión deja de ser necesaria en virtud de las razones de segundo orden. La ley y la cosa juzgada constituyen razones de segundo orden. Si la ley excluye o impone una conducta, ya no hay motivo para ponderar razones de primer orden que puedan permitir o no la adopción de la conducta. Del mismo modo, la cosa juzgada, además de ocultar todos los argumentos invocables en favor de una determinada interpretación o solución jurídica, impide la ponderación de un principio constitucional ya considerado. Esta sustitución de razones, también denominada preclusión, es indispensable cuando se piensa en la autoridad de la decisión judicial y, por lo tanto, en la seguridad jurídica y el Estado de Derecho. En otras palabras, no tiene sentido ponderar un derecho ya discutido y decidido y un atributo que tiene por objeto garantizar la propia decisión jurisdiccional. La cosa juzgada no puede situarse en el mismo plano que el derecho que constituye el objeto de la decisión a la que se adhiere. Es un elemento integrante del concepto de decisión jurisdiccional, mientras que el derecho es su objeto. Por otra parte, si la cosa juzgada pudiera ponerse a prueba frente al propio principio constitucional que ya ha sido discutido y decidido, no habría forma

El alcance de la cosa juzgada, provocado *excepcionalmente* por la modulación de efectos, no equivale a decir que la cosa juzgada ha perdido su validez en virtud de la decisión de inconstitucionalidad[38]. Por el contrario, la cosa juzgada solo puede verse afectada cuando su afectación es imprescindible para impedir una inconstitucionalidad que *está más allá* de la ya corregida por la propia decisión de inconstitucionalidad.

Todo ello significa que la decisión de inconstitucionalidad *no basta* para justificar la rescisión de la cosa juzgada. El recurso de rescisión, basado en una decisión de inconstitucionalidad, *depende de la modulación de efectos, que a su vez requiere la aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto*, exigiendo la demostración de la preponderancia de un determinado principio constitucional, ante una situación concreta, sobre la cosa juzgada material. En otras palabras, la decisión dictada en AR 2876, al admitir la acción rescisoria *sin modulación*, olvidó la necesidad de *emplear la proporcionalidad*.

## 6. ¿POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA BASADA EN POSTERIOR DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD?

El artículo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfGG*), aunque salvaguarda la cosa juzgada civil ante la decisión de inconstitucionalidad, impide la ejecución de una sentencia basada en una ley declarada inconstitucional. Se trata de una excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada material[39]. Sin embargo,

---

de escapar a la conclusión de que esta ponderación ya habría sido realizada por el propio legislador constitucional (art. 5.º, XXXVI, CRFB). Ver Joseph Raz, *Practical reason and norms,* Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 23 e ss; Joseph Raz*, Ethics in the public domain*: essays in the morality of law and politics, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 214 y ss.

[38] La cosa juzgada, antes de ser una norma destinada a legitimar el contenido del discurso, es una norma indispensable para su propia existencia. Una interpretación judicial que no puede alcanzar la estabilidad carece de sentido. Así, la admisibilidad de la retroactividad (automática) de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada, además de contradecir el poder jurisdiccional de control difuso de la constitucionalidad, niega la esencia misma del discurso jurídico, que solo existe en la medida en que es capaz de producir una decisión definitiva. De lo contrario, se crea un discurso bajo una condición negativa. Por lo tanto, la idea de que la decisión de inconstitucionalidad es suficiente para imponer la desconstitución de la cosa juzgada constituye una negación del discurso jurídico y del proceso. Al fin y al cabo, la cosa juzgada es una regla formal del discurso jurídico, cuya fundamentación es pragmático-trascendental, presentándose como una condición de posibilidad del discurso jurídico y del propio proceso judicial. Ver Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2001, p. 132 y ss.

[39] Remo Caponi (*L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, p. 280), al analizar la cuestion que deriva del art. 79 de la ley alemana, recuerda que la oposicion a la ejecucion es el instrumento mediatne el cual el deudor presenta hechos nuevos, ocurridos luego del último momento en que podrían haber sido alegados en el proceso (o en la fase) de conocimiento y que la alegacion de inconstitucionalidad de la ley podría haber sido deducida en el curso del proceso, de modo que la

en el derecho alemán, solo el Tribunal Constitucional puede abordar la cuestión de la constitucionalidad de la ley. Corresponde al juez aplicar la ley y la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal, por lo que es razonable admitir que el juez no pueda admitir la ejecución de una decisión basada en una ley inconstitucional.

En cualquier caso, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 525, apartado 12, afirma que «también se considera inexigible la obligación reconocida en un título ejecutivo judicial basado en una ley o un acto normativo considerado inconstitucional por el Tribunal Supremo Federal, o fundada en la aplicación o interpretación de la ley o del acto normativo considerado por el Tribunal Federal Supremo como incompatible con la Constitución Federal, en control de constitucionalidad concentrado o difuso», y, a continuación, en el § 14 del mismo art. 525, deja claro que «la decisión del Tribunal Federal Supremo *debe ser anterior* a la firmeza de la decisión ejecutiva».

No obstante, la decisión dictada en la Cuestión de Orden en AR 2876 declaró incidentalmente la inconstitucionalidad de las normas de los artículos 525, § 15 y 535, § 8 del Código de Procedimiento Civil que no admitían la impugnación basada en una decisión de inconstitucionalidad *posterior a* la formación de la cosa juzgada.

La impugnación y la acción rescisoria son medios procesales que propician la tutela de las decisiones y los precedentes del Tribunal Supremo Federal que han sido *incumplidos*, así como pueden considerarse, *en teoría*, como medios que favorecen la rescisión y la impugnación de resoluciones firmes que han adoptado una ley o una interpretación posteriormente declaradas inconstitucionales, siempre que se realice una modulación de efectos y se justifique, sobre la base de la proporcionalidad, la superposición de un principio constitucional sobre la cosa juzgada.

Dado que un principio constitucional puede ser protegido frente a la cosa juzgada –*mediante la modulación*–, debe existir, a disposición del afectado por la ley inconstitucional, un mecanismo procesal que le permita garantizar su esfera jurídica. Sin embargo, el legislador tiene margen para elegir entre los medios procesales que, en su opinión, son adecuados para la tutela de los derechos.

No hay que olvidar que el margen del legislador, en la definición de los medios destinados a hacer valer los derechos de acción y de defensa, se sitúa entre las normas de prohibición del exceso y de prohibición de la insuficiencia. El medio procesal debe ser capaz de garantizar la tutela del derecho, pero no puede sobrepasar el límite de lo necesario para ello, lo que significa que existe inconstitucionalidad cuando el medio legalmente establecido es insuficiente o excesivo.

Sin embargo, no se puede cuestionar la constitucionalidad basándose en la regla de la conexión racional[40] o de la necesidad (medio idóneo + menor restricción posi-

---

posibilidad de venir a ser sucesivamente invocada para impedir la ejecucion de sentencia o para obstaculizar la ejecución ya en curso se traduce en una notable excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada material.

[40] Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations,* Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 302 y ss.

ble) alegando que existe una medida mejor o más adecuada para alcanzar el objetivo de la ley. El requisito de idoneidad exige únicamente que el medio dispuesto por el legislador pueda alcanzar el fin para el que se promulgó la ley. Por lo tanto, basta con que el medio procesal *sea suficiente*[41], aunque se pueda pensar en un medio más eficiente[42].

El requisito de idoneidad no se refiere a la eficacia de la medida legislativa. La proporcionalidad se limita a determinar si el medio tiene la posibilidad de alcanzar el fin[43]. Esto está íntimamente relacionado con el respeto al espacio democrático del legislador. El Tribunal Constitucional alemán no analiza si el poder legislativo puede encontrar un «medio mejor» precisamente por respeto al ámbito del legislador democráticamente legitimado[44].

La suposición de que el juez puede reprobar una medida menos eficaz, aunque sea capaz o idónea, ignora la razón de ser de la norma de prohibición de la insuficiencia y elimina la libertad de configuración del legislador en la protección de los derechos fundamentales. En un Estado democrático de derecho, la proporcionalidad no puede constituir una norma que reduzca a la nada la libertad de evaluación y configuración legislativa[45].

La libertad del legislador para moverse entre el exceso y la insuficiencia, de acuerdo con su evaluación de la realidad y sus opciones políticas, es consecuencia de un principio estructurante contenido en las Constituciones democráticas, que no puede ceder ni siquiera ante el deber estatal de protección[46]. Como dice Jorge Pereira da Sil-

---

[41] La idea de suficiencia, como fórmula destinada a evitar que el juez se adentre en el ámbito del legislador, queda muy clara cuando Canaris demuestra que el margen de maniobra del legislador para actuar en nombre de la protección de los derechos fundamentales es más amplio que el del juez. El espacio del legislador se sitúa entre las prohibiciones de la insuficiencia y el exceso, mientras que el del juez es más limitado, en la medida en que está destinado a corregir el exceso y la insuficiencia. Si el legislador, para cumplir con su deber de protección, no puede descender por debajo del mínimo de protección suficiente, el juez, para controlar la insuficiencia, solo debe garantizar una protección que satisfaga los requisitos mínimos de eficacia. Ver Claus-Wilhelm Canaris. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 138 y ss.

[42] Virgílio Afonso da Silva, Standing in the Shadows of Balancing: Proportionality and the Necessity Test, *International Journal of Constitutional Law*, v. 20, 2022, p. 1738 y ss.

[43] Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations,* p. 305.

[44] Laura Clérico, El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Miguel Carbonell Editor (Ministerio de Justicia y derechos humanos), 2008, p. 131.

[45] «Die verfassungsrechtlich Prüfung geht folglich typischerweise in zwei Richtungen». einerseits darf der Schutz nicht hinter dem verfassungsrechtliche gebotenen Minimum zurückbleiben, andererseits darf nicht 'übermäßig', d. h. mehr als erforderlich und verhältnismäßig, in die Grundrechte des anderen Privatrechtssubjekt eingreifen» (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, *JuS*, 1989, p. 161).

[46] Admitir un deber de protección no elimina la necesidad de una norma capaz de determinar cuándo el deber de protección no se cumple o se cumple de manera insuficiente. El deber de pro-

va, la tutela de este espacio, visto como un corredor entre el exceso y la insuficiencia, da al legislador un margen de libertad de decisión que la Constitución nunca debe intentar quitarle, ni siquiera cuando se ve reducido por la presencia de deberes de protección de derechos fundamentales[47].

La regla de la prohibición de la insuficiencia prohíbe al legislador descender por debajo del mínimo de protección necesario[48], de modo que el control de constitucionalidad solo puede corregir el medio insuficiente o suplir la falta de medio (omisión), *pero nunca desconsiderar la existencia de un medio idóneo para elegir otro que considere más eficaz*.

Declarar la inconstitucionalidad de las normas de los artículos 525 y 535 del Código de Procedimiento Civil por exigir que la decisión de inconstitucionalidad sea anterior a la firmeza de la decisión ejecutable *significa no tener en cuenta* que la cosa juzgada puede ser desconstituida *mediante una acción rescisoria* (artículos 525 § 15 y 535 § 8, CPC). Obviamente, no es posible ejecutar una sentencia que ha sido rescindida o cuya eficacia ha sido suspendida mediante una medida cautelar concedida en el recurso de rescisión. En otras palabras, el recurso de rescisión *es un medio capaz* de permitir el acceso a la tutela jurisdiccional de quien tiene en su contra una sentencia firme basada en una ley o en la aplicación o interpretación de una ley reconocida como inconstitucional por el Tribunal Supremo Federal.

Recuérdese que el art. 79 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGG*) *prohíbe la revisión o la rescisión de la cosa juzgada* por decisión de inconstitucionalidad y, aun así, admite la invocación de esta decisión en oposición a la ejecución de la sentencia firme. Por lo tanto, admite lo menos eficaz. *¿Alguien se atrevería a decir que existe una violación de la regla de la prohibición de insuficiencia?*

La acción rescisoria es un medio más eficaz que la impugnación, *aunque esto no importe a efectos de inconstitucionalidad*. La acción rescisoria es un medio de tutela mucho más amplio, *ya que abarca todo tipo de sentencias, y no solo las dependientes de ejecución*. Además, la acción rescisoria se opone directamente a la cosa juzgada

---

tección es el fundamento que impone la promulgación de la norma; es la razón que la justifica, y no puede confundirse con una particularidad o una cualidad de su incumplimiento. Si el Poder Judicial tiene la facultad de controlar la constitucionalidad del ejercicio del deber de protección, la norma de prohibición de insuficiencia le indica que solo es posible reprobar la omisión o la protección insuficiente, pero nunca la protección que podría ser más adecuada o eficaz. Ver Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 259 y ss; Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais,* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 592 y ss.

[47] Tal es la orientación del Tribunal Constitucional portugués, «cuando afirma en su sentencia n.º 75/2010 que «es en el ámbito de valoración *delimitado por la prohibición del exceso y por la prohibición contrapuesta de la insuficiencia* donde el legislador debe ejercer su competencia de modelación» de los regímenes jurídicos en materia de derechos fundamentales. Cf. Jorge Pereira da Silva, *Deveres do estado de protecção de direitos fundamentais,* p. 600.

[48] Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, *JuS*, 1989, p. 164 y ss.

que sustenta la ejecución, siendo claramente capaz de proteger a quien puede sufrirla, incluso porque abre la posibilidad de conceder una protección provisional, *destinada por el propio art. 969 del Código de Procedimiento Civil a impedir el «cumplimiento de la decisión rescindible»*.

De no ser así, cualquier legislador tendría motivos para optar por la acción rescisoria, dejando de lado la impugnación, en caso de posterior decisión de inconstitucionalidad. Y es que la decisión de inconstitucionalidad no puede *ni siquiera compararse* con los fundamentos de la oposición a la ejecución. Se trata de un medio mediante el cual se presentan «hechos nuevos», ocurridos después del último momento en que los hechos podían alegarse en la fase de conocimiento[49]. En otras palabras, *la decisión de inconstitucionalidad se dirige contra la cosa juzgada. Por lo tanto, exige una acción rescisoria,* aunque su uso solo se justifique en la modulación de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad.

Así, no hay forma de impugnar la constitucionalidad de la opción del legislador. Este actuó dentro de su margen de opción política. Al no prever la impugnación para el caso en que la decisión de inconstitucionalidad sea posterior a la cosa juzgada, *el legislador no dejó al justiciable sin tutela jurisdiccional, estableciendo expresamente la posibilidad de recurrir a la acción rescisoria* (artículos 525 § 15 y 535 § 8, CPC).

A la vista de lo anterior, la decisión dictada en la AR 2876 estableció una «inconstitucionalidad encubierta», ya que esta ni siquiera puede excluir la eficacia de las normas procesales consideradas «inapropiadas». Claramente, la decisión del Tribunal Supremo Federal *creó, sin demostrar insuficiencia de protección normativa,* otra forma procesal para hacer frente a la cosa juzgada o a las decisiones transitadas en juicio.

Dejando de lado la imposibilidad de que el control de constitucionalidad se entrometa en las opciones legítimas del legislador, es necesario subrayar que, incluso si el legislador *hubiera optado* por impugnar la sentencia basada en una ley posteriormente declarada inconstitucional, *su uso solo sería posible cuando, previamente, el Tribunal Supremo Federal hubiera ponderado, a partir de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, en detrimento de la cosa juzgada material*.

Cabe destacar que el uso de la decisión de inconstitucionalidad, mediante acción rescisoria o, aún más excepcionalmente, oposición a la ejecución, constituye una excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada material. Por lo tanto, las mismas razones que solo permiten afectar la cosa juzgada debido a la prevalencia de otro principio constitucional, merecedor de tutela ante una situación concreta, descartan la posibilidad de impugnar a distancia la modulación previa de los efectos en el momento de la decisión de inconstitucionalidad.

Al renunciar al equilibrio entre principios constitucionales, la cosa juzgada pierde toda su relevancia, ya que puede ser deshecha ante cualquier decisión de inconstitucionalidad, sin que se tenga en cuenta una necesidad constitucional superior. De

[49] Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, p. 280.

garantía incluida en la Constitución para potenciar la tutela de la seguridad jurídica, la cosa juzgada pasa a estar condicionada a una «no decisión de inconstitucionalidad», asumiendo una configuración provisional contradictoria y absurda, que degrada la propia seguridad jurídica que, en principio, debería reforzar.

# Estado de derecho y el control de las reformas constitucionales. El despropósito de la inacabable modificación de la Constitución Mexicana

# Estado de derecho y el control de las reformas constitucionales. El despropósito de la inacabable modificación de la Constitución Mexicana

*Carla Huerta*
*Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid*
*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

## 1. PLANTEAMIENTO Y CONTEXTO DE LA CUESTIÓN

Recientes reformas constitucionales han dado lugar en México a importantes debates que buscan una solución para la tensión que se ha producido entre la supremacía de la Constitución y la potestad para reformarla. La discusión no es solamente de interés teórico, sino práctico. Especialmente cuando se advierte que las reformas atentan contra el estado de derecho al afectar la división de poderes, los derechos fundamentales y la independencia judicial. La incertidumbre que están produciendo estos intensos procesos de reforma del sistema jurídico mexicano no solamente han generado desconfianza, sino que fracturan la seguridad jurídica.

La presente reflexión se realiza en virtud de las constantes, y excesivas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),[1] así como de la necesidad de limitar y controlar las facultades reformadoras, y, ante todo, el abuso de poder por parte del gobierno. Un proyecto de reforma constitucional debe considerar la necesidad del cambio junto con la estabilidad jurídica y política de un país; de no

[1] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en el DOF el 15 de abril del 2025.

lograr un equilibrio, tomando el estado de derecho como brújula, se corre el riesgo de introducir reformas regresivas que pueden afectar la democracia, los derechos humanos, y el estado de derecho mismo. El control de constitucionalidad constituye hoy en día un elemento indispensable de la protección y desarrollo del estado de derecho, ya que su objeto es verificar la conformidad de las normas y los actos de autoridad con la Constitución.

Si bien por su relevancia y actualidad el tema del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales amerita un estudio minucioso, en este capítulo se aborda solamente en términos de lo previsto en el sistema jurídico mexicano y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para comentar el deterioro potencial que su implementación puede causar al estado de derecho. A tal efecto se explica de manera sintética el sistema de control de la constitucionalidad mexicano para evaluar la posibilidad y conveniencia de un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en México.

A manera de ejemplo se comenta la reforma constitucional al poder Judicial publicada en el DOF el 15 de septiembre de 2024 del 15 de septiembre de 2024 –que modificó la integración de la SCJN y el funcionamiento del poder Judicial, e incluyó la participación de la ciudadanía en la elección de los jueces–,[2] no solamente por ser el caso más reciente de cuestionamiento sobre la posibilidad de un control judicial por la SCJN, sino, sobre todo, por la reacción del gobierno que en octubre del mismo año procedió a reformar la Constitución para impedir un control independiente por el poder Judicial de la Federación.[3]

La intempestiva e irreflexiva modificación del diseño institucional del poder Judicial llevará a una transición jurídica[4] ciertamente regresiva en términos del estado de derecho que afecta principalmente la división de poderes y el control del poder Ejecutivo, a la vez que atenta contra la autonomía de los tribunales y la independencia judicial. A continuación, se revisan algunas cuestiones relevantes para comprender los efectos de la ausencia de un control de constitucionalidad de la reforma constitucional sobre la cualidad y la fuerza normativa de la Constitución, así como su impacto en el estado de derecho.

---

[2] Así, por ejemplo, reduce la integración de la Corte a 9 ministros, suprime una de las Salas para solamente funcionar en pleno a partir de 2025, y el periodo de su encargo se redujo a 12 años. Además, se creó un órgano de administración judicial que sustituye al Consejo de la Judicatura Federal y un tribunal de disciplina judicial, cuyas decisiones serán definitivas e inatacables, de modo que sin recurso alguno se atenta contra el derecho a la defensa y se solapa el autoritarismo agraviando la independencia judicial.

[3] Reforma publicada en el DOF el 31 de octubre de 2024.

[4] Se denomina transición jurídica porque el análisis de la modificación del derecho se basa en criterios jurídicos; es el resultado de los procesos de cambio del derecho realizados conforme a sus propias reglas (Huerta, 2013, pp. 15-49).

## 2. EL ESTADO DE DERECHO COMO PARÁMETRO DE EVALUACIÓN

Durante el siglo XIX el constitucionalismo en México tuvo como propósito conformar un estado de derecho con fundamento en los postulados clásicos de la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales, a lo que posteriormente se sumó el control de la constitucionalidad. A pesar de encontrar estos elementos ya en las primeras constituciones mexicanas, el estado de derecho, que puede ser considerado como el primer modelo constitucional en México, en realidad se consolida apenas con la Constitución de 1857.[5]

Un modelo se integra por una serie de normas, principios, valores o fines que funcionan como unidad y sirven para el desarrollo, la aplicación y la interpretación de las normas jurídicas. En una Constitución pueden coexistir uno o varios modelos que pueden ser utilizados como criterio de evaluación de las modificaciones al derecho e incluso a la Constitución. En esta ocasión, el parámetro de referencia es el modelo de estado de derecho.[6]

La idea de un estado de derecho se orienta al control del poder con fundamento en la división de poderes que se ha desarrollado como distribución de funciones entre los órganos que ejercen el poder y con la cooperación en el ejercicio de las facultades atribuidas conforme al principio de legalidad. Prever la división de poderes en una Constitución hace dable controlar el ejercicio de las facultades y exigir responsabilidad de la autoridad competente. Otro valor relevante del estado de derecho que hay que proteger es la seguridad jurídica, que se cimienta en normas generales[7] y abstractas conocidas por los sujetos normativos que tengan una permanencia que permita su eficacia; principalmente para la garantía de los derechos y las libertades.[8] La legalidad contribuye a la seguridad jurídica, así como a la certeza que exige que las normas y sus consecuencias jurídicas sean conocidas con antelación.[9]

En un estado de derecho, aun cuando la Constitución, en tanto norma, debe adecuarse a la realidad que regula, su cambio debe realizarse en un marco de seguridad

---

[5] Con la Constitución de 1824 se produjo la transición jurídica al estado de derecho, ya que prevé elementos característicos de este tales como la división de poderes, la garantía de derechos fundamentales, el control de constitucionalidad, los principios de supremacía constitucional, legalidad y seguridad jurídica, así como la protección la independencia judicial (Huerta, 2024, pp. 288-293).

[6] En general, el modelo se construye a partir de ciertos intereses preponderantes en un momento histórico dado. Los modelos se identifican en la Constitución como un conjunto específico de instituciones que tienen una finalidad o intención común. Es posible que en una Constitución operen simultáneamente varios modelos que pueden ser identificados conforme a los criterios rectores de las reformas realizadas (Huerta, 2013, pp. 58– 61).

[7] Para Kelsen, la generalidad de las normas en tanto seguridad jurídica es una expresión del estado de derecho, y opera como límite de las facultades discrecionales. (Kelsen, 2000, p. 260).

[8] Según Hart es una necesidad social del derecho que sus normas puedan ser aplicadas con seguridad por los propios particulares (Hart, 1992, p. 162).

[9] Como señala Pérez Luño, la certeza jurídica es un valor distinto, aunque asociado a la seguridad jurídica (Pérez Luño, 2000, p. 483).

jurídica y conforme al principio de legalidad. La seguridad jurídica resulta del conocimiento de las normas, y una Constitución que es reformada incesantemente, no puede ser ni conocida, ni implementada correctamente, y menos aún ser eficaz. Los constantes cambios a la Constitución inciden, además, en la seguridad jurídica cuando las leyes de desarrollo necesarias no son expedidas, o se emiten sin la correspondiente reflexión, divulgación y técnica legislativa adecuadas.

La relevancia del estado de derecho se relaciona con la necesidad de controlar el poder, lo que ha llevado a considerarlo como un criterio central de la determinación de la validez de normas y actos en un Estado, de conformidad con los supuestos de supremacía de la Constitución –supremacía que deriva de una fuente de producción superior al legislador ordinario y que se sustenta en el control de constitucionalidad–, la distribución de funciones, la sujeción al derecho y la protección de derechos y libertades fundamentales.

De modo que, en un estado de derecho, una Constitución se estructura a partir de tres ejes principales que son la división de poderes, los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad. Los dos primeros son elementos de identificación formal de una Constitución a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano.[10] La necesidad de controlar jurídicamente las conductas reguladas por la Constitución se manifiesta como un elemento indispensable de la eficacia constitucional, que, a su vez, refuerza su normatividad y sustenta la supremacía constitucional al subordinar la ley a la Constitución. Además, sirve como factor de equilibrio entre los otros dos elementos. Si bien son posibles muchas formas de control de la constitucionalidad en un estado de derecho, en el caso de un control de reformas constitucionales, lo idóneo es que sea realizado por un órgano que no participa en el procedimiento de reforma constitucional.

El diseño de la Constitución mexicana se basa en una clásica distribución de funciones entre tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial en un Estado organizado como federación con diversos medios de control para supervisar los límites previstos, así como la constitucionalidad de los actos de autoridad. A la comprensión actual del estado de derecho en México se suman a estos elementos: la supremacía constitucional, el principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, el respeto a los derechos humanos, los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, así como el acceso a la justicia (una justicia pronta y expedita) ante tribunales independientes e imparciales. Estos elementos sirven para la identificación de los avances y retrocesos en términos del estado de derecho resultantes de reformas constitucionales. [11]

---

[10] Dicho artículo dispone que: «Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución».

[11] Para identificar los elementos materiales del estado de derecho, *vid.* Comisión de Venecia, *Estudio No. 512 / 2009 CDL-AD(2011)003rev, Reporte sobre Estado de Derecho*, Sesión Plenaria no. 86, de 25-26 de marzo de 2011, p. 13.

## 3. LA CONSTITUCIÓN: OBJETO DE LA REFORMA Y CRITERIO DE CONTROL

El punto de partida en un estado constitucional es la concepción de la Constitución como norma jurídica, aunque de una clase particular, especialmente por considerarse como la primera norma de un sistema jurídico y como su norma suprema a efectos de control de la constitucionalidad de normas y actos. A pesar de estas cualidades distintivas, al igual que el resto del derecho, puede requerir modificaciones para ser actualizada. Las reformas necesarias a la Constitución deben sujetarse al procedimiento previsto en el sistema jurídico.

Para hablar de la Constitución no parece necesario dar una definición, no obstante, me parece oportuno comenzar por explicar cómo se entiende aquí la Constitución, para poder abordar la discusión sobre el alcance del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por una parte, con el término «Constitución» se hace referencia a un pacto o documento fundante de un Estado, pero también alude a los enunciados normativos que expresan las normas fundamentales relativas a la organización, la limitación y el control del poder. En este segundo sentido, se identifica a la Constitución con el cuerpo normativo que así se denomina, sin embargo, es posible que otras normas que se consideran como constitucionales también sean parte de esta, aunque tengan origen en otras fuentes, por lo que son normas con rango y fuerza constitucional. En México, este es el caso de las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por México, como dispone el artículo 1° constitucional.[12]

Toda Constitución tiene dos dimensiones en virtud de su naturaleza jurídica y política. En su carácter jurídico se funda su obligatoriedad, misma que se asegura mediante un sistema de controles de la constitucionalidad. Para Loewenstein, «una Constitución es normativa en dos casos, cuando sus normas rigen el proceso político, o cuando el ejercicio del poder se sujeta a las normas constitucionales» (Loewenstein, 1986, p. 217). En el caso de las reformas constitucionales parece difuminarse esta noción de que las normas constitucionales rigen el proceso político, es más, la idea de un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se asienta en la convicción de que el poder político puede no sujetarse a la Constitución, sino que busca eludirla, menguando así su normatividad y el estado de derecho. Aunque la conexión entre lo político y lo jurídico es patente en la reforma constitucional, el enfoque de la presente reflexión será principalmente jurídico.

Partir de su carácter jurídico, implica asumir que la función creadora de normas se encuentra sujeta a las disposiciones constitucionales que constituyen tanto el fundamento, como el límite de su validez. La función realizada por el órgano reformador

[12] Artículo 1° CPEUM: «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece».

también es una función creadora que ha de sujetarse a las disposiciones constitucionales que la regulan. En esta concepción de Constitución se percibe el concepto de Kelsen basado en su jerarquía y en su naturaleza como deber ser (Kelsen, 1988, p. 146). En esas cualidades se cimienta el control de constitucionalidad, ya que se fundamenta en la supremacía de la norma constitucional, por lo que la Constitución funge como criterio de validez formal y material de normas y actos.

Dada la naturaleza del poder político, en una Constitución debe limitarse y restringirse su ejercicio para garantizar la libertad. Las Constituciones se instituyen con la intención de que perduren, aunque dada la dinámica necesaria del derecho, usualmente también prevén las formas en que pueden ser modificadas. La normatividad de una Constitución es el resultado de una relación en tensión entre permanencia y dinámica. Los cambios constantes a una Constitución son contrarios a su estabilidad y efectividad, por lo que corresponde a la práctica consolidar su carácter normativo (Huerta, 2015).

A efectos de asegurar su permanencia se considera que es conveniente que las Constituciones sean escritas y además rígidas. En otras palabras, que se prevea un procedimiento dificultado de reforma, sobre todo para evitar que el poder Legislativo transforme arbitrariamente la Constitución. La idea es que la rigidez asegure la Constitución frente al órgano reformador, como mínimo, en términos procedimentales. Toda reforma debe llevarse a cabo de manera razonable y con prudencia, pues como señala Hesse, la reforma constitucional se ha de realizar como una coordinación «correcta» entre rigidez y movilidad (Hesse, 1992, p. 23). Otro aspecto por considerar es que, como decía Carl Schmitt, el sentido positivo del concepto de Constitución se funda en su carácter de norma jurídica, así como en su intangibilidad que le confiere vigencia perdurable a la Constitución, incluso en situaciones de inestabilidad política (Schmitt, 1982, pp. 64-66). El artículo136 constitucional que prescribe la inviolabilidad de la Constitución mexicana es el fundamento de los límites materiales a la reforma constitucional, pues además de sustentar su permanencia, afirma la existencia de principios fundamentales.[13]

Antes de comentar la viabilidad del control de la constitucionalidad de una reforma constitucional en México conviene tomar en cuenta la relevancia de los factores reales de poder de un país, pues como Ferdinand Lasalle señalaba, una Constitución debe expresar la suma de estos. Los consideraba «la fuerza activa y eficaz» de la conformación de un sistema jurídico, que al ser incluidos en la Constitución se convierten en factores jurídicos (Lasalle, 2009, p. 52). En materia de reformas constitucionales la

[13] Artículo 136 CPEUM: «Esta Constitución no perderá fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado con ésta».

participación de estas fuerzas o grupos representativos es relevante, pues legitiman el proceso de reforma. Las reformas deben surgir de reclamos reales de la población, no de modo arbitrario desde la cúpula del poder. En síntesis, las reformas a una Constitución deben expresar los intereses auténticos de los factores reales de poder actuales, pero también deben respetar los principios originarios fundamentales. Así se puede reforzar y afirmar la permanencia y normatividad de la Constitución cuando requiere ser actualizada, siempre y cuando, por supuesto, no se abuse de la potestad reformadora, pues el cambio constante merma la seguridad jurídica al afectar la estabilidad del derecho.[14]

## 4. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El tema de la reforma constitucional ha sido ampliamente explorado por la doctrina en relación con su necesidad, el procedimiento, su alcance y sus límites, así como con la posibilidad y conveniencia de un control de reformas constitucionales y la forma en que podría realizarse (*a posteriori*, o como control previo, por ejemplo). Aquí solamente se explica para poder evaluar las reformas recientes que llevaron esta cuestión a la mesa de discusión en México.

La Constitución es una norma jurídica, por lo que su modificación se lleva a cabo de conformidad con las normas que regulan el procedimiento de reformas, previsto en general en las constituciones escritas en la propia Constitución. Desde la perspectiva formal, esas disposiciones son condición de la validez de las modificaciones que se hagan. Dada su supremacía en el sistema jurídico, la Constitución prevé su propio procedimiento de modificación, pudiendo ser ordinario o extraordinario, tanto en la forma, como en relación con el órgano que la realiza, y en ella se pueden establecer límites a su reforma.

Dado que el núcleo de la presente reflexión es el estado de derecho, su protección y desarrollo, las reformas constitucionales se valoran en primer lugar conforme a los principios de legalidad (conformidad con el procedimiento establecido y sus límites) y de seguridad jurídica (publicidad, claridad y coherencia constitucional) principalmente,[15] para determinar si una reforma puede tener por efecto un menoscabo al estado de derecho. La conformidad material depende de los límites a la facultad reformadora que pueden ser expresos o tácitos, siendo estos últimos más difíciles de determinar, y por lo mismo, de aceptar.

---

[14] Para Fuller la estabilidad es uno de los 8 principios de la moralidad interna del derecho, pues los cambios frecuentes no permiten a la autoridad ni a los particulares, orientar sus decisiones, ni tener certidumbre sobre los efectos jurídicos de las acciones realizadas (Fuller, 1967, p. 49). La estabilidad es con mayor razón relevante para la Constitución.

[15] El principio de legalidad en México se suele identificar con los artículos 14 y 16 constitucionales.

La supremacía formal implica que todas las disposiciones constitucionales son igualmente supremas, salvo que la Constitución disponga excepciones, por lo que serán indisponibles al órgano reformador por contener una prohibición expresa de su modificación. Limitar el poder reformador tiene por objeto asegurar la validez temporal y la fuerza normativa de la Constitución, así, por ejemplo, una regla de inviolabilidad constituye en sí un límite al poder reformador y confirma la voluntad del constituyente de asegurar la permanencia de la Constitución. Esto da lugar a prever límites expresos en una Constitución –que se conocen como cláusulas pétreas, de intangibilidad o de eternidad–[16] que expresan prohibiciones a la acción reformadora.

Más problemáticos son los «límites implícitos», pues la doctrina ha sostenido que se pueden identificar con diversos valores, aunque no se prevea una disposición constitucional que prohíba reformarlos. La dificultad de decidir controlar una reforma constitucional conforme a límites tácitos no radica solamente en que la justificación de la autoridad controladora debe ser óptima y convincente, sino, sobre todo, en que los límites se obtienen por interpretación y se fundamentan en la tradición y la cultura tanto jurídica como política de un país. Así, por ejemplo, con motivo de la revisión de la reforma al poder Judicial la SCJN sostuvo en la Acción de Inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas 165/2024, 166/2024, 167/2024 y 170/2024 (AI 164/2024) que la división de poderes, los derechos fundamentales y su garantía son algunos de los principios que cimientan la Constitución, y señaló que acceder a un recurso judicial efectivo es un elemento fundamental del estado de derecho en una sociedad democrática.

Para comprender la discusión sobre los límites a la reforma constitucional en México, conforme a lo dispuesto en la Constitución mexicana, conviene revisar primero el procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional, que al no ser el procedimiento legislativo ordinario hace que la Constitución sea clasificada como rígida, aunque en la realidad sea modificada con extrema facilidad. Por ello, cabe advertir sobre el riesgo de la modificación recurrente y excesiva que atenta contra la seguridad jurídica al dificultar su conocimiento y aplicación.

El artículo 135 dispone para la reforma un órgano complejo (que en realidad es una colaboración entre órganos constituidos) y un procedimiento con mayorías calificadas (debe ser aprobado por las dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas; el cómputo de sus votos es realizado por el Congreso o, de ser el caso, por la comisión permanente de este). De modo que, en un estado de derecho, al menos es posible un control de la constitucionalidad formal del procedimiento de reforma constitucional, pues como Schmitt señala, las reformas que se realizan sin acatar el procedimiento previsto son inconstitucionales (1982, p. 154). En ese caso, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad sería la invalidez del procedimiento de reforma viciado, o,

[16] También se conocen como cláusulas de «eternidad». *Vid*. (Häberle, 2001, pp. 145-148).

mejor dicho, del acto que vicia el procedimiento, por lo que esa iniciativa no podría incorporarse a la Constitución, porque no sería una norma.

La Constitución mexicana no prevé límites materiales explícitos y mucho se ha debatido sobre los límites implícitos que se pudieran inferir de la Constitución sin que se haya llegado a un acuerdo doctrinal, ni a su firme aceptación por la SCJN. La postura adoptada por la Suprema Corte ha sido la de no realizar un control de constitucionalidad de las reformas y adiciones a la Constitución, aun cuando ha admitido como procedentes algunas acciones. Los argumentos principales han sido que la Corte carece de facultades expresas para realizar el control, y que no se cuenta con un proceso específico para realizarlo. Además, contra los razonamientos de tesis aisladas a favor del control, en virtud de que su objeto son los actos del procedimiento de reforma, la SCJN ha sostenido que la reforma es realizada por un órgano extraordinario, no por los órganos legislativos ordinarios.[17]

La Constitución dispone que la facultad de reformar incluye la de adicionarla, lo que implica tanto la posibilidad de modificar sus artículos, como la de agregar nuevas disposiciones, o derogar las existentes –ya sea total o parcialmente. No obstante, si adoptamos una posición originalista, y más literal, reformar implica como mínimo, mantener la Constitución, es decir, preservar su sentido. De modo que el vocablo reformar constituye en sí mismo un límite a partir del cual se podrían inferir mediante interpretación cláusulas tácitas de intangibilidad. La función reformadora es, por lo tanto, tan sólo una potestad de adaptación de la Constitución a la realidad que regula, pero se debe preservar su razón de ser. Por lo tanto, la SCJN, como órgano límite, facultado para hacer una interpretación directa de la Constitución podría establecer dos tipos de intangibilidad: de sentido de un precepto y de sentido de la propia Constitución.

Cuando las modificaciones a la Constitución se realizan en perjuicio del estado de derecho, afectando alguna de sus características relevantes no solamente se quebrantan su validez y eficacia, sino también su legitimidad cuando se confunden el alcance de las funciones del órgano reformador con las de un órgano constituyente, pues solamente se puede considerar así al que otorga una Constitución, esto es, a un constituyente originario. Es importante distinguirlos por su naturaleza y funciones, pues como ya señalaba Carl Schmitt, el poder constituyente crea un órgano distinto para realizar la función específica de reformar la Constitución, cuya función es la adecuación de los preceptos constitucionales, pero no puede sustituirla, ni destruir su núcleo, ya que las «decisiones políticas fundamentales» no pueden ser modificadas, y menos aún suprimidas por el órgano reformador (Schmitt, 1982, p. 160). Un órgano revisor solamente cuenta con facultades para modificar la Constitución, más no para

[17] Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. No es susceptible de control jurisdiccional. Jurisprudencia, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, septiembre de 2002, p. 1136. Cabe aclarar, que una tesis aislada, a diferencia de la jurisprudencia, no es obligatoria.

privarla de sus elementos definitorios como la división de poderes, los derechos fundamentales o el control de la constitucionalidad.

El procedimiento de reforma de una Constitución es un medio de actualización de extraordinaria relevancia, por lo que no se debe llevar a cabo salvo cuando es indispensable, ni puede fundarse en un requerimiento coyuntural u obedecer a un capricho. Las razones que justifiquen una reforma constitucional han de responder a una necesidad incuestionable de la evolución de un país, así como a la adecuación imprescindible de sus normas a los cambios que una sociedad demanda.

Como se mencionó previamente, antes de realizar una reforma constitucional, así como al hacer el control de su constitucionalidad, conviene contar con la participación de los factores reales de poder, con la ciudadanía, ya que así se fortalece la permanencia de la Constitución cuando la reforma es indispensable, y aunque los cambios frecuentes afectan la seguridad jurídica, es importante que las normas puedan cumplir su función de guías de conducta.

En suma, es preciso equilibrar la necesidad de cambio con la permanencia de la Constitución, y para asegurar dicha permanencia se requieren medios de control de la constitucionalidad, específicamente del control de los órganos reformadores de la norma fundamental –preferentemente si se realizan como un control previo–, así como mecanismos para exigir el cumplimiento de sus normas, tanto por parte de la autoridad como de los particulares.

## 5. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

El sistema de medios de control de constitucionalidad en México es de carácter mixto, pues cuenta con controles de tipo concentrado como el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional que son competencia del poder judicial federal, que se complementa con un control difuso, denominado por la SCJN como «de convencionalidad», que de conformidad con el artículo 133 constitucional faculta a los jueces para inaplicar las normas que en un caso no sean conformes con la Constitución.[18]

Dado que no existe en la Constitución mexicana un proceso expreso de control de reformas constitucionales, sólo se explican brevemente los medios de control concentrado que han abierto la puerta a la consideración de un control una reforma constitucional en tanto norma general por la SCJN que son: el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. En el siguiente apartado se mencionan las acciones interpuestas más representativas e interesantes para la presen-

[18] El segundo enunciado del artículo 133 constitucional dispone: «Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas».

te reflexión. Cabe destacar, que se considera a la Suprema Corte como el órgano pertinente, no solamente porque ya ejerce funciones de control de la constitucionalidad, sino, sobre todo, para preservar la imparcialidad. El control de la constitucionalidad de una reforma constitucional debe ser realizado por un órgano distinto al facultado para reformar la Constitución. La finalidad de estos medios de control es la protección de los derechos fundamentales, de la unidad y coherencia del sistema jurídico, así como de la distribución de competencias y el principio federativo respectivamente. En otras palabras, del estado de derecho en su totalidad. Las resoluciones en los últimos dos procesos mencionados pueden dar lugar a la invalidez general de las normas que sean declaradas inconstitucionales.

En diversas ocasiones se ha planteado a la Suprema Corte demandas de revisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional, principalmente por medio del amparo y la acción de inconstitucionalidad, aunque también se han cuestionado reformas vía controversia constitucional. Estas formas de control proceden contra normas jurídicas generales –y las normas constitucionales, aunque tienen también otras características particulares que las distinguen del resto de las normas del sistema jurídico como ser supremas y fundamentales–, son normas de carácter general, al igual que los preceptos de una reforma a la Constitución.

Cuando Kelsen concibió la idea de un tribunal constitucional para operar como garante jurisdiccional de la Constitución, así abrió la posibilidad para que incluso las normas de carácter «constitucional» puedan ser objeto de control. Es más, sostiene que el «derecho internacional, si se supone su primacía, puede constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, que comprenda a la más importante de entre ellas; es decir, la Constitución (Kelsen, 2001, p. 34). De modo que, en el caso de México, no solamente es posible, sino razonable e imperioso utilizar las disposiciones de derecho internacional en materia de derechos humanos, que son supremas y tienen rango constitucional por disposición del artículo 1° constitucional como parámetro de control.

En la medida en que se puede cuestionar la constitucionalidad de normas generales (artículos 103 y 105 fracción I) y normas de «carácter general» (artículo 105 fracción II),[19] la pregunta que en realidad se ha planteado constantemente a la Corte es en qué medida es viable revisar una reforma constitucional en su calidad de «norma general».

### A. El juicio de amparo indirecto contra normas generales

El juicio de amparo es un proceso regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales frente a los actos

[19] La competencia para controlar la constitucionalidad de normas generales de los tribunales federales se encuentra prevista en la Constitución en el artículo 103 vía amparo, y la de la SCJN en el artículo 105, fracción I por medio de la controversia constitucional, y fracción II de la acción de inconstitucionalidad.

de autoridad. Con posterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011,[20] la SCJN determinó que se había producido una ampliación de la función de control del amparo para abarcar el control de legalidad, el de constitucionalidad y el control de convencionalidad de disposiciones en materia de derechos humanos previstos en tratados internacionales celebrados por México, puesto que el parámetro de control se integra por esos tres tipos de normas jurídicas.[21] En consecuencia, dado que el juicio de amparo procede contra normas generales que vulneren los derechos humanos y sus garantías,[22] en la práctica se ha considerado que el control de reformas constitucionales se podría llevar a cabo mediante un juicio de amparo indirecto contra normas generales.[23]

Es más, la Primera Sala de la SCJN formuló una tesis aislada en 2018 que consideraba posible utilizar la parte orgánica de la Constitución como parámetro de control de la constitucionalidad en el juicio de amparo,[24] de modo que hubiera sido posible revisar la constitucionalidad de las reformas a la Constitución si se atentara contra decisiones fundamentales como las previstas en el artículo 40 de conformar el Estado mexicano como una república, democrática, representativa, laica y federal, por ejemplo.

No obstante, aunque el juicio de amparo indirecto contra leyes generales podría servir como vía para iniciar el cuestionamiento de la validez de una reforma constitucional, no parece haber sido la idónea, en virtud de que los efectos de la sentencia no podían ser generales, según lo dispuesto por la fracción II del artículo 107 constitucional. Además, actualmente la reforma del 31 de octubre de 2024 declara improcedente el amparo contra reformas o adiciones a la Constitución, acabando así con la discusión y la incomodidad que el cuestionamiento de la reforma al poder Judicial causó al gobierno. Esta reforma, paradójicamente denominada «reforma de supremacía constitucional», no solamente representa una clara tergiversación del estado de derecho, sino que es una auténtica perversión y distorsión del estado constitucional.

### B. La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad, regulada en la fracción II del artículo 105 constitucional, es un medio de control cuya finalidad es salvaguardar la supremacía cons-

---

[20] Publicada en el DOF el 10 de junio de 2011.

[21] Juicio de amparo. Es un medio para el control de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los actos de autoridad. Tesis I.5o.C. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XX, tomo 2, mayo de 2013, p. 1305.

[22] Tesis 2a./J. 3/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, febrero de 2014, p. 938.

[23] Para mayor detalle de las resoluciones en materia de amparo interpuestas entre 1996 y 2009, *vid.* (Nava Ramírez, 2019).

[24] Tesis 1a. CCCX/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 355.

titucional y tiene por objeto revisar la conformidad de «normas generales» con la Constitución. Si bien el espectro del control es muy amplio, la SCJN determinó limitar su alcance por no haberse mencionado expresamente otro tipo de normas salvo las leyes y tratados internacionales al preverse la legitimación para la acción.[25] Esta es una interpretación restrictiva de la voluntad del órgano reformador expresada al adicionarse este proceso en 1996 a la Constitución, que además restringe el alcance del control para la protección de los derechos humanos y la garantía del estado de derecho. Como ya se indicó, se han interpuesto varias acciones de inconstitucionalidad contra reformas constitucionales, aun cuando la SCJN emitió jurisprudencia que determinaba que esta no era la vía para ello.[26] Algunas de esas acciones se comentan en los siguientes apartados.

### C. La controversia constitucional

La controversia constitucional es un medio de control concreto de la constitucionalidad que procede en cualquier materia –excepto la electoral– contra «disposiciones generales» por la invasión de la esfera competencial. Es un juicio de única instancia competencia de la SCJN previsto en la fracción I del artículo 105 constitucional cuyo objeto es salvaguardar la distribución de funciones y el federalismo.[27] Pueden ser interpuestas por la Federación, una entidad federativa, un municipio o algún órgano de los facultados en dicha disposición que considere que la promulgación de una norma general le causa un agravio, o que se ha realizado un acto contrario a la Constitución que le causa un perjuicio. Como acto reclamable se podrían considerar cada uno de los actos realizados en el procedimiento de reforma constitucional por los órganos facultados. Dado el ejemplo utilizado para la reflexión, no se abunda en la explicación, pues no se interpuso la controversia constitucional contra las reformas al poder Judicial, ya que no se consideró que el núcleo de la inconstitucionalidad de la reforma fuese la invasión de la esfera de las competencias de las autoridades locales ni municipales (aunque si aparece mencionado en las acciones entre los conceptos de invalidez que constituyen la parte de fijación de la litis). No obstante, se mencionan unos ejemplos en los antecedentes del control de reformas constitucionales en el siguiente apartado.

---

[25] Acción de inconstitucionalidad. Sólo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales, P./J. 22/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo IX, abril de 1999, p. 257.

[26] Acción de inconstitucionalidad. Su objeto de tutela, respecto de «normas generales», sólo comprende leyes ordinarias, federales o locales y no la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis P. V/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1106.

[27] Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional. P./J. 71/2000. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XII, agosto de 2000, p. 965.

Como se puede ver, existían tres opciones para solicitar un cuestionamiento de la constitucionalidad de una reforma constitucional, lo único necesario para que avanzara hubiera sido una interpretación que delimitara las reglas del proceso y el alcance del control, y lo más complicado, que justificara la propia competencia. El control se podía haber fundamentado en los artículos 1° y 133 constitucionales que fundamentan el control de convencionalidad, junto con los principios de interpretación *pro persona* y no regresividad de los derechos humanos. Tal como decía Kelsen (2001), dada la constitucionalización de los preceptos en materia de derechos humanos previstos en los tratados internacionales, con base en su supremacía se hizo viable realizar el control de una reforma y contrastarlo con el estado de derecho, así como con las decisiones fundamentales del poder constituyente.

Al desarrollar la SCJN un control de constitucionalidad, o adicionarlo el órgano reformador en un futuro, se debe precisar el momento a partir del cual puede ser controlada una reforma. Hay distintas opciones: 1. desde la iniciativa –aunque podría afectar la división de poderes, a menos que fuese un control previo a disposición del propio órgano reformador para solicitar al tribunal constitucional una opinión sobre la constitucionalidad de la iniciativa–, sería así, un recurso importante para las minorías parlamentarias, lo que podría fortalecer la democracia; 2. Después de su aprobación antes de su sanción, en cuyo caso el tribunal constitucional debería contar con una facultad para suspender su entrada en vigor, o, 3. tras su aprobación final, en cuyo caso, todas las reformas deberían expedirse con una *vacatio legis* suficiente para poder ser impugnada y revisada en un proceso expedito, o bien, que se contara con la facultad para suspender la entrada en vigor de la reforma mientras se analiza.

Realizar el control previo tiene la ventaja de prevenir la producción de efectos y la deformación de la Constitución; aunque el texto reformado también puede ser controlado cuando por su significado se opone a cuestiones fundamentales como los derechos humanos o el estado de derecho. Si no se acató el procedimiento para reformar la Constitución, entonces al declararse su invalidez, la reforma o adición no puede formar parte de la Constitución, esto significa que no puede producir efectos jurídicos, es más, deberían anularse los producidos. De ahí la relevancia de la adecuada regulación del proceso de control de las reformas constitucionales.

## 6. LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Contra la reforma judicial de 2024, en su calidad de norma general se interpusieron diversas acciones de inconstitucionalidad, ya que es una forma de control abstracto aun cuando habitualmente se pensaba que solamente procedía contra normas secundarias. No obstante, dada la profunda transformación que implicaba para el poder Judicial, y la potencial afectación resultante a su autonomía, a la independen-

cia de jueces y al estado de derecho, la Corte hizo una interpretación sistémica que sostuvo que la acción de inconstitucionalidad era procedente contra reformas constitucionales.[28]

La Suprema Corte, facultada para la interpretación directa de la Constitución, es la última instancia de control de la constitucionalidad y en contra de sus resoluciones no procede ya recurso alguno. De modo que, de admitirse la procedencia de un control de reformas constitucionales, la decisión definitiva debería ser tomada por la Corte. Como ya se mencionó, las vías de acceso para su análisis por la SCJN en esta materia han sido diversas, además de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, la Corte ha discutido el control de reformas constitucionales con motivo de amparos en revisión y recursos de reclamación en amparo.[29]

El primer amparo interpuesto contra una reforma constitucional impugnó la nacionalización de la banca privada de1982[30]–misma que se revirtió mediante otra reforma constitucional en 1990–, fue un caso notorio, aunque no exitoso, de gran relevancia para la presente reflexión. Para Sánchez Medal – abogado que impugnó en varias instancias la reforma constitucional y autor del libro que reseña el proceso–, –,[31] la alarmante conclusión de los procesos de control fue la confirmación por la SCJN de la inexistencia del estado de derecho en México (Sánchez Medal, 1988, p. 176).

El debate sobre el alcance de las facultades de control de reformas constitucionales se reactivó a partir de 1996.[32] En el amparo en revisión 1334/1998 se reiteró la procedencia del amparo en contra de reformas a la Constitución, contra los actos que llevan a su modificación. Si bien, la justificación fue cambiando, la SCJN había sostenido que el juicio de amparo era procedente para impugnar los vicios formales de reformas constitucionales en cuanto a las partes del procedimiento de creación.[33] Posicionamiento que se mantuvo hasta que la Corte, con motivo de la

---

[28] Así, se determinó que procede contra normas generales: «en el caso presente, emitidas por el Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas, o ambos en su conjunto actuando como órgano reformador. Sin que resulte relevante la distinción de si tales normas generales resultaron de un procedimiento de reforma constitucional u ordinario» (AI 164/2024, párr. 54).

[29] El recurso de reclamación es un medio de impugnación contra acuerdos de trámite de quien presida la SCJN o los tribunales colegiados de circuito. El recurso de reclamación se interponía después del recurso de revisión; fue derogado mediante una reforma publicada en el DOF de 7 de junio de 2021.

[30] Reforma publicada en el DOF el 17 de noviembre de 1982.

[31] Solo como dato curioso cito el Acuerdo del presidente de la Corte que reproduce Sánchez Medal en su libro que dice: «I. Se desecha, por notoriamente *frívolo* e improcedente, el recurso de revisión que en el caso se hace valer». Énfasis agregado (Sánchez Medal,1988, p.176)

[32] *Vid*. Amparo en revisión 2996/1996. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión del día 3 de febrero de 1997.

[33] Este criterio dio lugar a la tesis aislada del Pleno: Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. El interés jurídico deriva de la afectación que produce, en la espera de derechos del quejoso, el contenido de los preceptos modificados. Tesis aislada LXII/99, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, p. 11.

Controversia Constitucional 82/2001, determinó que «el procedimiento de reformas y adiciones regulado en el artículo 135 constitucional no es susceptible de control por la vía jurisdiccional».[34] Criterio que se reiteró en el Recurso de reclamación 361/2004[35] (derivado de la Controversia Constitucional 104/2004), al resolver la SCJN que no contaba con una facultad expresa y que el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional porque, si bien, la reforma la realizan diversos órganos «en su carácter de Órgano Reformador de la Constitución», y como tal, «su función es de carácter exclusivamente constitucional y por consiguiente no está sujeta a ningún tipo de control».[36] La resolución que tomó la Primera Sala de la SCJN fue que el recurso presentado era procedente, pero infundado.

En 2007 se vislumbró fugazmente una oportunidad para conformar un control de reformas constitucionales cuando se interpusieron las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007 contra la reforma electoral de 2007.[37] En el recurso 34/2007 se manifestó que impugnar la reforma vía acción de inconstitucionalidad no constituye una causa notoria y manifiesta de improcedencia. No obstante, las acciones de inconstitucionalidad fueron sobreseídas porque la Corte estimó que ese es un medio de control de normas generales subordinadas a la Constitución, más no de sus reformas, y que contra éstas no procede ningún medio de control jurisdiccional de los previstos en el artículo 105 constitucional.[38] Sin embargo, con motivo del amparo en revisión 186/2008, la SCJN reafirmó que se debían admitir a trámite los juicios de amparo que plantearan la inconstitucionalidad de una reforma, ya que no se actualizaba causal alguna de improcedencia. En consecuencia, la Corte podría revisar la actuación del órgano reformador, porque no es constituyente, sino un órgano constituido, sujeto a la Constitución.[39] Con fundamento en ese argumento la Suprema Corte creó la oportunidad para admitir la procedencia no solamente del amparo, sino también de la acción de inconstitucionalidad y de la controversia constitucional contra reformas a la Constitución.

El péndulo siguió en movimiento. El amparo en revisión 2021/2009 se declaró improcedente con fundamento en el principio de relatividad de las sentencias, ya que «la potencial declaración de inconstitucionalidad tendría un efecto expansivo más allá

---

[34] Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión de 6 de septiembre de 2002. Esta decisión dio lugar a la jurisprudencia: P./J. 39/200: Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. No es susceptible de control jurisdiccional. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, septiembre de 2002, p. 1136.

[35] Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión del 2 de marzo del 2005.

[36] *Ibíd.*, pp. 24-25.

[37] Publicada en el DOF el 13 de noviembre de 2007.

[38] Los recursos de reclamación 33/2007 y 34/2007 derivados de dichas acciones fueron declarados infundados. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión de 26 de junio de 2008.

[39] Amparo en revisión 186/2008 resuelto el 29 de septiembre de 2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

de la esfera jurídica de los quejosos».[40] La jurisprudencia 3/2014 de la Segunda Sala de la SCJN reitera que los preceptos de la Constitución «deben considerarse mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional», y los decretos de reformas «no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad».[41] En 2016 la SCJN confirma el criterio de 2007 y determina que la acción de inconstitucionalidad no tiene por objeto el control judicial de una reforma constitucional, ni de los vicios formales ni los materiales.[42]

Como se puede percibir, y como corresponde en un estado de derecho, la posibilidad de un control de reformas constitucionales no fue clausurada, las decisiones de la Corte fluctuaban en la búsqueda de una respuesta adecuada. El debate en torno a dicha posibilidad se centra en cuatro cuestiones: la competencia de la SCJN, las vías jurídicas adecuadas para solicitar el control, la presencia de límites implícitos y el objeto del control (ya sea el procedimiento o la materia de la reforma, o ambos). Los diversos argumentos utilizados han oscilado de un positivismo férreo apegado a la literalidad de las normas y el principio de competencia expresa hacia un realismo que exige un control del acto de la autoridad reformadora para preservar el estado de derecho, los derechos humanos y a la Constitución misma.

Los principales argumentos de carácter formal para rechazar o desechar las solicitudes de control se relacionan con los principios de legalidad y seguridad jurídica, como, por ejemplo, la falta de competencia expresa, la ausencia de un procedimiento explícito de control de reformas, la distinción entre el órgano constituyente y el constituido y el principio de relatividad de las sentencias del amparo. Aunque también se ha utilizado el principio de legalidad para sustentar la procedencia del control de constitucionalidad de las reformas en relación con la observancia del procedimiento de reforma constitucional.

Las razones relacionadas con los aspectos materiales se orientan más bien a aceptar realizar el control, y se sustentan en el reconocimiento de principios fundamentales que pueden actuar como cláusulas pétreas, que servirían como parámetro para contener o evitar que algunas disposiciones constitucionales fuesen modificadas o derogadas, además se habla de la estabilidad y coherencia de la Constitución. No obstante, para negarse a analizar una reforma a la Constitución la SCJN ha recurrido también a criterios materiales tales como los principios de supremacía constitucional

---

[40] Amparo en revisión 2021/2009, p. 47. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión del 28 de marzo de 2011.

[41] Control de constitucionalidad. No puede realizarse respecto de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Segunda Sala Tesis: 2a./J. 3/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo II, p. 938.

[42] *Vid.* Recursos de reclamación 8/2016-AI y 9/2016-AI –derivados de las acciones de inconstitucionalidad 15/2016 y 17/2016, respectivamente–, así como en la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007.

y a la soberanía propia del poder constituyente, que por extensión (y de manera equivocada) le atribuyen al órgano reformador.

Un argumento inaceptable es que el control jurisdiccional de reformas constitucionales no es necesario, porque el diseño institucional del procedimiento de reforma cuenta con las legislaturas de las entidades federativas para hacer un control.[43] Semejante afirmación confunde la convalidación que realizan al votar a favor de la reforma, con un análisis y revisión de la constitucionalidad que puedan expresar a efectos de frenar el procedimiento. Lo mismo se puede decir tanto del Congreso de la Unión como de la Comisión Permanente, pues no realizan un control, solamente emiten una declaración de aprobación de las reformas o adiciones cuando ya se cuente con una votación favorable de la mayoría de las legislaturas locales. Por eso, dichos actos no pueden considerarse como un medio de control constitucional, ya que son más bien parte del procedimiento, y los realiza como órgano con funciones similares a las del Constituyente (AI 168/2007, p. 254).

Asimismo, la SCJN ha mencionado la presunción de la constitucionalidad de lo reformado por el poder constituido, aunque cabe aclarar que, si bien es cierto que, en un sistema jurídico las disposiciones emitidas por la autoridad competente se presumen válidas, se trata tan sólo de una validez *prima facie*. Lo mismo se puede decir de las reformas constitucionales. Considerarlas absoluta e incontrovertiblemente válidas por su fuente, no solamente es una arbitrariedad, sino contrario al estado de derecho (*Ibíd.*, p. 143).

La impresión general fue que la reciente reforma al poder Judicial se oponía al estado de derecho y al principio democrático, por lo que intentar su revisión por la SCJN era imperativo. Es una reforma de corte autoritario que atenta contra la independencia judicial y el equilibrio entre poderes que podría llevar a una ruptura del orden constitucional. Por esa razón se justificaba el control como medida excepcional ante una situación sin precedentes que incide en tantos derechos fundamentales, por lo que, como en su momento señaló el ministro Franco González Salas, «… en esos casos este Tribunal [la SCJN] tendría que ser la garantía para tratar de defender el orden constitucional».[44]

## 7. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 164/2024 Y SUS ACUMULADAS 165/2024, 166/2024, 167/2024 Y 170/2024

Ante la acelerada aprobación de la reforma judicial varios partidos políticos (PAN, PRI, Movimiento Ciudadano y Unidad Democrática de Coahuila), así como una mi-

[43] Argumento expresado en acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007, p. 223.

[44] Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 28 de abril de 2016, p. 35.

noría de integrantes del Congreso de Zacatecas promovieron acciones de inconstitucionalidad contra el decreto de reforma constitucional del 15 de septiembre de 2024. Como con conceptos de invalidez se adujeron tanto vicios en el procedimiento de reforma, como vicios sustantivos que atentan contra principios y garantías constitucionales, así como vulneraciones de derechos humanos.[45]

La decisión de la SCJN el pasado 5 de noviembre del 2024 fue la de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas, ya que la acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas se consideró parcialmente fundada y procedente. La resolución de la Corte, sin embargo, fue sobreseerlas y desestimarlas, además no se emitieron votos de ninguna índole (AI 164/2024, p. 363). La Suprema Corte pudo haber sentado un precedente relevante para la realización del control de la constitucionalidad de reformas constitucionales a su cargo, pero se optó más bien por dar «carpetazo» al asunto apelando a las propias decisiones en la materia. Así lo evidenció también el desechamiento por improcedente de la consulta a trámite 6/2024[46] del poder judicial de la federación sobre la pretensión de ejercer control constitucional respecto a la reforma judicial de 2024. Se señaló que la «petición rebasa las atribuciones que tiene esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para velar por la autonomía e independencia del Poder Judicial de la Federación» (*Ibíd.*, párr. 27). Una clara manifestación de la renuncia a intentar salvaguardar el estadio de derecho en esa oportunidad.

A continuación, se hace una descripción sucinta de la discusión sobre la constitucionalidad de la reforma judicial en lo pertinente a la presente reflexión. Los diversos posicionamientos se orientan a dos aspectos: el formal y el material de la reforma.

Hay dos cuestiones que vale pena mencionar: primero, que se mantuvo la idea de que se puede analizar la constitucionalidad de una reforma constitucional, pero se aclara que es «de forma excepcional, cuando resulte claro, directo y evidente que se hace valer una vulneración a la forma republicana, democrática, representativa, laica y federal del Estado mexicano» (*Ibíd.*, párr. 234). Segundo, que la Suprema Corte procedió a un análisis puntual observando el principio de máxima deferencia al órgano reformador por su legitimidad democrática, y por ser el único órgano facultado para adecuar la Constitución (*Ibíd.*, párrs. 198 y 199). Además, a su parecer, el poder reformador no tiene límites explícitos, sino tan sólo implícitos, por lo que no procedía la declaración de invalidez total del decreto (*Ibíd.*, párr. 233).

---

[45] Se indicaron vulneraciones al derecho a la estabilidad en el trabajo y a la irreductibilidad de los salarios judiciales, a la seguridad social, a la integridad personal y a la salud física y mental, a un proyecto de vida digno, al derecho a la justicia, al voto, derecho de acceder a un recurso efectivo de los gobernados, por ejemplo (AI 164/2024, párr. 2).

[46] Consulta a trámite prevista en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 6/2024. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2024-09/CONSULTA%206-2024%20VERSION%20FINAL%20%283%29%20.pdf

Se realizaron muchos planteamientos, por lo que retomaremos solamente algunos relacionados con el estado de derecho. Uno de ellos señalaba que la reforma vulnera la división de poderes, la garantía de independencia judicial y, en consecuencia, se ponen en riesgo los derechos fundamentales. También se señaló, con mucha razón, que la supremacía constitucional «exige que cualquier modificación sea congruente con el resto de la misma Constitución y sus principios fundacionales» (*Ibíd*., párr. 229).

También se señaló la vulneración de los derechos laborales de las personas juzgadoras locales en funciones, ya que serían removidas de su cargo anticipadamente. Además, se indicó que la remoción total de los jueces afectaría la independencia judicial vulnerando a la vez la división de poderes (*Ibíd*., párrs. 595-599). El Pleno señaló que «el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes» (*Ibíd*., párr. 178).

Se presentó un concepto de invalidez relativo a la veda electoral, dado que entre la publicación del decreto y el procedimiento electoral solo transcurría un día en lugar de los 90 días como se prevé en la Constitución,[47] y así se vulneraba el principio de certeza electoral. La Corte declaró infundado dicho planteamiento por deferencia al órgano reformador, aun cuando en la Constitución se previó ese plazo para resguardar los derechos fundamentales de la ciudadanía y garantizar la seguridad jurídica. Esta decisión es cuestionable; la Corte no debió convalidar el plazo, puesto que la reforma vulneraba garantías del estado de derecho que se soslayaron de manera autoritaria, imponiendo una elección con extrema premura. El argumento de la autolegitimación del acto realizado por el órgano reformador no es indiscutible, pues todo acto de autoridad tiene límites por supuesto, por lo que no se sostiene un argumento basado en una «deferencia» ciega (y muda).

Los argumentos de la SCJN se apoyaron también, como corresponde en México, en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para señalar la vulneración al estado de derecho que se consideró perpetra la reforma judicial que se revisaba. *Se refiere que tanto la independencia interna como la externa de la magistratura es «un requisito esencial para garantizar el derecho humano a un juicio imparcial y al respeto del estado de derecho» (Ibíd.,* párr. 704). Además, que «la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática» (*Ibíd*., párr. 824). De modo que, «cualquier demérito o regresividad en las garantías de independencia, estabilidad e inamovilidad de los jueces es inconvencional en cuanto su efecto se puede traducir en un impacto sistémico igualmente regresivo sobre el Estado de Derecho, las garantías institucionales y el ejercicio de los derechos fundamentales en general» (*Ibíd*., párr. 354).

[47] Artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo.

Finalmente, el Pleno de la SCJ reconoció como fundados «los conceptos de invalidez relacionados con la división de poderes, la independencia judicial y el acceso a la justicia, nucleares para el régimen democrático» (*Ibíd*., párr. 342), con lo cual se hace patente la afectación del estado de derecho. No obstante, la acción de inconstitucionalidad fue desestimada porque se concluyó que la reforma en su totalidad no vulneraba alguna disposición irreformable. La decisión, a pesar de no haber resultado en una declaración de inconstitucionalidad, representó un efímero acto esperanzador de control del poder por haber sometido a escrutinio una reforma constitucional para analizar futuras reformas. Ilusión destruida por designio de la reforma constitucional subsecuente realizada para impedir el control de reformas constitucionales.

## 8. REGRESIÓN Y RIESGOS PARA EL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO

La Constitución, como norma fundante contiene decisiones políticas que son fundamentales, en el caso de México, la pretensión de un estado de derecho es una de éstas, presente desde el siglo XIX y que se ha ido desarrollando mediante mayores garantías para la protección de los derechos humanos y la distribución de funciones.

No obstante, el punto de partida de la valoración de la prospectiva para el estado de derecho es la trivialización de la Constitución, manifiesta en la cantidad de reformas que se le han hecho (841 veces a la fecha).[48] Múltiples reformas sucesivas pueden acabar por desvirtuar el texto constitucional. La práctica de hacer constantes reformas por menores que parezcan, o de gran envergadura como se emprenden actualmente, tienen por efecto una transformación tal que resulta en un cambio en el balance de equilibrios en el ejercicio del poder y en detrimento de los mecanismos para su control.

Tanta reforma hace que nos cuestionemos qué entiende la autoridad por estado de derecho y qué clase de concepción tiene de la Constitución, pues no parece ser la de una norma suprema y fundamental. No importan ya las razones que se aduzcan para las reformas, pues es evidente que no se trata ya de meros ajustes, sino de una profunda transformación de los mecanismos de control del poder que han distorsionado el equilibrio entre los poderes. Las últimas reformas a la Constitución evidencian un plan de gobierno para eliminar controles y fortalecer al poder Ejecutivo, así como un auténtico menosprecio hacia la Constitución.

Las reformas constitucionales deben ser necesarias y orientarse a preservar y fortalecer el estado de derecho. En ese sentido ya se expresó Jorge Carpizo hace tiempo, consideraba que las reformas de fondo a la Constitución deberían proceder solamente para resolver cuestiones extremadamente relevantes, y respetando por supuesto, el procedimiento constitucional. Es más, propuso, y me parece pertinente, que las refor-

[48] Reformas publicadas en el DOF en 261 decretos, solamente 17 de los 136 artículos conservan la redacción como promulgada en 1917.

mas (las de mayor impacto en el estado de derecho podríamos decir) fuesen sometidas a referéndum (Carpizo, 2011). Un claro ejemplo de una reforma de gran trascendencia es la del poder Judicial de 2024 en México.

Un referéndum hubiese legitimado la reforma y la elección de jueces, pero como aún no se encuentra previsto en la Constitución, era importante que la SCJN hiciera el control de constitucionalidad de esa reforma para resguardar la división de poderes, la legalidad, la seguridad jurídica y la independencia judicial. En un estado de derecho estos valores deben ser preservados, por lo que sostener que una vez aprobada una reforma no puede ser combatida, equivale a imponer una decisión de manera autoritaria, no a dar razones, y menos aún jurídicas, por lo que la legitimidad de una reforma constitucional se sustentaría en meros aspectos formales, ignorando así aspectos sustanciales de la Constitución y del estado de derecho.

El control de constitucionalidad de las reformas no solamente es conveniente, sino importante frente al abuso de las potestades reformadoras, y se justifica en el deber de preservar la integridad, coherencia y supremacía de la Constitución, y, sobre todo, en su cualidad de norma fundamental. Toda forma de ejercicio del poder debe ser limitada y debe poder ser controlada; la manera de hacerlo depende del diseño institucional de los controles de constitucionalidad. En ese sentido, Carl Schmitt señalaba que, si bien la facultad para reformar la Constitución es una función extraordinaria del Estado, no es ilimitada, ya que en un estado de derecho todo poder es limitado (Schmitt, 1982, p. 151). Si los actos de creación de leyes son controlados jurisdiccionalmente, dado su alcance, con mayor razón debería controlarse una reforma constitucional. El constitucionalismo surge para limitar el poder, incluso el ejercido por los órganos electos popularmente. En México, la legitimación democrática del órgano reformador era un pretexto para no controlar jurisdiccionalmente las reformas constitucionales. Tras la reforma judicial de 2024 ese argumento ya no sirve como justificación para impedir que se incluya en la Constitución un control de este tipo por la Suprema Corte.

En la reforma judicial de 2024 se pueden identificar varias afectaciones al estado de derecho, como la división de poderes al menguar el sistema de frenos y contrapesos, la independencia judicial y la imparcialidad en las decisiones judiciales. La imparcialidad en la toma de decisiones está en riesgo al haberse creado lazos entre quienes ejercen la función judicial y partidos o grupos de poder mediante su elección «popular». La forma en que se implementó este cambio de nombramiento incide en el derecho a un debido proceso, la seguridad jurídica y, por ende, en el estado de derecho. La independencia de la judicatura se garantiza mediante la división de poderes, impidiendo la injerencia en las decisiones judiciales, el cambio realizado en el diseño institucional no contribuye a la transparencia y neutralidad en el nombramiento de jueces. Todas estas cuestiones apuntan a una transición jurídica regresiva que no parece insertarse en un modelo de estado de derecho, sino más bien alejarse de este, por lo que se puede calificar como regresiva.

Los incesantes cambios, y de mayor magnitud cada vez, hacen más preocupante la cuestión de la fuerza normativa y la permanencia de la Constitución, por eso es imperativo reconsiderar la oportunidad de controlar las reformas, de otra manera se puede quebrantar e incluso destruir el estado constitucional. Cabe recordar como decía Häberle, por su pertinencia para México, que, en un estado constitucional, incluso el «poder que elabora y dicta la constitución es *constituido*: es decir, no es ilimitado, sino que está restringido legalmente a ciertos principios últimos de una cultura constitucional nacional, en este caso latinoamericana, y a principios internacionales de derechos humanos» (Häberle, 2006, p. 4). Así entendido, con mayor razón se puede afirmar que el órgano reformador es constituido, y, por ende, su poder es limitado, de modo que la validez de sus actos depende de su conformidad a la Constitución. Es razonable, por lo tanto, concluir que es necesario incluir en la Constitución –e ir construyendo jurisprudencialmente la vía–, un control previo de reformas constitucionales, e incluso uno *ex post* dada la premura con la que se han estado aprobando las reformas constitucionales, a menos que también se ajuste el procedimiento de reforma constitucional.

Como guía de la labor jurisprudencial de control se cuenta con criterios sistemáticos que sustentan una interpretación coherente de la reforma con los preceptos constitucionales ya vigentes, ya que es necesario que se respete su integridad. El control de constitucionalidad de reformas constitucionales no es nada más un ideal o pretensión de la teoría y filosofía del derecho constitucional, es una realidad en muchos países[49] que tiene por objeto lograr la eficacia de la Constitución, y salvaguardarla con el estado de derecho como criterio del control.[50]

Otro criterio que podría ser útil en la determinación de límites implícitos sería el de «reserva constitucional», un criterio que desarrollé hace tiempo en relación con las reformas constitucionales como guía de las materias que ameritan formar parte de la Constitución. Actualmente, me parece que identificar los contenidos constitucionales, esto es, las cuestiones que por su relevancia deben preverse en la norma suprema y que se pueden considerar como «materia constitucional» en sentido estricto por su

[49] En realidad, la mayoría de las Constituciones prevén un control de reformas constitucionales. Tan a modo de ejemplo se mencionan los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Australia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chipre, Colombia, Corea del Sur, España, Eslovaquia, Estonia, Filipinas, Grecia, Israel, Japón, Lituania, Mongolia, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Rusia, Tailandia, Taiwán, Turquía, Ucrania, y Yugoslavia. Así como en muchos países de África.

[50] *Vid.*, por ejemplo, el análisis de una sentencia que hace Celia Mizrahi de una reforma constitucional que suprimió el estándar de razonabilidad en la revisión judicial de decisiones gubernamentales. La sentencia declaró nula la reforma por infringir principios fundamentales tales como el estado de derecho, la separación de poderes y el acceso a la justicia. Mizrahi Nedvedovich, C. «La inconstitucionalidad de reformas constitucionales. El caso israelí y sus lecciones». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, vol. 26, n.º 53, marzo de 2025, 18 pp., e19921, doi:10.22201/iij.24484881e.2025.53.19921.

carácter fundamental, es útil para que puedan funcionar como límites al ejercicio del poder, incluso el reformador.[51]

El control de reformas constitucionales puede operar como salvaguarda del núcleo de una Constitución en el que se encuentran las decisiones tomadas para conformarse como un específico Estado, y que son distintivas de cada Constitución ya que se basan en la historia, cultura y sociedad de cada pueblo. Es una exigencia de los estados constitucionales contar con instituciones no solamente facultadas, sino, sobre todo, dispuestas a defender la Constitución, principalmente frente a reformas que desvirtúen su sentido y función.

La Constitución es una norma que puede, y debe ser modificada cuando sea necesario, pero no arbitrariamente, ni atentando contra los principios sustantivos que deben ser protegidos frente a reformas regresivas. El control de constitucionalidad debe incluir el de las reformas constitucionales para poder asegurar la coherencia y continuidad del orden constitucional, afirmar la unidad de la Constitución y evitar que se trastoque la conexión entre las normas constitucionales. Dicho control debe hacerse conforme al principio de legalidad aun cuando la competencia sea inferida del texto constitucional vigente, pues subsiste la obligación de fundar y motivar las decisiones tomadas.

Es lógico que en un estado de derecho una reforma constitucional pueda ser supervisada, al menos en el aspecto formal, en consecuencia, no es razonable hacer una reforma para evitar cualquier forma de control. La duda sobre la posibilidad de un control material de reformas constitucionales en virtud de los artículos 1° y 133 constitucionales subsiste, y aunque no exista un acuerdo en la doctrina, como la historia constitucional en México ha demostrado, a pesar de la reforma del 31 de octubre de 2024, la última palabra no está dicha. Por otra parte, el control de convencionalidad deberá seguir realizándose con las disposiciones de derecho internacional en materia de derechos humanos obligatorias en México como parámetro de control.

La función de control de las reformas constitucionales sólo puede ser realizada por un órgano facultado para interpretar directamente la Constitución, independiente e imparcial que se rija por el estado de derecho. De esa manera se puede preservar la voluntad popular, tanto la originaria como la presente, en aras de la dignidad humana y la justicia. Para salvaguardar el estado de derecho es conveniente que se prevea en la Constitución mexicana la facultad expresa que conceda potestad suficiente para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano garante del marco mismo de legalidad, pueda realizar la revisión de la constitucionalidad, y en su caso, la declaración de invalidez de una reforma de carácter constitucional.

---

[51] Se puede considerar como materia constitucional la organización del Estado y el gobierno, la delimitación y garantía de derechos y libertades fundamentales, el control de la constitucionalidad, y la inviolabilidad de la Constitución. (Huerta, 2015, pp. 30-34).

## 9. PERSPECTIVAS PARA LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO DE DERECHO

Habida cuenta de lo anterior vale la pena hacer una reflexión prospectiva en relación con las reformas constitucionales en México y la forma en que se está minando la estabilidad y legitimidad de la Constitución mexicana como resultado de su vehemente e irrazonable modificación. Una Constitución se expide con una vocación de larga vigencia, por ello, en México incluso su inviolabilidad ya estaba prevista en la Constitución de 1857.

La normatividad de una Constitución se refuerza con su acatamiento y exigibilidad, esto solamente es viable si goza de permanencia; si solo se reforma cuando se pretende fortalecer y asegurar los derechos fundamentales frente al Estado. Su constante reforma incide en la seguridad jurídica, y, por ende, menoscaba el estado de derecho. Por ello es indispensable una adecuada justificación de cada iniciativa de reforma y se debe justificar la legitimidad del cambio constitucional pretendido con razones aceptadas como adecuadas por la población. Sobre todo, porque como claramente señaló Lasalle, las reformas constitucionales revelan cuestiones de poder más que jurídicas (Lasalle, 2009, p. 75), lo que en México últimamente se ha hecho más notorio.

Los tribunales constitucionales son indispensables porque, como señalaba Kelsen (2001), la garantía específica de una Constitución es la jurisdicción constitucional. Entre las garantías para su protección que deben asegurarse se encuentran la independencia del órgano de control y la facultad para invalidar una norma inconstitucional (con efectos *pro futuro* por razones de seguridad jurídica) (*Ibíd*., pp. 27, 35, 43, 44 y 49). Kelsen aclaraba, sin embargo, que la misión de la jurisdicción constitucional es «puramente jurídica de interpretación constitucional» (Ibíd., p. 57), no política. De modo que, al interpretar la Constitución, un tribunal constitucional está facultado para interpretar las normas de un sistema jurídico, incluso las reformas constitucionales a efectos de proteger su integridad y supremacía frente al órgano reformador, pero sin usurpar funciones que no le son propias. En el caso de México, esto podría haber implicado que de manera excepcional la SCJN, por contar ya con facultades de control de la constitucionalidad, podría haber obtenido por interpretación la propia competencia para controlar las reformas constitucionales. Esto no es viable por ahora; actualmente se precisa de una reforma constitucional que regule un procedimiento especial para realizar un control de las modificaciones a la Constitución con el objeto de preservar su fuerza normativa.

El hecho de admitir que la SCJN realice un control de reformas constitucionales no solamente fortalece el estado de derecho, sino también el federalismo, la democracia y la república, al proteger los derechos fundamentales y procurar mayor seguridad jurídica. Al reconocer su calidad de garante de la Constitución se posibilitaría resguardar principios fundamentales del estado de derecho como los de legalidad, seguridad jurídica, de publicidad de las iniciativas de reforma, por ejemplo. También sería conveniente que además de límites procedimentales se explicitaran los límites sustantivos

a las reformas constitucionales para objetivar el parámetro de control y conferir mayor claridad y transparencia al proceso de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

Por último, por su contundencia retomo las palabras de Sánchez Medal en relación con el riesgo de la volatilidad de la Constitución mexicana, pues sigue siendo válido que: «Sólo hasta que se ponga fin a tan desenfrenada carrera de enmiendas dejará la Constitución de ser el movible parapeto de la omnímoda voluntad del Presidente de la República, para recuperar su auténtico carácter de valladar infranqueable de dicha voluntad y hacer así posible la existencia de un Estado de Derecho».[52] El constitucionalismo no solamente necesita garantías jurídicas de la aplicación y protección de la Constitución, sino también de una cultura constitucional cuya conformación y ampliación depende de su permanencia. Si la Constitución cambia con tanta frecuencia no puede ser conocida, ni acatada, por lo que no se puede hablar de una aceptación de la Constitución. Para su eficacia es necesaria su estabilidad para propiciar y facilitar el conocimiento y comprensión de la Constitución. Una cultura jurídica solamente se puede desarrollar y fortalecer con el tiempo, mediante la aplicación de una norma duradera que provea seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

CARPIZO, Jorge, «¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas». Cuestiones Constitucionales, n° 24, enero-junio 2011, IIJ-UNAM, pp. 141– 167.

FULLER, Lon L., *La moral en el derecho*, trad. de Francisco Navarro, Trillas, 1967..

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, IIJ-UNAM, 2001.

HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, 1992.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUERTA, Carla, *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*, IIJ-UNAM, 2013.

HUERTA, Carla, «La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional», en VALADÉS *et al*., *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV, vol. 2, UNAM-IIJ, 2015, pp. 19– 48.

HUERTA, Carla, «Transición jurídica y conformación del Estado de derecho en México», en CÁRDENAS, Jaime (coord.), *El Constitucionalismo de 1824: Orígenes del Estado Nacional*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 269-298.

[52] Para entonces ya se había realizada más de 300 reformas a la Constitución desde 1917. *Vid*. (Sánchez Medal, 1988, p.26).

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de VERNENGO, Roberto J., Porrúa, 2000.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM-IIJ, 2001.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Ediciones Coyoacán, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2da. ed., Ed. Ariel, 1986.

MIZRAHI NEDVEDOVICH, Celia, «La inconstitucionalidad de reformas constitucionales. El caso israelí y sus lecciones», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, vol. 26, n.º 53, marzo de 2025, 18 pp.

NAVA, Verónica, «Juicio de amparo contra el proceso de reforma constitucional. ¿Puede ser inconstitucional la Constitución?», *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, tomo I, UNAM-IIJ, 2019, pp. 75-98.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Seguridad jurídica», en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, 2000.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El fraude a la Constitución,* Porrúa, 1988.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza Editorial, 1982.

VALADÉS, D. (compil.), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, UNAM-IIJ, 2006.

# Fraude procesal en la jurisdicción constitucional: Un análisis del control de convencionalidad/constitucionalidad en la Sentencia SCO-0243-2015 sobre la reelección en Honduras

# Fraude procesal en la jurisdicción constitucional: Un análisis del control de convencionalidad/ constitucionalidad en la Sentencia SCO-0243-2015 sobre la reelección en Honduras

*César Stuardo Rivera Licona*
*Profesor-investigador del Instituto de Investigación Jurídica*
*Universidad Nacional Autónoma de Honduras*

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en 2015, que declaró la inaplicabilidad de los artículos constitucionales que prohibían la reelección presidencial, representa un hito de profunda trascendencia y controversia en la historia jurídica y política de Honduras. Este fallo no solo altera una de las cláusulas pétreas de la Constitución de 1982, sino que lo hace a través de un procedimiento que suscita serias dudas sobre su corrección técnica y su legitimidad democrática.

El problema central radica en la tensión dialéctica entre la rigidez constitucional, concebida como un mecanismo para salvaguardar la estabilidad, y la necesaria adaptabilidad del ordenamiento jurídico a las nuevas realidades sociales y a la evolución de los estándares internacionales de derechos humanos. La Sala de lo Constitucional argumenta que las normas prohibitivas de la reelección, aunque con «sanos propósitos en su tiempo», se habían tornado «extrañas y restrictivas» para el sistema democrático contemporáneo, vulnerando derechos fundamentales como la libertad de expresión y los derechos políticos (Ramos Soto et al. vs. Congreso Nacional, 2015).

Sin embargo, el método que la Sala emplea para resolver esta tensión es altamente cuestionable. La Sala, conociendo de una acción de inconstitucionalidad –un mecanismo de control abstracto cuyo efecto es la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico–, opta por declarar la inaplicabilidad de los artículos constitucionales, una figura propia del control de convencionalidad que opera en casos concretos y con efectos *Inter partes (Elvir y Rivera, 2023)*.

A este embrollo técnico se suma un contexto fáctico que ensombrece la legitimidad del fallo: la instrumentalización de este por parte del entonces presidente para posibilitar su reelección, y el hecho de que la propia Sala sentenciadora había sido nombrada luego de un «golpe técnico», años antes, a sus predecesores, impulsado por el mismo actor político que se beneficiaría de la sentencia (Gutiérrez Navas y otros Vs. Honduras, 2023). Estos elementos sugieren una posible desviación de poder en la función jurisdiccional, donde la interpretación constitucional se subordina a intereses diferentes a la justicia y la supremacía constitucional.

Frente esta situación problemática se pregunta; ¿La sentencia SCO-0243-2015 de la Sala de lo Constitucional de Honduras constituye un error *in procedendo*, un uso indebido de las garantías jurisdiccionales de control de convencionalidad que vulnera el Estado de Derecho?

Esta investigación se justifica por la profunda y persistente relevancia del fallo de 2015 para el orden constitucional y la estabilidad democrática de Honduras. La decisión de la Sala no solo modificó materialmente la Constitución, sino que sentó un precedente sobre los alcances del poder judicial que requiere un análisis riguroso. La conveniencia del estudio radica en su propósito de esclarecer una de las decisiones judiciales más controvertidas de la historia reciente del país, aportando utilidad social al fomentar un debate informado sobre los límites del control judicial y la protección de la democracia.

Su relevancia social radica en el estudio de los límites jurisdiccionales frente a la tensión entre la estabilidad institucional y la evolución de los derechos políticos, un dilema central en muchas democracias latinoamericanas. Desde el punto de vista teórico, el trabajo busca cubrir un vacío en la doctrina nacional sobre la adecuación procesal e integración de las garantías constitucionales (inconstitucionalidad y amparo) para prevenir el uso anómalo del mismo. Finalmente, su utilidad metodológica reside en la aplicación de un marco analítico que combina el análisis de contenido de la sentencia con la teoría sistémica del derecho para desenredar un problema jurídico-político complejo.

Se objetiva analizar críticamente, desde la teoría del derecho constitucional y procesal constitucional, la sentencia de la Sala de lo Constitucional de 2015 sobre la reelección presidencial, con el fin de determinar su validez jurídica y sus implicaciones para la supremacía constitucional. Para lo cual se recurre a: 1) Examinar la naturaleza y los límites del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico hondureño, para determinar si la Sala de lo Constitucional actuó dentro de sus competencias al declarar la inaplicabilidad de normas constitucionales con efectos generales en una acción de inconstitucionalidad. b) Evaluar la argu-

mentación de la Sala de lo Constitucional sobre la colisión entre la prohibición de la reelección presidencial y los derechos fundamentales como fundamento del traslape entre inconstitucionalidad y convencionalidad. c) Analizar el impacto de la sentencia en el sistema de fuentes y en el principio de rigidez constitucional.

Este trabajo se fundamenta en la teoría del pospositivismo (Regla, 2010), que postula la fuerza normativa directa de la Constitución y la irradiación de sus principios y valores a todo el ordenamiento jurídico, como también necesidad de ductilidad de este derecho para dar respuesta a la tensión entre derechos fundamentales (Zagrebelsky, 2023), pero sin renunciar al formalismo. Desde esta perspectiva, la labor del juez constitucional implica una ponderación de principios y una interpretación evolutiva del texto fundamental (Romboli, 2019). Recurre a la teoría tridimensional del derecho, que estudia la norma en sus dimensiones fáctica, valorativa y normativa (Reale, 2001). Esto permite comprender cómo la sentencia intentó adaptar la norma (la prohibición de la reelección) a un nuevo contexto fáctico y a nuevos valores (la primacía de los derechos humanos) pero también comprender el contexto procesal constitucional.

Asimismo, aborda la distinción entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional, entendiendo que la primera abarca un espectro más amplio de control del poder público (Brewer-Carías, 2004). En este marco, se analiza el rol del juez constitucional y la *Teoría del Indirizzo Político* (Romboli, 2019), que le atribuye la función de velar por la dirección política del Estado conforme a los postulados constitucionales. El concepto de bloque de constitucionalidad, desarrollado en el artículo 2 de la Ley sobre Justicia Constitucional, es central para entender la jerarquía normativa que la Sala aplicó, la cual integró los tratados de derechos humanos al más alto nivel.

Desde el punto de vista procesal, este trabajo se centra en la distinción teórica y práctica entre la acción de inconstitucionalidad y el amparo con pretensiones de inaplicabilidad. La primera es un mecanismo de control abstracto, mientras que la segunda es la vía para el control de convencionalidad en casos concretos *(Elvir y Rivera, 2023)*. Se abordará el *procedendo* de la Sala al utilizar ambos mecanismos en el mismo caso, y la anomalía de la hibridación procesal.

Se sostiene que la sentencia de la Sala de lo Constitucional de 2015, al declarar la inaplicabilidad de las normas que prohibían la reelección presidencial por inconveniconalidad, en el marco de una acción de inconstitucionalidad, cometió un error técnico-procesal, una suerte de «fraude de etiqueta» que desnaturaliza ambas garantías constitucionales, bajo la apariencia de una defensa de los derechos humanos, socavó el principio de supremacía constitucional y la rigidez constitucional.

## 2. MATERIALES Y MÉTODOS

Se concibe este trabajo como jurídico teórico y se desarrolla desde un enfoque cualitativo, centrado en la profundidad conceptual y la argumentación jurídica (Rivera

Licona, 2022). Para abordar el objeto de estudio, se emplea como método principal el Análisis de Contenido (Hernández Sampieri, R. F., 2014), aplicado de manera sistemática y objetiva a la sentencia del 22 de abril de 2015. Esta aproximación permitirá deconstruir la estructura argumentativa del fallo para identificar con precisión sus componentes esenciales: los hechos y normas que son objeto del pronunciamiento, el problema jurídico que la Sala busca resolver y la tesis del fallo, entendida como la conclusión y respuesta del tribunal a dicha cuestión jurídica.

De manera complementaria se recurre al método histórico-lógico para determinar los hechos objetos de la sentencia y reconstruir el contexto político y social que rodeó la decisión, lo cual es fundamental para valorar su dimensión fáctica y sus consecuencias reales. Para la identificación del problema jurídico y la determinar la tesis del fallo se recurre al método dogmático-jurídico, para examinar las instituciones constitucionales en juego –como el control de convencionalidad y control de constitucionalidad–, contrastando la actuación de la Sala con la teoría y la doctrina jurídica consolidada (Cf. Rivera Licona, 2022).

## 3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Del análisis de contenido de la Sentencia SCO-0243-2015 de la Sala de lo Constitucional de Honduras, resulta:

### A. Hechos y normas objeto de pronunciamiento

En el año 2015, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras avocó conocimiento de dos acciones de inconstitucionalidad por vía de inaplicabilidad, acumuladas para su resolución en un único expediente. La primera acción fue promovida por quince diputados en funciones del Congreso Nacional, mientras que la segunda fue interpuesta por un ciudadano en su condición de expresidente de la República (SCO-1343-2014 y SCO-243-2015).

Ambas acciones tenían por objeto que la Sala declarase la inaplicabilidad, para los casos concretos de los accionantes, de los artículos 42 numeral 5 y 239 de la Constitución de la República, así como del tipo penal contenido en el artículo 330 del Código Penal (Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, 2015; Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015). La *causa petendi* (causa de pedir) se fundamentaba en una presunta colisión normativa entre, por una parte, las disposiciones constitucionales y penales que prohíben y sancionan la promoción de la reelección presidencial y, por otra, un conjunto de derechos fundamentales –libertad de expresión, derechos políticos e igualdad– reconocidos tanto en el texto constitucional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

(CADH) y otros tratados internacionales ratificados por Honduras (Aguiluz & De León, 2018; Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015).

Los accionantes argumentaron que la potencial aplicación de dichas normas, que acarreaban la pérdida de la ciudadanía y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, constituía una restricción inconvencional y desproporcionada a sus derechos (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015). El fondo del litigio constitucional planteaba una tensión directa entre la rigidez de las cláusulas pétreas que cimentaban el modelo de Estado (Aguiluz & De León, 2018; Constitución de la República de Honduras, 1982) y una interpretación evolutiva de los derechos humanos que, según los peticionarios, exigía la aplicación del control de convencionalidad (Aguiluz & De León, 2018).

La Sala de lo Constitucional, tras admitir a trámite ambas acciones y proceder a su acumulación, emitió la sentencia definitiva el 22 de abril de 2015, acogiendo la pretensión de los accionantes (Pérez, 2016).

### *1. Análisis de los errores conceptuales y procesales*

A continuación, se analiza cada una de las distorsiones conceptuales identificadas en el planteamiento y la resolución del caso.

#### *a) La Petición de inaplicabilidad «abstracta» versus su naturaleza concreta*

La acción de inconstitucionalidad por vía de inaplicabilidad es, por definición, un mecanismo de control concreto. Esto significa que su activación requiere la existencia de un acto de aplicación actual de la norma impugnada que genere una lesión o amenaza directa, personal y real en la esfera jurídica del accionante (Montaña, 2010). El efecto de una sentencia estimatoria es *inter partes*, es decir, la norma declarada inaplicable simplemente no se utiliza para resolver el caso concreto específico del demandante, pero mantiene su vigencia general en el ordenamiento jurídico (Montaña, 2010; Nogueira Alcalá, 2005).

Los accionantes, particularmente los diputados, no se enfrentaban a un acto de aplicación concreto. Su pretensión no surgía de un proceso judicial o administrativo en curso donde se les fuera a aplicar el artículo 330 del Código Penal. En su lugar, argumentaban sobre una base hipotética: el deseo de poder proponer reformas o discutir políticamente un tema prohibido por la Constitución. Esto convierte su petición, en la práctica, en una solicitud de control abstracto, pues no buscaban resolver un litigio existente, sino remover un obstáculo normativo para una actuación futura y eventual.

Al admitir y resolver favorablemente una acción con estas características, la Sala de lo Constitucional desnaturalizó el mecanismo de control concreto (Pérez, 2016). En

efecto, otorgó a una acción de inaplicabilidad los efectos prácticos de una declaratoria de inconstitucionalidad general y abstracta, ya que la argumentación de la sentencia invalidó la *ratio legis* (razón de ser) de la prohibición para todos los ciudadanos, sentando un precedente con vocación *erga omnes* (frente a todos) (Mejía Rivera, 2016; Pérez, 2016).

*b) El uso del término «recurrentes» en una «acción» de inconstitucionalidad*

En la técnica procesal, la distinción entre «acción» y «recurso» es fundamental. Una acción es el derecho a iniciar un proceso jurisdiccional nuevo y autónomo para obtener la tutela de un derecho o interés (Brewer-Carías, 2007). Quien la ejerce es un accionante o demandante. Un recurso es un medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial o administrativa previa, dentro de un mismo proceso o uno subsidiario, buscando que un órgano superior la revoque, modifique o anule (Brewer-Carías, 2007; Gozaíni, 2005), quien lo interpone es un recurrente.

La garantía de inconstitucionalidad es una acción principal; no se interpone contra una decisión judicial previa, sino directamente contra una norma que se considera incompatible con la Constitución (Corte Suprema de Justicia de Honduras, 1999). Por lo tanto, quienes la promueven son accionantes. Al denominarlos «recurrentes», como consta en los antecedentes de la propia sentencia (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015), la Sala incurre en una imprecisión terminológica que revela una posible confusión sobre la naturaleza de su propia competencia. Este error, aunque parezca menor, denota una falta de rigor que erosiona la claridad y la pureza de las instituciones procesales constitucionales.

*c) La confusión entre interés personal e interés funcional*

La legitimación activa en la acción de constitucionalidad exige la demostración de un interés personal, legítimo y directo (Gordillo, 2009). Este interés se refiere a la afectación de un derecho subjetivo del ciudadano en su esfera privada (Gordillo, 2009). Los diputados accionantes no actuaban en defensa de un interés puramente personal. La capacidad de proponer, debatir y votar reformas constitucionales no es un derecho fundamental del ciudadano común, sino una atribución funcional inherente al cargo de legislador (Covilla Martínez, 2014; Iribarren, 1936). Este cargo, a su vez, se ejerce bajo un juramento de fidelidad a la Constitución y las leyes (Zúñiga, 2025). El interés que invocaban era, en puridad, un interés funcional: el deseo de ejercer una potestad del cargo público de una manera que la propia Constitución, que les confería dicha potestad, prohibía expresamente. Se produce aquí una contradicción insalvable: invocaron las prerrogativas de su función pública para desmantelar los límites que esa

misma función les imponía. El interés de un funcionario no es «personal» para modificar el marco normativo que rige su actuar; su deber es actuar conforme a dicho marco (Organización de los Estados Americanos, 2011.; Zúñiga, 2025).

Al aceptar que este interés funcional era un «interés personal» y que la prohibición de discutir la reelección afectaba su «libertad de expresión» como ciudadanos, la Sala de lo Constitucional cometió un grave error de calificación jurídica (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015). Desvinculó al funcionario de sus deberes y limitaciones constitucionales, equiparando su actuación pública con un derecho privado y absoluto. Esto permitió que el argumento se centrara en la supuesta «violación de un derecho» del diputado, ignorando la cuestión central: la violación de su deber funcional de acatar las cláusulas de irreformabilidad constitucional que juró defender.

## B. Problema jurídico

La Sala de lo Constitucional estructura su decisión en torno a tres pilares argumentativos: la postulación de un conflicto irreconciliable entre normas, una cadena causal invertida para resolverlo y un uso selectivo de los principios de interpretación. La deconstrucción de estos elementos expone la naturaleza instrumental del fallo.

### *1. El problema jurídico planteado*

El problema jurídico del que se encarga la sentencia es tanto de derecho adjetivo cuanto sustantivo, aunque el primero define el segundo. Los impetrantes según consta en los antecedentes procesales utilizados por la Sala de lo Constitucional peticionaron la inaplicación de los artículos constitucionales en la acción de inconstitucionalidad, lo que es ya de por sí un error técnico, pues las pretensiones en la acción de inconstitucionalidad según la Ley de Justicia Constitucional no pueden ser otra sino la derogatoria, conforme el artículo 77. La inaplicabilidad solo es procedente en el amparo con finalidad de tutela ante la ineficacia del control de convencionalidad en el fuero ordinario.

El debate así se centra en la importancia de la idoneidad de la vía procesal como pilar del debido proceso y garantía de la seguridad jurídica (Gozaíni, 2023). La confusión o el uso indebido de las herramientas procesales puede conducir a una desnaturalización de la justicia constitucional, permitiendo que se alcancen fines sustantivos por medios formalmente inadecuados. Cuando las reglas del procedimiento se vuelven maleables, la predictibilidad del sistema judicial se desvanece, y con ella, la confianza en que las decisiones se basan en la ley y no en la voluntad del juzgador. De esta forma la relación entre derecho sustantivo y adjetivo no es de simple jerarquía,

sino de interdependencia funcional. El derecho adjetivo no es solo instrumental, sino también una garantía. Actúa como un filtro al establecer los requisitos de procedibilidad que aseguran que solo las pretensiones que cumplen con ciertas condiciones formales y de fondo lleguen a una decisión final. Y actúa como una garantía fundamental al asegurar que el camino hacia esa decisión sea predecible, equitativo y justo para todas las partes, protegiendo así el debido proceso legal contra la arbitrariedad judicial (Algorino, 2025).

La doctrina moderna y la legislación procesal, como la hondureña, consagran el principio de preeminencia del derecho sustantivo, el cual postula que las formalidades y procedimientos judiciales no deben convertirse en un obstáculo para la realización de la justicia material (Ley sobre Justicia Constitucional, 2004). Los jueces deben interpretar y aplicar las normas procesales de manera que se favorezca una resolución justa y equitativa, evitando que tecnicismos innecesarios o errores formales menores conduzcan a una denegación de justicia. No obstante, este principio no es absoluto ni implica una autorización para que el juez o las partes ignoren las reglas procesales fundamentales.

La idoneidad de la vía procesal, la competencia del tribunal o el respeto a los plazos no son meros tecnicismos, sino que constituyen en sí mismas garantías esenciales del debido proceso (Código Procesal Civil, 2007). La justicia procesal no puede medirse únicamente por la corrección del resultado sustantivo (Solanes, 2017). Un resultado aparentemente justo obtenido a través de un procedimiento viciado o inadecuado es, en sí mismo, una forma de injusticia que socava la legitimidad del sistema (Ley sobre Justicia Constitucional, 2004). Por tanto, la elección de la vía procesal correcta no es una formalidad prescindible, sino una condición *sine qua non* para la validez del proceso. Si la vía es incorrecta, la garantía del derecho procesal ha fallado y la garantía del debido proceso se ha vulnerado desde su origen, independientemente del mérito sustantivo de la pretensión.

### *2. Las garantías procesales en la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras*

El sistema de justicia constitucional hondureño, articulado principalmente a través de la Ley sobre Justicia Constitucional (LJC), establece un conjunto de garantías con finalidades, pretensiones y efectos claramente diferenciados (Ley sobre Justicia Constitucional, 2004; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004). Para el presente análisis, resulta crucial la distinción entre la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción de Amparo, pues en su correcta diferenciación reside la clave para entender el vicio procesal del caso estudiado.

La acción de inconstitucionalidad está diseñada como un mecanismo de control abstracto de normas. Su finalidad es expulsar del ordenamiento jurídico aquellas leyes y otras normas de carácter general que contravengan la Constitución, ya sea por vicios

en su forma de creación o en su contenido material (Tábora, 2014). El Artículo 77 de la LJC es categórico y no deja lugar a interpretaciones ambiguas sobre la pretensión que se puede formular a través de esta vía: «La declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación». Este es el único remedio que la ley contempla para esta acción. La sentencia que acoge la pretensión tiene efectos *erga omnes*, es decir, es de carácter general, de ejecución inmediata y tiene como consecuencia la derogación de la norma inconstitucional, haciéndola desaparecer del sistema legal para todos los sujetos de derecho (García, 2018).

Por otro lado, la acción de amparo es un mecanismo de tutela concreta, diseñado para proteger los derechos fundamentales de una persona específica frente a un acto, hecho, resolución u omisión que los vulnere o amenace (Cantor Rosales, 2018). Su conocimiento es más difuso, pudiendo ser interpuesto ante diversos órganos jurisdiccionales dependiendo de la autoridad recurrida, aunque la Sala de lo Constitucional actúa como instancia de revisión (Justicia Constitucional en Honduras, 2007).

El Artículo 41 de la LJC (y de forma similar la antigua Ley de Amparo (Ley de Amparo, 1936) establece dos finalidades claras y distintas para el amparo: 1) Mantener o restituir al agraviado en el goce de sus derechos, y 2) «Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución» (Ley sobre Justicia Constitucional, 2004). A diferencia de la inconstitucionalidad, los efectos de la sentencia de amparo son *inter partes*, es decir, se limitan a proteger a la persona en el caso concreto sobre el que versa el recurso, sin hacer una declaratoria general sobre el acto o la norma impugnada (Elvir & Rivera, 2023).

*a) La transmutación de la vía procesal in procedendo*

La Sala de lo Constitucional, al admitir a trámite y posteriormente acumular ambos recursos, no solo omitió advertir esta inadmisibilidad manifiesta, sino que la convalidó (Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2015). Si bien la LJC detalla las causales de inadmisibilidad para el amparo en su Artículo 46 (*Ley sobre Justicia Constitucional*, 2004), la falta de adecuación entre la vía procesal y la pretensión es una causal implícita de improcedencia en cualquier sistema procesal ordenado y garantista. La Sala tenía la potestad y el deber de rechazar de plano una demanda con un error de esta magnitud o, en su defecto, requerir su subsanación.

Lejos de ser un simple descuido, la acumulación de dos recursos con petitorios técnicamente incompatibles y la posterior elección de la Sala de resolver por la vía de la «inaplicabilidad» parece haber sido una decisión estratégica. Esta maniobra le permitió a la Corte evitar el problemático y políticamente explosivo concepto de «derogar» un artículo constitucional, especialmente uno considerado pétreo, y en su lu-

gar, arrogarse la facultad de rediseñar el alcance de un precepto constitucional bajo la apariencia de una protección de derechos humanos, una facultad y una retórica más propias del control concreto (Amparo y control de convencionalidad) que del control abstracto (Inconstitucionalidad) (Mejía Rivera & Jerez Moreno, 2018). El error técnico de los recurrentes no fue un obstáculo, sino la puerta de entrada que la Sala utilizó para ejecutar una operación judicial que le permitió eludir las restricciones de la vía procesal formalmente correcta y alcanzar un fin predeterminado.

### C. Tesis del fallo

Más allá de los argumentos de fondo, el vicio más grave y técnicamente incontestable de la sentencia SCO-0243-2015 reside en el procedimiento. La Sala de lo Constitucional cometió un manifiesto *error in procedendo* (Cusi Arredondo, 2020; Salazar Marín et al., 2021) al manipular y fusionar dos garantías jurisdiccionales distintas e incompatibles, creando un híbrido procesal inexistente en el ordenamiento jurídico hondureño. Esta maniobra, que puede calificarse como un «fraude de etiqueta», desnaturalizó los mecanismos de control constitucional y sirvió como el vehículo indispensable para alcanzar el resultado político deseado.

La anomalía central de la sentencia SCO-0243-2015 radica en que, conociendo de una acción de inconstitucionalidad, la Sala emitió un pronunciamiento de inaplicabilidad. Este acto constituye una distorsión fundamental de la arquitectura procesal constitucional, el caso llegó a la Sala a través de una acción de inconstitucionalidad, un proceso diseñado para el control objetivo de normas. El fallo no derogó los artículos constitucionales, sino que los declaró «inaplicables», un remedio típico del amparo y del control de convencionalidad en casos específicos. Críticamente, la Sala pretendió que esta «inaplicabilidad» tuviera efectos generales, *erga omnes*, como si se tratara de una derogación. La inaplicabilidad, por definición, es relativa a un caso; no puede ser general.

La Sala, por tanto, inventó un procedimiento *ad hoc*: utilizó la vía procesal de la inconstitucionalidad para obtener la legitimidad de un fallo con efectos generales, pero adoptó la figura de la «inaplicabilidad» para evitar el costo político y la imposibilidad jurídica de «derogar» la propia Constitución. Creó un monstruo procesal, un procedimiento híbrido no previsto ni autorizado por la ley, con el único propósito de eludir las limitaciones que el propio ordenamiento jurídico le imponía.

#### *1. Análisis del fallo y su parte dispositiva*

La sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional el 22 de abril de 2015, en su parte dispositiva, acoge la lógica del recurso técnicamente inepto. En lugar de pro-

nunciarse sobre la derogación, que era la única pretensión válida dentro de la vía de la inconstitucionalidad, la Sala resolvió declarar la inaplicabilidad de los artículos 239 y 42.5 de la Constitución, así como de otras normas relacionadas (Congreso Nacional de Honduras, 2013; Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2015; Sala de lo Constitucional, 2015). Es decir, otorgó el remedio propio y exclusivo de la acción de amparo.

*a) El Principio de congruencia procesal*

El principio de congruencia procesal como base del debido proceso exige una estricta correlación entre las pretensiones de las partes, los hechos debatidos en el proceso y la decisión final del tribunal. Un juez no puede fallar *extra petita* (otorgando algo no pedido), *ultra petita* (otorgando más de lo pedido) o *citra petita* (omitiendo resolver sobre algo pedido) a menos que la norma procesa expresamente le faculte para ello, como suele suceder en el derecho público (Albaini, 2021). La sentencia debe ser coherente tanto externamente, en su relación con la demanda, como internamente, en la relación lógica entre sus considerandos y su parte resolutiva (Egacal, 2017). Este principio no es una mera formalidad, sino una garantía fundamental del derecho de defensa, pues asegura que las partes no sean sorprendidas con una decisión sobre cuestiones que no tuvieron la oportunidad de debatir y probar (Albaini, 2021; Cámara de lo Contencioso Administrativo, 2019), y en el caso de constitucionalidad, preserva la constitución misma.

*b) Evaluación crítica de la decisión de la sala*

La decisión de la Sala de lo Constitucional constituye una violación flagrante del principio de congruencia. Al estar conociendo formalmente una «acción de inconstitucionalidad», su facultad decisoria estaba rígidamente limitada por el objeto y la pretensión de dicho proceso: la *derogatoria* de la norma impugnada (Ley Sobre Justicia Constitucional, 2004). Al resolver mediante la *inaplicabilidad*, la Sala otorgó un remedio que pertenece a una relación jurídica procesal completamente distinta, la acción de amparo. En consecuencia, la Sala actuó fuera de los límites de la competencia funcional que la propia LJC le otorga para la vía procesal que estaba tramitando, rompiendo la simetría que debe existir entre la acción ejercida y la sentencia dictada (Albaini, 2021; Tábora, 2015).

El problema trasciende la incongruencia y afecta la raíz misma de la potestad jurisdiccional. Las autoridades públicas, incluidos los jueces, están sujetas al principio de legalidad, que les permite hacer únicamente aquello que la ley expresamente les faculta (Ramírez, 2018). La Ley sobre Justicia Constitucional no faculta a la Sala de

lo Constitucional para declarar la «inaplicabilidad» de una norma como resultado de una «acción de inconstitucionalidad». Al hacerlo, la Sala no solo dictó un fallo incongruente, sino que actuó sin tener la potestad legal para ello (*ultra vires*). La sentencia sobre la reelección no es, por tanto, un simple caso de interpretación constitucional audaz o controvertida. Es un caso de transmutación procesal: la Corte, de oficio y sin base legal, convirtió una acción de control abstracto (inconstitucionalidad) en una de control concreto (amparo) a mitad de camino, para poder aplicar un remedio que la vía original no le permitía. Este acto representa una alteración de las reglas fundamentales de la función judicial. La Sala no solo interpretó el derecho sustantivo (la Constitución), sino que reescribió el derecho adjetivo (la Ley sobre Justicia Constitucional) para ajustarlo a su fin, una acción que socava los cimientos del debido proceso.

### c) *La Clave hermenéutica: contexto político y la doctrina de la «desviación de poder»*

Para comprender la sentencia SCO-0243-2015 en su totalidad, es insuficiente limitarse al análisis textual y procesal. Es imperativo situarla en su contexto político, el cual actúa como una clave hermenéutica que revela la verdadera intención detrás de la fachada jurídica. Los eventos que precedieron al fallo, particularmente la destitución de la Sala de lo Constitucional anterior, demuestran que la decisión de 2015 no fue un acto aislado de interpretación judicial, sino la culminación de un proceso de captura institucional. Este contexto permite aplicar la doctrina de la *desviación de poder*, demostrando que la Sala utilizó sus facultades para un fin distinto al que le fue conferido por la Constitución.

El antecedente directo y crucial es la destitución, en diciembre de 2012, de cuatro de los cinco magistrados de la Sala de lo Constitucional que entonces estaba en funciones: José Antonio Gutiérrez Navas, José Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023). Esta destitución fue ejecutada por el Congreso Nacional, presidido en ese momento por Juan Orlando Hernández, quien más tarde se beneficiaría directamente de la sentencia de 2015. La remoción se produjo después de que dicha Sala emitiera fallos que contrariaban los intereses de los poderes Ejecutivo y Legislativo, como la declaración de inconstitucionalidad de la «Ley de Ciudades Modelo» y, de manera culminante, de la Ley Especial para la Depuración Policial (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023).

Este evento fue analizado en profundidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gutiérrez Navas y otros Vs. Honduras*. En su sentencia de noviembre de 2023, la Corte IDH fue categórica al determinar que la destitución fue arbitraria, violó la garantía de independencia judicial y constituyó una flagrante desviación de poder (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023; Cantú y Zuanich, 2024). La Corte concluyó que el Congreso invocó una supuesta facultad para investigar la «conducta administrativa» de los magistrados con el único propósito de

castigarlos por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, buscando así modificar la composición del tribunal para asegurar su alineamiento con las políticas del gobierno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023).

Este hallazgo es de una importancia capital. Establece una conexión causal directa e ineludible: la Sala de lo Constitucional que emitió la sentencia sobre la reelección en 2015 estaba compuesta por magistrados que fueron nombrados precisamente para ocupar las vacantes dejadas por los jueces ilegalmente destituidos. Por lo tanto, el tribunal que tomó una de las decisiones más trascendentales de la historia de Honduras era, en su origen, un órgano producto de una interferencia política indebida y carecía de la garantía fundamental de independencia, un pilar esencial del Estado de Derecho.

La secuencia de los hechos dibuja un patrón claro de captura y utilización del poder judicial. El mismo actor político que lideró la destitución de una Sala independiente en 2012, convirtiéndose luego en Presidente de la República, fue el principal beneficiario de la sentencia de 2015 emitida por la Sala sucesora y dócil. Este patrón no puede ser interpretado como una coincidencia. Representa una estrategia deliberada en dos fases: primero, neutralizar y remover a los jueces independientes que actúan como un contrapeso efectivo al poder; segundo, utilizar a la corte recién conformada y políticamente afín para eliminar las barreras constitucionales que impiden la continuidad en el poder (Mejía, 2021).

El fallo de 2015 no surgió en un vacío, sino que fue funcionalmente diseñado para resolver un problema político específico del presidente en funciones. La sentencia sobre la reelección no fue un debate abstracto sobre derechos humanos; fue la pieza final de un engranaje político que comenzó con la toma de control del máximo órgano de justicia constitucional del país.

### *2. La aplicación de la doctrina de la desviación de poder*

La doctrina de la *desviación de poder*, aunque originaria del derecho administrativo, es plenamente aplicable a cualquier ejercicio de la función pública. Sostiene que un acto es ilegal, aunque formalmente parezca correcto, si la autoridad pública utiliza las potestades que le han sido legalmente conferidas para un propósito distinto de aquel para el cual fueron creadas.

En el caso de la sentencia SCO-0243-2015, la Sala de lo Constitucional ejerció su competencia formal para interpretar la Constitución y resolver acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, el contexto demuestra que esta potestad no se utilizó para su fin legítimo –salvaguardar la supremacía de la Constitución y proteger los derechos fundamentales en su conjunto–, sino para el fin ajeno de alterar la forma de gobierno, eliminar un límite al poder presidencial y beneficiar a un actor político específico. Todo el complejo andamiaje jurídico y el «fraude de etiqueta» procesal analizados anteriormente fueron simplemente los medios para alcanzar este fin ilegítimo. La sentencia, por tanto, no es solo un *error in procedendo*

o un *error in iudicando*; es un acto viciado en su raíz por una desviación de poder que corrompe su validez y legitimidad. El contexto político no es un mero telón de fondo; es la prueba irrefutable de la intencionalidad que animó la decisión judicial.

El análisis de la sentencia SCO-0243-2015 trasciende la mera crítica técnica y contextual; exige un encuadre en teorías más amplias del derecho constitucional para calibrar la magnitud de la fractura que provocó en el orden jurídico hondureño. La decisión de la Sala de lo Constitucional no solo fue un acto de manipulación procesal y política, sino que representó una perversión de las corrientes teóricas contemporáneas sobre la interpretación constitucional, utilizando su lenguaje para lograr un resultado diametralmente opuesto a sus fines.

*a) La perversión del derecho dúctil: de la flexibilidad a la disolución*

La teoría del *derecho dúctil*, desarrollada por el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky (2023), ofrece un marco idóneo para comprender la patología del fallo hondureño). El autor postula que el constitucionalismo moderno se caracteriza por una tensión dinámica entre la ley (entendida como reglas específicas y formales) y los principios (valores abiertos y sustanciales, como los derechos fundamentales). Un derecho «dúctil» es aquel en el que los jueces, a través de la ponderación, logran una aplicación de la ley que sea coherente con los principios constitucionales, adaptando la rigidez de la norma a las exigencias de la justicia en el caso concreto (Guastini, 1997; Zagrebelsky, 2023).

La sentencia de 2015 articula su razonamiento mediante una ponderación entre las «reglas» que proscriben la reelección y los «principios» inherentes a los derechos políticos y la libertad de expresión. No obstante, el método empleado por la Sala Constitucional desnaturalizó el *test* de ponderación y el concepto del derecho dúctil. En lugar de procurar una armonización entre las normas en tensión, se utilizó la argumentación de los principios como un instrumento para la invalidación de una regla estructural y fundacional del ordenamiento político hondureño, lo que resultó no en una adaptación de la norma, sino en su supresión. Gustavo Zagrebelsky (2023) postula que el derecho no debe reducirse a una expresión de la arbitrariedad del poder. En este caso, la Sala empleó la doctrina de los principios –concebida por Zagrebelsky como un corrector del positivismo formalista– para imponer una determinada voluntad política. El resultado no fue un ejercicio de ductilidad normativa, sino una modificación material de la Constitución bajo la apariencia de una actividad interpretativa (Ollero Tassara, 2015).

*b) La demolición judicial de las «cláusulas pétreas»*

Las constituciones, para proteger su núcleo esencial de las mayorías políticas coyunturales, a menudo incluyen *cláusulas pétreas* o de intangibilidad, es decir, nor-

mas que no pueden ser reformadas a través de los procedimientos ordinarios (Mejía, 2018). En Honduras, el artículo 374 de la Constitución protegía explícitamente los artículos relativos a la forma de gobierno y la prohibición de la reelección, declarándolos irreformables. Esta rigidez constitucional es la máxima expresión de la voluntad del poder constituyente originario de establecer límites infranqueables al poder constituido.

La Sala de lo Constitucional, consciente de que no podía promover ni validar una reforma constitucional formal de estos artículos, recurrió a un subterfugio semántico: la «inaplicabilidad». Al declarar inaplicables las normas que prohibían la reelección y, por extensión, la propia cláusula pétrea que las blindaba, la Sala logró en la práctica el mismo resultado que una reforma constitucional prohibida. Este acto constituye un «fraude a la Constitución» en su forma más pura: una acción que respeta la letra de la prohibición (los artículos no fueron formalmente «reformados» o «derogados») mientras viola de manera flagrante su espíritu, su propósito y su esencia. Se utilizó una argucia interpretativa para realizar lo que el poder constituyente explícitamente vedó, atacando así el principio de rigidez constitucional, que es el pilar que garantiza la supremacía y la estabilidad del ordenamiento.

### *3. La abdicación de la «Justicia Constitucional»*

El jurista Allan Brewer-Carías ha desarrollado una útil distinción entre *Jurisdicción Constitucional* y *Justicia Constitucional* (Brewer-Carías, 2004, 2017). La Jurisdicción Constitucional se refiere al órgano específico encargado de la defensa de la Constitución; en este caso, la Sala de lo Constitucional (Brewer-Carías, 2004). La Justicia Constitucional, en cambio, es un concepto más amplio que alude a la función material de garantizar la integridad, la supremacía y la efectividad de la Constitución como un todo, asegurando que el poder se someta al derecho (Brewer-Carías, 2004).

Aplicando esta distinción, se puede concluir que en el caso de la sentencia SCO-0243-2015, la *Jurisdicción Constitucional* (la Sala) actuó de una manera que traicionó y destruyó la *Justicia Constitucional*. El órgano creado para ser el guardián supremo de la Carta Magna se convirtió en su principal agresor. En lugar de ejercer su poder para limitar al poder político, lo utilizó para expandirlo, desmantelando los controles que la propia Constitución había diseñado. Esta abdicación de su función esencial representa la forma más grave de crisis institucional, donde el mecanismo de defensa del sistema se convierte en el agente de su propia destrucción. Este fenómeno ilustra una evolución peligrosa de las tácticas autoritarias: en lugar de un golpe de Estado clásico que rompe el orden constitucional desde fuera, se produce un «golpe judicial» que lo vacía de contenido desde dentro, utilizando el lenguaje y las herramientas del propio constitucionalismo para aniquilarlo.

*a) El perjudicial legado de SCO-0243-2015 y las vías para la restauración*

La sentencia sobre la reelección presidencial no fue un evento jurídico aislado con consecuencias efímeras. Su impacto ha sido profundo y duradero, dejando un legado de erosión institucional, incertidumbre jurídica y un precedente peligroso para la democracia en Honduras y en la región. Analizar este legado es crucial para comprender la necesidad de emprender un camino de restauración institucional y fortalecimiento del Estado de Derecho.

El fallo SCO-0243-2015 se convirtió, en la práctica, en un manual de instrucciones para el desmantelamiento de los límites democráticos al poder a través de la manipulación judicial, en el año 2021, La Corte Suprema de El Salvador utilizó un mecanismo similar y después de sustituir la Corte Suprema de Justicia (BBC News Mundo, 2021). Demostró cómo un tribunal supremo, bajo la apariencia de una defensa de los derechos humanos y del control de convencionalidad, puede ser instrumentalizado para eliminar cláusulas constitucionales fundamentales como los límites de mandato (Mejía, 2021; Agenda Estado de Derecho, 2020). Este precedente es particularmente nocivo porque enseña a los regímenes con vocación autoritaria que no es necesario romper abiertamente con el orden constitucional; es más efectivo capturar al intérprete final de la Constitución y utilizarlo para reescribir las reglas del juego desde dentro. Mostró cómo las doctrinas más progresistas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como el control de convencionalidad, pueden ser tergiversadas y convertidas en armas contra los principios democráticos que el propio sistema busca proteger.

*b) La reprimenda del sistema interamericano y sus límites*

Años después de la sentencia hondureña, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-28/21 a petición de la República de Colombia, en la cual abordó directamente la cuestión de la reelección presidencial. La Corte IDH concluyó de manera inequívoca que la reelección no es un derecho humano autónomo y que la prohibición de esta es una medida legítima y compatible con la Convención Americana, destinada a proteger la democracia representativa y la alternabilidad en el poder (Mejía Rivera, 2021).

Esta Opinión Consultiva constituye una invalidación jurídica retrospectiva de toda la premisa sobre la que se construyó la sentencia SCO-0243-2015. Es una condena legal contundente, desde la máxima instancia de interpretación de la Convención, al razonamiento de la Sala de lo Constitucional hondureña. Sin embargo, este episodio también pone de manifiesto las limitaciones del sistema de protección regional. La opinión llegó en 2021, más de seis años después del fallo hondureño y después de que el presidente beneficiado por él completara un segundo mandato obtenido en un proceso electoral altamente cuestionado. Esto confirma el cálculo que a menu-

do hacen los actores políticos: los beneficios de una maniobra inconstitucional son inmediatos y tangibles, mientras que la condena internacional, si llega, es tardía y a menudo carece de la capacidad de revertir los hechos consumados (Boulin, 2023), como la condena de Los Estados Unidos de América al fallo en El Salvador (BBC News Mundo, 2021).

*c) Efectos materiales de la sentencia*

La sentencia SCOJ-0268-2015 emitida por la Sala de lo Constitucional no realizó una reforma constitucional por abrogación. Su mecanismo fue el de una declaración de inaplicabilidad por vía de control de convencionalidad. La Sala solo despenalizo el debate público sobre la reelección presidencial, eliminó el tipo penal que lo castigaba (Mejía Rivera, 2017). El efecto inmediato fue, por tanto, doble y acotado: (a) Despenalización del debate, permitió que se pudiera discutir y proponer la reelección sin incurrir en el delito de traición a la patria. (b) Inaplicabilidad de la prohibición, declaró que la norma que prohibía al presidente de la República ser candidato nuevamente era inaplicable por ser contraria a un tratado internacional.

La sentencia por sí sola no alteró el subsistema jurídico electoral, toda vez que el efecto fue despenalizar el debate y deliberación de la modificación de los artículos pétreos, y de manera concreta, pero sin haber un caso concreto, inaplicó la prohibición de reelección. El texto de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas seguía formalmente intacto.

La verdadera alteración del sistema normativo se concretó cuando el Tribunal Supremo Electoral (TSE), en 2017, aceptó y tramitó la inscripción de la candidatura a la reelección del entonces presidente Juan Orlando Hernández Alvarado. Este acto administrativo fue el que tradujo la potencia de la sentencia en un acto jurídico con efectos electorales directos. El Centro de Estudio para la Democracia (CESPAD) ha señalado que el TSE asumió un rol de «co-legislador de facto», interpretando y aplicando la sentencia de una manera que materializó un cambio que no estaba explícito en la legislación electoral vigente (CESPAD, 2018). La inscripción de la candidatura fue el puente que unió el pronunciamiento judicial abstracto con la realidad electoral material. Es en este punto que el subsistema electoral es efectivamente modificado en la práctica, pues se crea un precedente administrativo basado en una interpretación extensiva de un fallo judicial.

Así, la alteración del sistema normativo se concretó por Consejo Nacional Electoral, entonces TSE al aprobar la inscripción de la candidatura a la reelección del entonces presidente Juan Orlando Hernández Alvarado. Sin este acto administrativo, la sentencia habría quedado como una declaración doctrinal con potencial, pero sin efecto práctico inmediato en el ciclo electoral. La dependencia de la materialización de la reelección en la voluntad del órgano electoral se hizo evidente con la refor-

ma político-electoral de 2019, que sustituyó al TSE por el Consejo Nacional Electoral (CNE). Con una nueva composición política, el CNE emitió la Resolución No. 04-2020 en marzo de 2020 que estableció en su fundamentación que la reelección presidencial no constituye un derecho humano y que la sentencia de 2015 no era vinculante para sus decisiones en la medida en que no modificaba la Constitución (Consejo Nacional Electoral, 2020). Este acto representa un giro interpretativo de 180 grados. Este cambio de criterio demuestra la fragilidad de la situación y cómo el tema de la reelección quedó sujeto a la composición y discrecionalidad política del órgano electoral de turno.

Actualmente, no existe una norma expresa en la Constitución o en la Ley Electoral que habilite la reelección presidencial. La interpretación del CNE de 2020 es que la prohibición sigue vigente. Por tanto, se puede decir que no existe la reelección en Honduras, aunque solo mientras el Órgano electoral no cambie su composición y criterio o el Tribunal de Justicia Electoral se pronuncie en contrario, pues la protección y el blindaje constitucional sobre el tema fue disuelto por la sentencia. La sentencia de 2015, aunque con efectos directos limitados, actuó como un disolvente del blindaje constitucional. Rompió el «cerrojo» (Orellana, 2016) que impedía no solo la reelección, sino incluso su debate. Al hacerlo, dejó un vacío que ha sido llenado por interpretaciones políticas coyunturales de los órganos electorales. La seguridad jurídica fue reemplazada por una incertidumbre normativa donde la viabilidad de una candidatura reeleccionista depende enteramente de la correlación de fuerzas políticas dentro del CNE y de un eventual pronunciamiento del TJE.

## 4. CONCLUSIONES

El análisis crítico de la sentencia SCO-0243-2015, emitido por la Sala de lo Constitucional de Honduras, permite responder de manera afirmativa a la pregunta central de esta investigación: el fallo constituye un manifiesto error *in procedendo* y un uso indebido de las garantías constitucionales que, bajo la apariencia de una defensa de los derechos humanos, vulneró gravemente el Estado de Derecho y el principio de supremacía constitucional. Las conclusiones, derivadas de los objetivos específicos planteados, se detallan a continuación:

La Sala de lo Constitucional actuó fuera de su competencia al transmutar las garantías procesales, creando un híbrido inexistente en el ordenamiento jurídico hondureño. Se determinó que la Sala, conociendo de una acción de inconstitucionalidad –cuyo único fin es la derogatoria de una norma con efectos *erga omnes*–, resolvió otorgar una inaplicabilidad, remedio exclusivo de la acción de amparo y del control de convencionalidad en casos concretos, con efectos *inter partes*. Esta manipulación procesal, calificable como un «fraude de etiqueta», violó flagrantemente el principio de vía procesal adecuada y el debido proceso, pues la Sala se arrogó facultades

que la Ley sobre Justicia Constitucional no le confiere para esa vía. Lejos de ser un tecnicismo, la elección de la vía procesal correcta es una garantía fundamental, y al ignorarla, la Sala no interpretó el derecho, sino que lo reescribió para ajustarlo a un fin predeterminado.

La argumentación sobre la colisión de derechos fundamentales fue un pretexto para justificar un resultado político, desnaturalizando la doctrina del control de convencionalidad. La ponderación realizada por la Sala entre la prohibición de la reelección y los derechos políticos fue aparente y viciada. En lugar de armonizar principios, utilizó el lenguaje del derecho dúctil y los derechos humanos para anular una regla fundacional del pacto constitucional hondureño. La posterior Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos confirmó que la reelección no es un derecho humano autónomo, despojando de toda base jurídica el argumento central de la sentencia y exponiéndola como lo que fue: una decisión instrumentalizada y contraria a los estándares del propio sistema que pretendía invocar.

La sentencia demolió el principio de rigidez constitucional y el sistema de fuentes, generando un precedente de profunda erosión institucional. Al declarar inaplicable una cláusula pétrea (art. 374), la Sala cometió un «fraude a la Constitución», logrando por vía interpretativa lo que el poder constituyente explícitamente prohibió: la reforma de la forma de gobierno y la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia. Este acto no solo alteró materialmente la Constitución, sino que invirtió la jerarquía normativa, supeditando el texto constitucional a una interpretación selectiva y distorsionada de un tratado internacional. El fallo abdicó de la función de la Justicia Constitucional –la defensa íntegra de la Constitución– y convirtió a la Jurisdicción Constitucional en el principal agente de su desmantelamiento.

En síntesis, la sentencia SCO-0243-2015 no puede ser entendida como un simple error judicial o una interpretación audaz. El análisis contextual, incluyendo la destitución de la Sala anterior y el beneficio directo del poder político de turno, demuestra que el fallo fue el acto culminante de una desviación de poder. La potestad jurisdiccional se ejerció con un fin distinto al conferido: no para impartir justicia, sino para remover un obstáculo constitucional y posibilitar el continuismo en el poder.

El legado de este fallo es la normalización del «golpe judicial» como mecanismo para subvertir el orden democrático desde dentro, sentando un peligroso precedente para Honduras y la región. La restauración del Estado de Derecho exige no solo la condena académica y la invalidación jurídica retrospectiva por parte de órganos internacionales, sino también el fortalecimiento de los mecanismos internos que impidan que el guardián de la Constitución vuelva a convertirse en su principal vulnerador.

Es imperativo modificar la Ley sobre Justicia Constitucional (LJSC) para colmatar las lagunas y resolver las antinomias que la Sala explotó en su momento. Se debe establecer explícitamente que la acción de inconstitucionalidad y el recurso de amparo son vías procesales excluyentes, cada una con finalidades y efectos jurídicos distintos. La norma debe clarificar que la «inaplicabilidad» de una disposición solo puede ser

declarada en un caso concreto con efectos *inter partes* a través del amparo, y que el único resultado de una acción de inconstitucionalidad exitosa contra una norma de rango legal es su derogación con efectos *erga omnes*.

Debe explorarse, ya sea mediante una reforma legal o constitucional, la creación de un mecanismo de heterotutela excepcional para la revisión y potencial anulación de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que sean producto manifiesto de una desviación de poder o que subviertan los principios fundamentales del orden constitucional. Dicho mecanismo tendría especial relevancia frente a decisiones emanadas de un tribunal cuya propia legitimidad e independencia fuesen previamente cuestionadas por instancias supranacionales, como aconteció con la Sala de 2015.

La génesis de la problemática se encuentra en la captura política del órgano jurisdiccional. Por ello, la reforma más crucial atañe a los procedimientos de nombramiento y destitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Estos deben ser rediseñados para aislar a los candidatos de la influencia política, incorporando criterios meritocráticos, una participación ciudadana robusta y mecanismos de postulación autónomos. Asimismo, la remoción de magistrados debe proceder únicamente por las causas taxativamente establecidas, a través de un procedimiento con plenas garantías que impida su uso como herramienta de represalia.

En definitiva, el caso hondureño se erige como una advertencia para los sistemas democráticos de la región. Demuestra que las amenazas más insidiosas al Estado de Derecho contemporáneo pueden no provenir de quienes desafían abiertamente la ley, sino de aquellos que, habiendo capturado las instituciones, dominan su lenguaje y procedimientos para volverla contra sí misma. Cuando la juridicidad se convierte en un instrumento en manos de sus propios custodios, la democracia enfrenta su peligro más profundo.

## BIBLIOGRAFÍA

AGENDA ESTADO DE DERECHO, «¿Derecho humano a la reelección indefinida o descontrol de convencionalidad?», 2020.

AGUILUZ, Ana María, y DE LEÓN, Gabriela, «La prohibición de la reelección a la luz de las normas y estándares interamericanos de derechos humanos», en MEJÍA RIVERA, Joaquín A. (Ed.), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, pp. 178-213.

ALBAINI, Lautaro, «Principio de congruencia», Pensamiento Penal, 2021.

ALGORINO, «Derecho sustantivo y procesal», Algor Education, 2025.

BOULIN, I. A., «El caso Gutiérrez Navas vs. Honduras: la Corte Interamericana se pronuncia sobre la independencia judicial», [Video], YouTube, 2023.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional, Tomo XII, Colección Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan R., «La acción o recurso de amparo como medio de protección de los derechos y garantías constitucionales», en PEGORARO, Lucio, HITTERS, Juan Carlos, VALADÉS, Luis R., & GARCÍA-BELUNDE, Domingo (Eds.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en América Latina*, UNAM, 2007.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Estudios sobre la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional*, Ediciones Olejnik, 2017.

CÁMARA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, «Sentencia Definitiva, Referencia: 00137-18-ST-COPC-CAM», Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2019.

CANTOR ROSALES, Manuel J., «La acción de amparo en Honduras. Visión hacía una protección judicial efectiva», *Revista de Derecho*, vol. 39, núm. 1, 2018, pp. 61-80.

CANTÚ, M. F., y ZUANICH, L., «El impacto del caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras para la independencia judicial en las Américas», Agenda Estado de Derecho, 2024.

CENTRO DE ESTUDIO PARA LA DEMOCRACIA [CESPAD], *Honduras: Crisis política y derechos humanos. Un análisis a un año de la reelección ilegal e ilegítima de Juan Orlando Hernández*, CESPAD, 2018.

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES GILBERTO BOSQUES, *La derogación del artículo 239 constitucional y la reelección presidencial en Honduras*, Senado de la República de México, 2015.

COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CONADEH), «Comunicado sobre fallo de la Corte Suprema de Justicia que posibilita la reelección a la Presidencia de la República», 2015.

CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, *Ponencia de Honduras*, 1999.

CONGRESO NACIONAL DE HONDURAS, *Decreto No. 2-2012*, La Gaceta, núm. 33,037, 2013.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL [CNE], *Resolución No. 04-2020*, Gaceta Oficial de la República de Honduras, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gutiérrez Navas y otros Vs. Honduras. Sentencia de 29 de noviembre de 2023 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2023.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, *Sentencia de Recursos de Inconstitucionalidad Acumulados SCO-1343-2014 y SCO-243-2015*, 2015.

COVILLA MARTÍNEZ, J. C., «Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12, 2014, pp. 169-190.

CUSI ARREDONDO, Andrés E., *Derecho Procesal Penal, Tomo III*, 2020.

EGACAL – ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS, «La congruencia procesal de la sentencia», [Video], YouTube, 2017.

GARCÍA, E., «Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018, pp. 165-198.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, 2023.

GUASTINI, Ricardo, «Derecho dúctil, Derecho incierto», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 1997, pp. 111-124.

HONDURAS, *Constitución de la República de Honduras*, 1982.

HONDURAS, *Código Procesal Civil, Decreto No. 211-2006*, 2007.

HONDURAS, *Ley de Amparo, Decreto No. 40*, 1936.

HONDURAS, *Ley sobre Justicia Constitucional, Decreto No. 243-2003*, La Gaceta, 2004.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Ley sobre Justicia Constitucional*, 2004.

IRIBARREN, J. A., *Teoría general del derecho administrativo*, 1936.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A., «Consumado el rompimiento del orden constitucional en Honduras», DPLF, 2016.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *La reelección presidencial en Honduras: Un fraude a la Constitución*, Editorial Guaymuras, 2017.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A., y JEREZ MORENO, Rafael (Eds.), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A., «Sala de lo Constitucional basó su fallo que permitió reelección en una mentira sobre derechos humanos», ContraCorriente, 2021.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A., «Las implicaciones políticas y jurídicas de la reelección presidencial en Honduras: La Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte IDH», ERIC-SJ, 2021.

MEJÍA R., Joaquín A. (coordinador), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC), 2018.

MONTAÑA, J., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del control de constitucionalidad*, Librotecnia, 2005.

OLLERO TASSARA, Andrés, *Zagrebelsky, entre el derecho y la justicia*, Tribunal Constitucional de España, 2015.

ORELLANA, E., «La desconstitución del Estado de Derecho: El caso de la reelección presidencial en Honduras», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2016, pp. 455-472.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Código Modelo de Ética para los Funcionarios Públicos*, 2011.

PÉREZ, J. M., «¿Cómo borrar la letra escrita en piedra? Norma pétrea y reelección presidencial en Honduras», *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 42, 2016, pp. 237-260.

RAMÍREZ, J., «Derecho sustantivo y derecho adjetivo», [Video], YouTube, 2018.

REDACCIÓN BBC NEWS MUNDO, «El Salvador: la Corte Suprema aprueba la reelección presidencial y le abre las puertas a Bukele a un segundo mandato», BBC News Mundo, 2021.

SALAZAR MARÍN, Iela, GARCÍA BAEZA, Edwin Noé, MEZA FONSECA, Emma, MARTÍN RAMÍREZ, Fabiola, & MIRANDA BONILLA, Haideer, *La reparación integral del daño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, 2021.

TÁBORA, E. A., «Reflexiones sobre los sistemas de justicia constitucional», *Revista Justicia Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 2014.

TÁBORA, E. A., *¿Independencia judicial en Honduras?*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Trotta, 11ª edición, 2023.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2ª edición, Santiago, 2025.

# El derecho de acceso a la Justicia Constitucional en problemas: La jurisprudencia de admisibilidad en las acciones de inaplicabilidad en Chile

# El derecho de acceso a la Justicia Constitucional en problemas: La jurisprudencia de admisibilidad en las acciones de inaplicabilidad en Chile[1]

*Marisol Peña Torres*
*Exministra y expresidenta del Tribunal Constitucional de Chile*
*Profesora titular de Derecho Constitucional y Directora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, Chile*

## 1. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CHILE: ANTECEDENTES

El diseño constitucional chileno, como el de muchos otros países, se inclinó, originalmente, por un modelo de control político en que la Carta Fundamental asignaba al Congreso Nacional la eventual corrección de la obra legislativa. El artículo 164 de la Constitución Política de 1833 disponía, en este sentido, que «Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos».

Comentando la norma reseñada, Manuel Carrasco Albano sostenía que «La interpretación de un artículo de la Constitución por la Corte Suprema es allí por lo tanto una verdadera ley. Ahora bien, esa facultad legislativa no debe corresponder sino al Congreso: obrar de otra manera es usurpar sus atribuciones, su negociado exclusivo».[2]

---

[1] La autora agradece la colaboración de la Licenciada en Derecho, Magdalena Ugarte Urzúa, de la Universidad del Desarrollo.

[2] Carrasco Albano (1874), p. 198.

Congruente con lo afirmado, es célebre el Dictamen de la Corte Suprema, de 27 de julio de 1848, que afirmó:

> «El Tribunal observaría que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y fuerza obligatoria. Ese poder que, por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones».[3]

Como se sabe, el control político de la actividad legislativa, sin admitir la revisión de ésta por un órgano externo al Parlamento, obedecía al modelo rousseauniano de primacía de la ley como expresión de la voluntad general y que, como tal, era soberana e infalible. Montesquieu complementó esta idea señalando que el juez era «sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley; son seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley»[4], de modo que, al abordar la solución de los conflictos jurídicos que le eran sometidos, el juez no podía entrar a corregir la decisión del órgano legislativo.

De allí que la instauración del modelo concentrado de control de constitucionalidad de la ley, a partir del aporte de Hans Kelsen, es muy prudente al señalar que la labor de control que debe realizar el Tribunal Constitucional sólo es de complementación o perfeccionamiento de la obra legislativa, a fin de no alterar el principio de separación de los poderes o funciones del Estado. En palabras del propio Kelsen:

> «(…) Sólo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella (interpretación) que, en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, implica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros (…) la institución de la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste».[5]

Siguiendo el modelo kelseniano, la Constitución de 1925 instituye, por primera vez en Chile, un modelo de control concentrado y posterior de constitucionalidad de la ley radicado en la Corte Suprema.

---

[3] Huneuss (1891), p. 239.
[4] Cappelletti (1986), p. 21.
[5] Kelsen (2008), p. 25.

En los redactores de la Constitución rondaba la idea de instituir un control de constitucionalidad de los preceptos legales similar al que se había atribuido la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos desde la célebre sentencia Marbury vs. Madison sobre la base de que «si una ley se opone a la Constitución, y ambas, ley y Constitución, son aplicables a un caso particular; entonces, la Corte debe o bien decidir dicho caso en conformidad a la ley, descartando la Constitución; o bien de acuerdo con la Constitución desechando la ley».[6]

Con todo, cabe recordar que el control judicial de la constitucionalidad de la ley tiene un precedente aún más remoto constituido por la sentencia dictada por Lord Coke en el célebre caso Bonham (1603), en la cual el juez inglés afirmó que «Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el Common Law contra las leyes del Parlamento, algunas veces, los considera sin vigencia, pues cuando una ley del Parlamento está contra la razón o el Common Law, o repugna o es imposible su realización, el Common Law lo debe controlar y considerar como sin vigencia».[7]

En Chile, la tesis impulsada en la subcomisión que estudiaba la introducción del control de constitucionalidad de las leyes en el año 1925, no era compartida totalmente por el Presidente de la República Arturo Alessandri Palma, para quien, de confiarse el control de constitucionalidad de la ley a la Corte Suprema, importaría entregarle un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso dejando atrás el papel pasivo que le correspondía.[8] No obstante, en sesión de 8 de junio de 1925, el mismo Presidente Alessandri propuso introducir a la Carta Fundamental la siguiente disposición: «La Corte Suprema velará especialmente por el respeto de esta Constitución y en el caso especial de que conozca, podrá declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario a ella».[9]

Finalmente, y pese a las aprehensiones que existían entre los comisionados se aprobó un artículo 86 del siguiente tenor:

> «La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.
> La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación».

La atribución confiada a la Corte Suprema presentaba las siguientes características:

---

[6] Zapata (2002), p. 16.
[7] González Oropesa (2009), pp. 19-20.
[8] Subcomisión de Reformas Constitucionales, sesión N° 19.
[9] Ríos (2007), p. 118.

1. Instituía la existencia de una acción constitucional, esto es, un mecanismo de defensa y garantía de la supremacía constitucional establecido directamente en la Carta Fundamental.
2. Representaba una forma de control represivo o a posteriori, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes, esto es, aquellos que ya hubiesen iniciado la producción de sus efectos y que se invocaran en los casos particulares de que conociere la Corte Suprema directamente o que se siguieren ante otros tribunales.
3. Procedía sólo respecto de preceptos legales, entre los que se incluían los decretos leyes, los decretos con fuerza de ley y los tratados internacionales. No permitía impugnar, en cambio, normas infralegales.
4. Permitía examinar tanto la constitucionalidad de forma o procedimental como la constitucionalidad de fondo o sustantiva de los preceptos legales impugnados.
5. Tenía alcances limitados y no erga omnes, en la medida que se la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo producía efectos en la gestión de que, se trataba y respecto de las partes involucradas en ésta (efecto relativo).

Uno de los más autorizados comentaristas de la Constitución de 1925, José Guillermo Guerra, precisa que el constituyente de entonces no estimó procedente avanzar en la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, pues ello «equivaldría a poner en abierta contradicción al Poder Judicial con el Poder Legislativo y podría estimular una frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos, que a la larga pudiera degenerar en abuso».[10]

Lo cierto es que el ejercicio por parte de la Corte Suprema de la atribución de declarar inaplicables determinados preceptos legales suscitó diversas críticas a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1925. Dichas críticas pueden condensarse en dos sustanciales.

La primera tenía que ver con el hecho de que la propia Corte exigió, a través de sus fallos, que los requirentes de inaplicabilidad demostraran la incompatibilidad «abstracta» del precepto legal reprochado con la Carta Fundamental, lo que fue desvirtuando su carácter de control concreto.

El razonamiento que solía utilizar el máximo tribunal era del siguiente tenor:

> «Que, del tenor literal de la norma transcrita (artículo 80 –luego 86– de la Constitución) resulta que la declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es 'contrario a la Constitución'. Ello quiere decir que la norma cuya inaplicabilidad se pretende, sea declarada para el caso particular, considerada en abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenida (sic) en la Carta Fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o

[10] Guerra (1929), p. 459.

> permiso contenido en la norma cuestionada, contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma impugnada 'en sí', y no solo con la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concreto de que se trata».[11]

Esta forma de aplicar la acción de inaplicabilidad eludiendo las consideraciones del caso concreto, ciertamente resultaba limitativa y afectaba la posibilidad de que los actores tuvieran alguna posibilidad de éxito.

La afirmación anterior se ve agravada por el hecho de que la misma Corte Suprema exigió, en sentencia de 8 de mayo de 1950, que «Para que pueda prosperar un recurso de inaplicabilidad es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional y una ordinaria; es decir, que ambas no puedan existir entre sí por contener normas o fines jurídicos que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado».[12]

A lo anterior se unía que la carencia de regulación de detalle sobre los recursos de inaplicabilidad «llevó a que dichas definiciones fueran jurisprudenciales, altamente y crecientemente gravosas y restrictivas, quedando en el medio la sensación de que la inadmisibilidad era un verdadero traje a medida, cercano a una suerte de certiorari no declarado»[13] con el objeto de rehuir o de debilitar el examen de la legalidad vigente.

La segunda crítica que despertó el desarrollo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley radicada en la Corte Suprema tuvo que ver con el carácter limitativo que le otorgó el tribunal restringiéndolo sólo a los casos de inconstitucionalidad de fondo y dejando fuera los vicios de inconstitucionalidad de forma. Fue así como en sentencia de 11 de abril de 1933, el máximo tribunal sostuvo que «El recurso que establece el art. 86 de la Constitución es de carácter meramente doctrinario, que tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de una ley por ser contrario en el fondo a un precepto de la Constitución».[14]

Más explícitamente, en fallo de 6 de diciembre de 1950, indicó que:

> «El recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la inconstitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley, en términos que si ésta no se genera como la Constitución dispone, no es ley; no es la existencia de textos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad, para evitar que las prescripciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraríen los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental».[15]

---

[11] Citado por Ríos (2009, p. 125.
[12] Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLVII, 2ª. parte, sec. 1ª., 1950, p. 538.
[13] Pica (2021), p. 529.
[14] Citado por Saenger y Bruna (2006), p. 63.
[15] Citado por Saenger y Bruna (2006), p. 63.

Asimismo, el desarrollo de la jurisprudencia de inaplicabilidad por la Corte Suprema terminó frustrando legítimas expectativas de los recurrentes, pues en el caso de preceptos legales anteriores a la vigencia de la Constitución y que mostraban inconstitucionalidades evidentes, la Corte sostuvo que estábamos frente a una derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, la que debía ser pronunciada por los jueces de la instancia. Afortunadamente, esta jurisprudencia fue mutando con el tiempo llegándose a la convicción de que lo importante, para la procedencia de la inaplicabilidad, era que se tratara de un precepto legal vigente al momento de ser confrontado con la Constitución, sin considerar el momento en que ésta había entrado en vigencia.[16]

A lo largo de la vigencia de la Carta de 1925 fue abrigándose la convicción de que existía un vacío en el ordenamiento jurídico chileno al no contar con resortes jurídicos que previnieran los defectos de inconstitucionalidad de que pudieran adolecer las decisiones de los órganos públicos fundamentales y resolvieran las discrepancias que, en cuanto a la mejor exégesis de la preceptiva básica, llegaran a surgir.[17]

Es así como, a partir de la década de los sesenta, empiezan a surgir voces desde la doctrina tendientes a adoptar un modelo concentrado de constitucionalidad de la ley según lo propuesto por Hans Kelsen. Estas inquietudes se materializaron en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N° 17.284, publicada en el Diario Oficial de 23 de enero de 1970 que creó, por primera vez, un Tribunal Constitucional en Chile atribuyéndole funciones propias del control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

Comentando la importancia de la creación del Tribunal Constitucional, su primer Presidente Enrique Silva Cimma, señalaba que:

> «lo que se quiso fue habilitarlo para que conociera y resolviera sobre cualquier punto en que se controvirtiere la verdad constitucional, es decir, su competencia a este respecto es amplísima y restringida a la vez no en razón de la materia sino que de la oportunidad de su intervención y del carácter con que interviene: limitación en cuanto a la oportunidad porque salvo en lo que respecta al decreto con fuerza de ley, debe hacerlo antes de que la ley empiece a regir y sea tal; y en lo relativo al carácter del órgano, porque debe hacerlo en vía jurisdiccional dada su naturaleza de tribunal».[18]

De esta forma, y a partir de la vigencia de la reforma aludida, el control de constitucionalidad de las leyes quedó radicado en dos órganos: el Tribunal Constitucional, que ejercía el control preventivo, y la Corte Suprema, que tenía a su cargo el

[16] Véase, por ejemplo, sentencia Rol N° 3419-2021, de 20 de diciembre de 2002.
[17] Silva Bascuñán (1970). P. 201 y
[18] Silva Cimma (2008), p. 41.

conocimiento de la acción de inaplicabilidad con las características que ya se han recordado.

El 11 de marzo del año 1981 entró a regir la Constitución de 1980 que reprodujo el sistema dual explicado, el que se mantuvo hasta la reforma constitucional operada por la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005. Durante su tramitación existió una coincidencia transversal en las diversas fuerzas políticas en cuanto a la conveniencia de concentrar el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional.[19]

Durante el debate de esta reforma constitucional resultó decisiva la opinión vertida por el Ministro del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela Somarriva, quien expresó, en el primer trámite constitucional, que «La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida en el artículo 80 y sería conocida en sala, pero después de tres fallos uniformes, en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, la de inconstitucionalidad. Si ésta se acoge, traería como consecuencia que la ley quede sin efecto con carácter general». Agregó que, en atención al impacto que las nuevas atribuciones tendrían respecto de una ley vigente aprobada por el Poder Ejecutivo y Legislativo, era prudente «establecer esta dualidad de acciones; que la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes en litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de esa ley con efecto general después que previamente hubiere sido declarada inaplicable reiteradamente». [20]

Durante la tramitación, asimismo, se fue asentando la idea de que, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, con efectos generales o erga omnes, se requerían tres fallos previos de inaplicabilidad, los que, originalmente, se exigía que fueran uniformes y unánimes.

Por su parte, el veto N°18 del Presidente de la República, propuso distinguir el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad estableciendo un procedimiento que articule este último por medio de la regulación confiada a la ley orgánica constitucional respectiva.[21]

En definitiva, se aprobó una norma según la cual, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, se encontraba la de «Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución» (art. 93 N° 6°, inciso primero, de la Constitución).[22]

---

[19] Pfeffer (2005), p. 330.

[20] Pfeffer (2005), p. 375.

[21] Pfeffer (2005), p. 409.

[22] En el art. 93 n.7° se contempló la facultad del Tribunal Constitucional de resolver, por una mayoría de los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable.

## 2. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTOS LEGALES. CARACTERÍSTICAS Y EXAMEN DE ADMISIBILIDAD

### A. La acción de inaplicabilidad instituida por la reforma de 2005

Como se pudo apreciar en el capítulo que precede, una de las modificaciones importantes que introdujo la reforma constitucional de agosto de 2005 fue el traspaso de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, no sólo se produjo un cambio en el órgano competente para conocer de esta acción, sino que el diseño de la misma experimentó significativas variaciones. En efecto, la doctrina ha coincidido en destacar que, en la actualidad, la acción de inaplicabilidad se caracteriza por ser una especie de control represivo, de efectos relativos (sólo en la gestión judicial específica que se ventila y sin afectar la vigencia de la norma en general) y que consulta la suspensión del procedimiento judicial en que incide, como medida cautelar, a fin de no tornar estéril el pronunciamiento que en definitiva efectuará el Tribunal Constitucional.

Los diversos autores destacan que el mayor cambio se ha producido con el carácter concreto del control que supone hoy la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, que se aparta de la naturaleza abstracta con que la propia Corte Suprema había calificado su competencia respecto de la referida acción.

Como ha sostenido Emilio Pfeffer, la acción de inaplicabilidad:

> «persigue una única declaración –que no se aplique un precepto legal en una gestión pendiente–, efecto meramente negativo o inhibitorio (…) que conlleva siempre al ejercicio de un control concreto y no abstracto, lo que exige que la Magistratura resuelva si una aplicación materializada, pero no definitiva, o una probable aplicación de la norma cuestionada, produce en ella resultados contrarios a la Constitución en un sentido específico de aplicación (…)».

Salvador Mohor agrega que:

> «El precepto legal cuya inaplicabilidad es acogida será, en consecuencia, susceptible de volver a aplicarse, a menos que nuevamente se interponga un recurso de inaplicabilidad para impedirlo y sea acogido, o bien, que el precepto sea derogado con posterioridad, vía requerimiento de inconstitucionalidad, si llegara a estimarse, por el mismo Tribunal Constitucional, que objetivamente es inconciliable con los principios y normas de la Constitución».[23]

[23] Mohor (2012), p. 241.

A partir del año 2006, fecha de vigencia de la modificación que radicó en el Tribunal Constitucional el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se han desarrollado verdaderas «familias jurisprudenciales» constituidas por sentencias en que se impugna el mismo precepto legal. Algunos ejemplos están constituidos por el artículo 116 del Código Sanitario (posteriormente declarado inconstitucional con efectos generales), el artículo 38 ter de la Ley 18.933 (también declarado inconstitucional), el artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil y, más recientemente, los artículos 248, letra c) del Código Procesal Penal, 4°, inciso primero, de la Ley 19.886, sobre Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y 196 ter, inciso primero, parte final de la Ley 18.290.

Conviene precisar, asimismo, que la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad se aparta de un mecanismo revisor de resoluciones judiciales, lo que sí acontece con otras jurisdicciones constitucionales (Colombia, Guatemala). Veremos más adelante que éste es un criterio muy importante para fundar la declaración de admisibilidad de los requerimientos respectivos.

No es casualidad, en este sentido, que la doctrina y la jurisprudencia hayan desarrollado la acción de inaplicabilidad radicada en el Tribunal Constitucional como una verdadera acción que pone en movimiento la jurisdicción constitucional, y no como un recurso destinado a impugnar resoluciones judiciales.[24]

Por otra parte, en el debate parlamentario que dio origen a esta nueva competencia de nuestra magistratura constitucional se dejó claro que no se trataba de una acción de amparo de derechos fundamentales considerando que dicha posibilidad se encuentra radicada en los tribunales ordinarios (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) a través del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental.[25]

Con todo, Emilio Pfeffer ha advertido que «La ponderación que la Magistratura Constitucional habrá de efectuar exige entonces que examine si el resultado contrario a la Carta Fundamental se origina en la aplicación de un precepto legal correctamente interpretado o se debe a otra causa».[26]

---

[24] Verdugo (2018), p. 420.

[25] Artículo 20.– El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

[26] Pfeffer (2011), p. 210.

Se trata de un límite difícil de precisar. En nuestra propia experiencia, como ex jueza constitucional, existe una delicada línea que separa el examen de aplicación de un precepto legal que pugnaría, en el fondo o en la forma, con un precepto constitucional, de la revisión de lo obrado por el juez de fondo que, al emplear el precepto para la decisión del conflicto jurídico que le ha sido sometido, suele interpretarlo.

Un ejemplo de lo aseverado se dio cuando se dedujo acción de inaplicabilidad respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal que permite que una persona «afectada» por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, recurra al juez de garantía a fin de que le orden al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. El juez también puede fijarle un plazo para que formalice la investigación.

La alegación del requirente fue que la expresión «persona afectada» por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente no podía restringirse al imputado, como lo venían sosteniendo los jueces de garantía, sino que también debería hacerse extensiva a la víctima o querellante particular, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, suponía interpretar el alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal.

En sentencia dictada con fecha 27 de junio de 2019[27], el Tribunal ratificó su criterio manifestado en sentencias precedentes (roles 1337, 1380 y 1484) en el sentido que:

> «si bien la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo 186 como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no solo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional» (considerando 33°).

En lo que dice relación con la sentencia recaída en un recurso de inaplicabilidad, se ha sostenido que produce cosa juzgada formal y no material, lo que aparece avalado por lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, según el cual «La sentencia que declare la inaplicabilidad sólo producirá efectos en el juicio en que se solicite».

### B. Admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad

El examen del Derecho Comparado revela que no es frecuente que las constituciones se explayen en los requisitos de admisibilidad de las acciones que persiguen

[27] Rol 249-20.

el control concreto de constitucionalidad de las leyes o el amparo de los derechos fundamentales. Excepciones a esta afirmación se encuentran en la Constitución de Colombia de 1991, según la cual «Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto» (art. 241, párrafo 2) y en la Constitución de España que exige invocar un interés legítimo para interponer un recurso de amparo (art.162 letra b)).

Por su parte, el artículo 93 (2) de la Ley Fundamental de Bonn indica la necesidad de cumplir determinados requisitos cuando se activa la competencia del Tribunal Constitucional Federal por el Bundesrat, un Gobierno de un Land o la Asamblea Legislativa de un Land, entre los que se encuentran que el proyecto de ley impugnado haya sido rechazado en el Bundestag o no se haya deliberado en el plazo de un año y dictado una resolución sobre él, o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el Bundesrat.

Los ejemplos reseñados constituyen propiamente requisitos de procesabilidad de la acción, pero no deben ser confundidos con un *certiorari* como ocurre en México en materia de amparo directo contra resoluciones judiciales donde la Constitución exige que se hayan agotado previamente los recursos que se establezcan en la ley de la materia y que permiten que las sentencias, laudos y resoluciones pronunciadas puedan ser modificados o revocados (art. 107 III, letra a)). Igualmente, y tratándose de amparos directos, el recurso de revisión procede en contra de las sentencias que resuelvan la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones, siempre que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que el asunto reviste «un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos» (art. 107 IX).

Uniéndose a este último grupo de Cartas Fundamentales, la Constitución chilena de 1980 constituye una excepción frente a la regla general, pues, luego de precisar la competencia que se asigna al Tribunal Constitucional para resolver las acciones de inaplicabilidad de preceptos legales determinados en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, en el inciso undécimo se esa misma norma, señala:

> «En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas declarar, sin ulterior recurso la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad».

Como puede apreciarse, la norma constitucional abrió la posibilidad de que la ley pudiera complementar los requisitos de admisibilidad, lo que efectivamente ocurrió al dictarse el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1° de junio de 2010, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Desde luego, la ley introdujo dos trámites distintos: por un lado, la admisión a trámite (artículo 82) y, por el otro, la admisibilidad del requerimiento o acción de inaplicabilidad (artículos 83 y 84).

La admisión a trámite tiene que ver con el examen de aspectos formales del requerimiento como la persona u órgano legitimado para deducirlo y su carácter inteligible, tanto respecto del precepto legal reprochado, como en lo relativo a los vicios de inconstitucionalidad que se aducen.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la ley dispone que pueden interponer la acción de inaplicabilidad el juez que conoce de la gestión pendiente en que vaya a aplicarse el precepto legal impugnado y las partes en dicha gestión. En el primer caso, el juez que acciona debe formular el requerimiento por oficio y acompañar una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Si se trata, en cambio, de las partes, se les exige acompañar al requerimiento un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Tratándose de la inteligibilidad del requerimiento, la ley precisa que éste deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. También deben indicarse el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

Si un requerimiento de inaplicabilidad sortea exitosamente la fase de admisión a trámite corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de la cuestión para lo cual el Tribunal dispone de cinco días.[28]

De conformidad con la ley orgánica del Tribunal Constitucional, la inadmisión a trámite conduce a que el requerimiento se tenga «por no presentado», con mayor razón, cuando no se han subsanado los defectos de forma o la omisión de antecedentes por parte del requirente.

En lo que respecta al examen de admisibilidad, la ley orgánica aludida precisa en su artículo 84, que: «Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

1. Cuando el requerimiento no es formulado por persona u órgano legitimado;
2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control

[28] Artículo 83 del D.F.L. N° 5, de 2010.

preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3. Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;

4. Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6. Cuando carezca de fundamento plausible».

La resolución del tribunal que se pronuncia sobre la inadmisibilidad debe ser fundada y el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales. Además, dicha resolución no es susceptible de recurso alguno.

Como bien apuntaba Rodrigo Pica, la mayor o menor laxitud con que el Tribunal Constitucional interprete las causales de inadmisibilidad que se han recordado está directamente relacionada con la intensidad con que opera la presunción de constitucionalidad de las leyes, acompañada de la consiguiente deferencia hacia el proceso de deliberación democrática que ha rodeado su proceso de formación.[29] De esta forma, «al limitar el acceso se hace alejando el acceso ciudadano al tribunal, además de aumentar el peso de la carga argumentativa».[30]

Del razonamiento que precede puede inferirse que la denominada «presunción de constitucionalidad» puede llegar a disfrazar la subsistencia de un legislador omnipotente al más puro estilo rousseauniano que siempre estará por limitar la intensidad del control de constitucionalidad de la ley.

Por su parte, si las exigencias de admisibilidad son abiertas entregando mayores niveles de discrecionalidad al Tribunal para estimarlas configuradas puede terminar afectándose severamente el derecho de acceso a la justicia que es el punto que trataremos a continuación.

## 3. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y SU RELACIÓN CON EL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

### A. Derecho de acceso a la justicia y admisibilidad de acciones constitucionales

En términos generales, el derecho de acceso a la justicia debe ser visto como una manifestación del derecho a la acción o de acceso a la jurisdicción que la doctrina

[29] Pica (2012), p. 527.

[30] Pica (2012), p. 528.

suele denominar «derecho a la tutela judicial efectiva». Este argumento parece claro al tenor de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, según el cual: «Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

El fundamento último del derecho a la tutela judicial efectiva o del derecho de acceso a la jurisdicción tiene que ver con la posibilidad de confiar a los tribunales establecidos por la ley la solución de un conflicto jurídico que involucra un eventual desconocimiento o atropello de los derechos fundamentales. Ello debe conectarse con el rol que le ha sido confiado a los jueces en todo Estado de Derecho y que consiste en erigirse como los guardianes de los derechos y libertades de personas y grupos.[31]

Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos, Augusto Cancado Trindade sostenía que «No hay que perder de vista que, en última instancia es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que se garantiza el acceso directo del individuo a la justicia a nivel internacional».[32] A la hora de fundar, normativamente, el derecho en comento, alude a los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

En el caso de Chile, el fundamento del derecho a la acción suele situarse en el inciso primero del artículo 19 N° 3° de la Constitución que asegura a todas las personas: «La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos». Aun cuando el énfasis de la norma parece estar puesto en el principio de igualdad en el acceso a la justicia no puede soslayarse que, al referirse a los «derechos» está comprendiendo el derecho de impetrar el ejercicio de la jurisdicción para su adecuada tutela o amparo. Y, ciertamente, hay que entender también, como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, que la expresión «derechos» está empleada en un sentido amplio que cobija también a los intereses legítimos.[33]

Desde la perspectiva que se viene explicando, las inadmisiones a trámite, como las inadmisibilidades –entendidas ambas como formas de ineficacia jurídica[34]–, impactan en el derecho de acceso a la justicia, pues desde el punto de vista de los justiciables dejarían en suspenso la defensa de un derecho fundamental, sobre todo, en aquellos casos en que la resolución respectiva no se encuentra suficientemente motivada.

En principio, las inadmisibilidades como las inadmisiones a trámite constituyen sanciones frente a los actos irregulares que tienen su origen en las partes o en terceros en sentido técnico, pues cuando la irregularidad de los actos procesales proviene del tribunal la sanción que trae aparejada es la nulidad.[35]

---

[31] Comisión de Venecia (2010), p. 3.
[32] Cancado Trindade (2008), p. 72.
[33] Tribunal Constitucional, STC Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, considerando 21°.
[34] Carrasco (2028), p. 498.
[35] Carrasco (2018), p. 500.

Sin embargo, aun cuando los particulares deduzcan acciones defectuosas desde el punto de vista técnico, los tribunales deben ser muy cuidadosos en el examen de admisión a trámite como en el de inadmisibilidad, pues podrían terminan lesionando el principio «pro actione».

Es por ello que, desde la doctrina especializada, se ha sostenido que:

«En lo que respecta a las causas legales de inadmisión de una demanda, ahí debería regir el principio pro actione, es decir, pueden ser establecidas por el legislador pero deberían interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a los tribunales. No se trata ya que no se pueda establecer legalmente requisitos previos para acceder al órgano jurisdiccional –siempre que persigan servir a finalidades constitucionalmente legítimas–, sino que en la práctica no impliquen una exclusión del conocimiento judicial de un determinado derecho o interés jurídico».[36]

Con todo, es posible observar, desde una base empírica, que, en el caso de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos ante el Tribunal Constitucional de Chile, la inadmisión a trámite suele estar fundada en la falta de adecuada y efectiva actividad procesal del requirente. Así, observando las resoluciones de inadmisión a trámite dictadas entre noviembre de 2023 y noviembre de 2024, fue frecuente que la inadmisión se originara en la falta de inteligibilidad del requerimiento[37] o en el incumplimiento de lo solicitado por el tribunal una vez que el requirente ha sido apercibido para responder satisfactoriamente en el plazo de 3 días.[38]

En los casos referidos no puede concluirse que exista una vulneración, por parte del Tribunal Constitucional, del derecho de acceso a la justicia.

Ahora bien, y siguiendo a Fiz– Zamudio, la acción se concibe como «un derecho humano a la justicia», «es decir, una garantía constitucional procesal de acceso a la tutela judicial del derecho asegurada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, y en que la acción como derecho autónomo encuentra soporte en el derecho de petición (Couture) …)».[39]

El profesor Carlos Carmona ha definido el principio «pro actione» en relación al análisis de cuestiones de constitucionalidad sometidas al Tribunal Constitucional, como aquel que consiste «en que el Tribunal no exige requisitos para admitir válidamente un requerimiento a tramitación o interpreta, para declararlo procedente, dichos requisitos a favor de quienes requieren».[40]

Por nuestra parte, preferimos afirmar que el principio «pro actione» o «pro requirente» es un elemento de la esencia del derecho a la acción o del derecho a la jurisdicción manifestándose en la exigencia de interpretar los requisitos de admisión a trámite o de admisibilidad de una acción de forma que favorezcan la tutela judicial

---

[36] Bordalí (2010), p. 738.
[37] Roles N°s 14.801-23, 15813-2024.
[38] Roles N°s 14.802-2023, 14831-2023, 14.853-2023, 14856-2023, 14848-2023, 14866-2023
[39] Zúñiga (2009). p. 370.
[40] Carmona (2001), p. 566.

efectiva impidiendo que los derechos fundamentales queden en una irremediable indefensión.

La afirmación que precede cobra toda su relevancia si se tiene en cuenta que, de acuerdo a lo informado en la cuenta pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional correspondiente a la actividad jurisdiccional del 2023 puede apreciarse que, de los requerimientos de inaplicabilidad acogidos durante ese año, el fundamento recurrente de las sentencias estimatorias consistió en estimar que el precepto legal reprochado vulneraba, en su aplicación, el capítulo de la Constitución que asegura a las personas diversos derechos fundamentales.

En este sentido, la Comisión de Venecia ha afirmado que «Hay una clara tendencia hacia la introducción de mecanismos que permitan la protección de los derechos individuales fundamentales a través del Tribunal Constitucional y, específicamente, mediante el acceso individual». Agrega que «El orden constitucional en sí debe ser protegido y casos individuales sirven a menudo como medio para aprender acerca de eventuales deficiencias y establecer una mejor aplicación de disposiciones constitucionales».[41]

Es así como entre los requerimientos acogidos durante el año 2023 se confirmaron vulneraciones a los derechos a la identidad personal y a la igualdad ante la ley, a la integridad psíquica, a la honra y a la libertad de trabajo además del derecho al debido proceso legal, entre varios otros.[42]

Lo anterior es una buena muestra de que el requerimiento de inaplicabilidad (INA) por inconstitucionalidad de preceptos legales se ha ido convirtiendo, en Chile, en una suerte de amparo de derechos fundamentales, sin perjuicio de que es la acción de protección –prevista en el artículo 20 de la Carta Fundamental– el instituto que directamente propende a dicha finalidad.

## B. El progresivo aumento de inadmisibilidades de acciones de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional chileno

En su Cuenta Pública referida al año 2023, la Presidenta del Tribunal Constitucional informaba que durante ese año dicha magistratura «dictó un total de 464 sentencias definitivas recaídas en requerimientos de INA (…). Del total de las sentencias de INA, 139 tuvieron un pronunciamiento favorable para la pretensión del requirente, sea total o parcial, lo que equivale a un 30%; mientras que las sentencias que rechazan un requerimiento ascienden a 325, equivalente a un 70%». Agregaba que «En el período se dictaron 390 sentencias de inadmisibilidad de requerimientos de INA … 186 han sido dictadas por la Primera Sala, mientras que 204 corresponden a la Segunda Sala».[43]

---

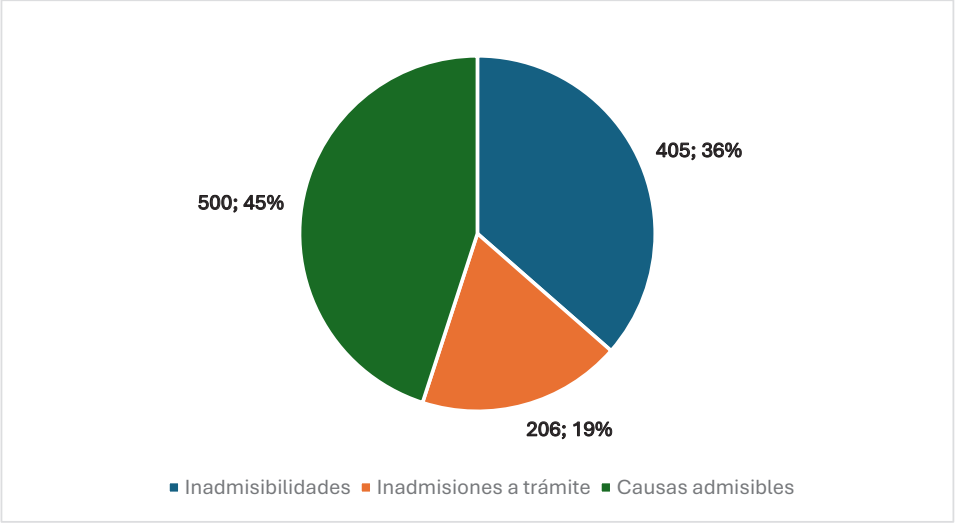
[41] Comisión de Venecia (2014), p. 27.

[42] Roles 12.014, 14.212, 13.081, 12.174, 13.459 y 13.317.

[43] Cuenta Pública 2023, pp. 19-20.

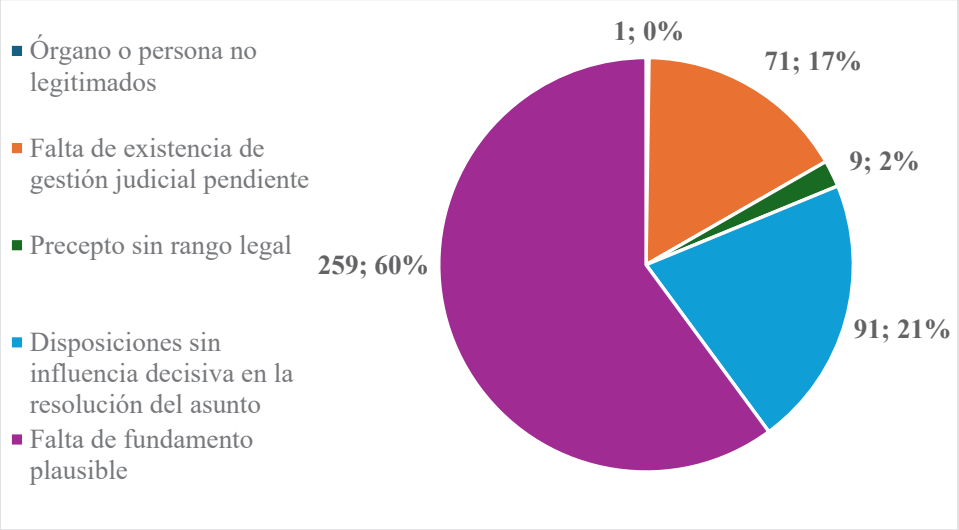
En consecuencia, si se suman las sentencias de fondo desestimatorias de acciones de inaplicabilidad a las declaraciones de inadmisibilidad resulta que, en el período considerado en la aludida cuenta pública, un total de 915 acciones no llegaron a destino, lo que, de suyo constituye una cifra preocupante. El año 2023 habían ingresado 1.103 requerimientos de inaplicabilidad nuevos a los que se agregaban 395 causas pendientes desde el año anterior.

En nuestra propia revisión de 1.111 causas de inaplicabilidad ingresadas al Tribunal Constitucional entre octubre de 2023 y octubre de 2024 encontramos los siguientes resultados:




Fuente: Elaboración propia.

Entretanto, si indagamos en las causales que fundan las 405 resoluciones de inadmisibilidad, que representan el 36% de la actividad jurisdiccional relativa a las acciones de inaplicabilidad tramitadas en dicho período, encontramos los siguientes resultados:




Fuente: Elaboración propia.

Que el requerimiento sea deducido por órgano o persona legitimado significa que debe provenir del juez que tramita la gestión judicial pendiente o de alguna de las partes que intervienen en la misma (Art. 84 N° 1 LOCTC).

La falta de gestión pendiente se configura cuando, efectivamente, no existe un asunto que se tramite un tribunal ordinario o especial y sobre el cual no haya recaído una sentencia firme o ejecutoriada (Art. 84 N° 3 LOCTC).

La impugnación de preceptos que no tengan rango de ley importa que ella ha recaído sobre normas propias de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (decretos, reglamentos o instrucciones)[44] o, eventualmente, sobre preceptos de rango constitucional[45] (Art. 82 N° 4 LOCTC).

La falta de influencia decisiva en la resolución del asunto tiene que ver con la incidencia del precepto legal reprochado para decidir el asunto sub-lite (Art, 82 N° 5 LOCTC). Como lo dijo tempranamente el propio Tribunal Constitucional, implica que «*la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución*». Agregó que para esta determinación debía tenerse en cuenta la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.[46]

---

[44] Rol 15.556-24. Se solicitó la inaplicabilidad de la Resolución N° 341, de la Dirección General de Aguas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas.

[45] Rol 15.626-24. Se solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 83 de la Constitución.

[46] STC roles 472-2006 y 499-2006.

Finalmente, la falta de fundamento plausible atiende a la razonabilidad de las razones que sustentan la impugnación. Desde los primeros requerimientos de inaplicabilidad deducidos en el año 2006, el Tribunal entendió que esta exigencia implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la aplicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.[47]

Más recientemente se ha indicado que:

> «La exigencia constitucional y legal de fundamento plausible o razonable implica verificar por la respectiva Sala que se está en presencia de un conflicto constitucional para iniciar un contradictorio en esta sede por la vía de una acción de inaplicabilidad. A su vez, éste debe vincularse con una gestión pendiente en que la pérdida de vigencia concreta de una disposición legal debe ser la única forma de hacer valer, en ese especial y concreto caso, la supremacía constitucional».[48]

Dado que la causal de falta de fundamento plausible del requerimiento suele ser la más invocada como base de las declaraciones de inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad (60% en el período estudiado), nos centraremos en su análisis para comprobar que, progresivamente, se ha ido ampliando su aplicación, más allá de lo que la propia Constitución y la ley que rige al Tribunal Constitucional han previsto.

Así, la falta de fundamento plausible ha sido asociada, tradicionalmente, a:

1) La cosa juzgada constitucional:
   - Cuando se ha deducido una acción en la que se impugna el mismo precepto legal, en la misma gestión judicial e invocando los mismos vicios de inconstitucionalidad de una acción anterior declarada previamente inadmisible.[49]
2) Conflictos que deben ser resueltos por la judicatura ordinaria o especial (asuntos de mera legalidad):
   - Cuando se reprocha el sentido y alcance que un Tribunal de la República pudiera otorgar a determinados preceptos legales en ejercicio de sus competencias constitucionales para conocer y resolver un asunto.[50]

---

[47] Rol 481, resolución de la Primera Sala de 17 de mayo de 2006, considerando 4°.

[48] Rol 15.679-24, resolución de la primera Sala, del 25 de septiembre de 2024, considerando 5°.

[49] Rol 14.799-23, resolución de la Segunda Sala, de 13 de octubre de 2023; Rol 14.825-23, resolución de la Segunda Sala, de 20 de octubre de 2023; Rol 14.867, resolución de la Segunda Sala de 13 de noviembre de 2023; Rol 14.873-23, resolución de la Primera Sala, de 15 de noviembre de 2023; Rol 14.872-23, resolución de la Primera Sala de 15 de noviembre de 2023; Rol 14.955, resolución de la Segunda Sala, de 11 de diciembre de 2023.

[50] Rol 14.826-23, resolución de la Segunda Sala, de 30 de octubre de 2023; Rol 14.845, resolución de la Primera Sala, de 13 de diciembre de 2023; Rol 15.865, resolución de la Segunda Sala, de 12 de

- Cuando la acción de inaplicabilidad envuelve un reproche o desacuerdo con la forma en que los sentenciadores del fondo han aplicado los preceptos legales impugnados y resuelto conforme a esa interpretación, o sea, cuando se impugna el mérito de las resoluciones de los jueces del fondo.[51]
- Cuando la acción de inaplicabilidad persigue la decisión respecto del asunto de fondo debatido en la gestión pendiente constituyendo un mecanismo inidóneo para esos efectos.[52]
- Cuando el conflicto debe ser resuelto a través de los medios de impugnación procesales previstos en el ordenamiento jurídico general.[53]

3) Conflictos que envuelven una impugnación abstracta de constitucionalidad:
   - Cuando la impugnación formulada en el requerimiento no especifica la forma en que, según las particularidades del caso concreto, se produciría la contravención a la Constitución[54] o no lo hace en forma directa, clara y precisa[55] considerando las circunstancias del caso concreto que se ventila ante el tribunal ordinario o especial.[56]
4) Conflictos que hagan ininteligible la pretensión formulada por el requirente:
   - Cuando la acción no contiene una línea argumental con suficiente motivación, así como fundamentos suficientemente sólidos que, articulados, hagan inteligible la pretensión que se hace valer y la competencia específica que se requiere.[57]

---

noviembre de 2024; Rol 15.837, resolución de la Segunda Sala, de 11 de noviembre de 2024; Rol 15.744, resolución de la Primera Sala, de 28 de octubre de 2024, Rol 15.846, resolución de la Primera Sala, de 28 de octubre de 2014; Rol 14.999, resolución Primera Sala, de 10 de enero de 2024.

[51] Rol 14.789, resolución de la Primera Sala, de 31 de octubre de 2023, Rol 14.840, resolución de la Segunda Sala, de 31 de octubre de 2023; Rol 14.783-23, resolución de la Primera Sala, de 8 de noviembre de 2023; Rol 14.859-23, resolución de la Segunda Sala, de 4 de diciembre de 2023; Rol 14.945, resolución Segunda Sala, de 4 de diciembre de 2023 («el tribunal (…) omitió deliberadamente pronunciarse respecto al fondo de la excepción del artículo 464 N° 2 del Código de Procedimiento Civil opuesta por esta parte»); Rol 15.575, resolución de la Primera Sala, de 13 de noviembre de 2024.

[52] Rol 14.837, resolución de la Segunda Sala, de 31 de octubre de 2023; Rol 15.853-24, resolución de la Segunda Sala, de 26 de noviembre de 2024; Rol 15.844, resolución de la Primera Sala, de 23 de octubre de 2024.

[53] Rol 14.803-23, resolución de la Segunda Sala, de 28 de noviembre de 2023; Rol 15.819, resolución de la Segunda Sala, de 8 de noviembre de 2024; Rol 15.848, resolución de la Segunda Sala, de 29 de octubre de 2024.

[54] Rol 14.836, resolución de la Segunda Sala, de 31 de octubre de 2023; Rol 14.828-23, resolución de la Primera Sala, de 1 de noviembre de 2023; Rol 15.879, resolución de la Primera Sala, de 17 de diciembre de 2024.

[55] Rol 14.858, resolución de la Segunda Sala, de 15 de noviembre de 2023; Rol 15.829, resolución de la Segunda Sala, de 18 de noviembre de 2024; Rol 15.755, resolución de la Primera Sala, de 30 de octubre de 2024; Rol 15.707, resolución de la Segunda Sala, de 29 de octubre de 2024.

[56] Rol 14.823-23, resolución de la Primera Sala, de 5 de diciembre de 2023; Rol 15.776, resolución de la Segunda Sala, de 1 de octubre de 2024 Rol 14.914, resolución de la Primera Sala, de 5 de enero de 2024.

[57] Rol 15.615, resolución de la Segunda Sala, de 11 de septiembre de 2024; Rol 15.656-24, resolución de la Segunda Sala, de 23 de agosto de 2024.

Asimismo, y el período estudiado, ha sido posible constatar que han aparecido nuevos razonamientos destinados a configurar la causal de «falta de fundamento plausible» como los siguientes:

1) Conflictos en que el conflicto que suscita la aplicación de las normas no es compatible con la argumentación sostenida por los actores:
   - Cuando el supuesto de que parte la actora no forma parte del catálogo punitivo en que se logra apreciar una vinculación entre la dañosidad del delito en sí con la sanción que a su respecto ha previsto el legislador.[58]
2) Conflictos que no se hacen cargo de la jurisprudencia previa del Tribunal:
   - Cuando las alegaciones contenidas en el requerimiento no se hacen cargo de lo resuelto previamente por el Tribunal en conflictos similares, por ejemplo, cuando ha sostenido que el derecho al recurso no es un derecho absoluto.[59]
3) Conflictos que no prueban el perjuicio irreparable del accionante de inaplicabilidad:
   - Cuando la acción de inaplicabilidad no se enlaza con un perjuicio irreparable de la parte requirente como consecuencia de la aplicación de un precepto legal que se estima contrario a la Constitución.[60]

Las Salas del Tribunal Constitucional no sólo han ido dotando a la causal de «falta de fundamento plausible» de un entendimiento que, según nos parece, excede la barrera de entrada que supone la declaración de admisibilidad, sino que existen algunos pronunciamientos en los cuales se ha tendido a resolver, en esta fase, el fondo del asunto. Un ejemplo es la causa Rol 15.739-24, en que se impugnaba el artículo 1°, inciso segundo. de la Ley N° 18.216, que establece alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad personal. La resolución de inadmisibilidad, pronunciada por la Segunda Sala, el 30 de septiembre de 2024, fundó la causal de falta de fundamento plausible en que:

> «los hechos que le fueran imputados (al requirente) en la formalización de la investigación –que constituye la gestión invocada– y que se transcriben a fojas 2,

[58] Rol 14.924, resolución de la Segunda Sala de 27 de noviembre de 2023; Rol 14.962, resolución de la Segunda Sala, de 4 de diciembre de 202; Rol 14.957-23, resolución de la Segunda Sala, de 18 de diciembre de 2023.

[59] Rol 14.811, resolución de la Segunda Sala, de 20 de noviembre de 2023; Rol 14.876, de 20 de noviembre de 2023; Rol 14.812-23, resolución de la Primera Sala, de 22 de noviembre de 2023; Rol 15.002, resolución de la Primera Sala, de 20 de diciembre de 2023; Rol 18.855, resolución de la Prima Sala, de 13 de diciembre de 2024; Rol 15.890, resolución de la Segunda Sala, de 4 de diciembre de 2024; Rol 15.784, resolución de la Primera Sala, de 7 de noviembre de 2024; Rol 15.791, resolución de la Segunda Sala, de 29 de octubre de 2024; Rol 15.786, resolución de la Primera Sala, de 28 de octubre de 2024; Rol 15.705, resolución de la Primera Sala, de 14 de octubre de 2024: Rol 14.919, resolución de la Segunda Sala, de 9 enero de 2024.

[60] Rol 14.864-23, resolución de la Segunda Sala de 26 de diciembre de 2023.

fueron presuntamente cometidos el día 12 de agosto de 2024, esto es, posteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.412, de 25 de enero de 2022, en que la disposición requerida de inaplicabilidad fue modificada respecto de su redacción anterior, en que se imposibilitaba del todo el acceso a penas sustitutivas. En contrario, la norma actualmente vigente entrega al sentenciador penal competente la decisión de resolver –según el cumplimiento que pueda estimar en determinados requisitos– la procedencia o denegación en torno a las penas sustitutivas previstas en el inciso primero de la Ley N°18.216».[61]

La misma tendencia puede apreciarse en la resolución de la Segunda Sala, de 11 de septiembre de 2024, en la que se sostuvo que frente al desarrollo argumentativo del requerimiento en cuanto a que no puede imponerse una sanción administrativa y una penal a una misma persona por un mismo hecho y en base al mismo fundamento, «*debe tenerse presente la diferencia que existe entre los fundamentos del derecho administrativo sancionador y el derecho penal, los cuales pueden coexistir sin que existan las vulneraciones constitucionales denunciadas*».[62]

Un tercer ejemplo está constituido por la resolución de la Segunda Sala, de 23 de agosto de 2024, en un requerimiento en que se impugnaba el artículo 172, inciso tercero, del Código del Trabajo. Aquí se explicó que «la norma impugnada establece un límite al monto de las indemnizaciones para todos los trabajadores que perciban una remuneración superior a 90 UF (unidades de fomento), por lo que las alegaciones respecto a la vulneración a la igualdad ante la ley no tienen asidero alguno. En este caso, no existe discriminación arbitraria al aplicar la norma en examen, pues ésta no distingue entre trabajadores que perciban una remuneración mayo a 90 UF, quedando todos en iguales condiciones respecto al límite establecido para las indemnizaciones».[63]

En suma, el análisis de casos desarrollado ha reflejado que:

1. Las Salas del Tribunal Constitucional han examinado, en fase de admisibilidad, determinadas acciones de inaplicabilidad que, perfectamente, podrán haberse paralizado producto del escrutinio previo de admisión a trámite. Ello ocurre cuando la Sala respectiva argumenta en torno a la falta de inteligibilidad del requerimiento por una argumentación insuficiente o insatisfactoria de parte del actor.
2. Las Salas del Tribunal Constitucional han utilizado, erróneamente, la causal de inadmisibilidad de «falta de fundamento plausible» para impedir que prosperen acciones de inaplicabilidad que no se hacen cargo de la jurisprudencia previa del Tribunal. Ello, a pesar de que esta acción importa un control concreto de constitucionalidad en la aplicación de la ley donde cada sentencia produce

[61] Considerando 7°.
[62] Rol 15.660.
[63] Rol 15.578.

sus efectos sólo en el juicio pendiente en que se solicite y al hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno no consulta el sistema de precedentes, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.[64]

Si lo que pretende nuestra magistratura constitucional es evitar sentencias repetitivas resulta más lógico impulsar una modificación a la ley orgánica del Tribunal Constitucional que establezca un *certiorari* más que rechazar las acciones de inaplicabilidad reorientándolas hacia la explicación de cómo, en el caso concreto y atendidas sus particulares circunstancias, se produciría una infracción constitucional.

3. Las Salas del Tribunal Constitucional han exigido que las respectivas acciones de inaplicabilidad demuestren que la aplicación del precepto legal reprochado irroga un perjuicio irreparable al actor. Definitivamente, esta exigencia no está consultada ni en la Constitución ni en la ley orgánica constitucional que rige al Tribunal, por lo que debiera ser eliminada del examen de inadmisibilidad, o bien, propenderse a la reforma legal pertinente.

## 4. CONCLUSIONES

El análisis contenido en este artículo demuestra que, si bien el control de constitucionalidad de la ley adoleció, en Chile, de las mismas dificultades que en otras latitudes, atendido el tradicional predominio de la obra legislativa y la consecuente restricción del rol de los jueces, se ha institucionalizado con firmeza entregando un elemento de garantía del Estado de Derecho.

Si bien fue la Constitución de 1925 la que abrió el camino de la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Carta Fundamental en una gestión judicial determinada, el ejercicio de esta competencia, por parte de la Corte Suprema, no fue proclive al derecho de acceso a la justicia constitucional. Lo anterior, debido a las limitaciones que fue introduciendo la propia Corte al momento de sustanciarla.

La creación del Tribunal Constitucional, en el año 1970, viene a complementar la existencia del control posterior de constitucionalidad de la ley radicado en la Corte Suprema, agregándole el control preventivo confiado al nuevo tribunal, de modo de instituir un control integral de la tarea del legislador. El sistema dual descrito se mantuvo bajo la Constitución de 1980 hasta que la reforma constitucional de 2005 concentró en el Tribunal Constitucional tanto el control preventivo como el control posterior de la constitucionalidad de los preceptos legales confiándole el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que, previamente, habían sido competencia de la Corte Suprema.

[64] Art. VII del Código Procesal Constitucional del Perú.

Desde comienzos del año 2006, las acciones de inaplicabilidad deducidas ante el Tribunal Constitucional han ido creciendo en número a la vez que se han perfilado como un instrumento protector de los derechos fundamentales, sin perjuicio de mantenerse vigente el recurso de protección de que conocen los tribunales ordinarios de justicia.

La Constitución regula hoy directamente los requisitos de admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad, complementada por la ley orgánica del Tribunal Constitucional, enfatizando el carácter concreto y de efecto relativo de esta acción. Sin embargo, la práctica jurisprudencial observada, sobre todo en el último año, demuestra un crecimiento de las acciones declaradas inadmisibles, especialmente por aplicación de la causal genérica y abierta de «falta de fundamento plausible» del requerimiento.

El examen de resoluciones de ambas Salas del Tribunal Constitucional revela que no sólo se declaran inadmisibles las acciones que, objetivamente, carecen de razonabilidad a la luz de los antecedentes concretos del requerimiento, sino que se ha avanzado en establecer verdaderas vallas de entrada, a modo de *certiorari*, más allá de lo que ha previsto la Constitución y la ley.

Así, cada vez que las Salas del Tribunal declaran inadmisibles requerimientos por no haberse probado un perjuicio irreparable al actor o por no haberse hecho cargo de la jurisprudencia precedente están introduciendo nuevos elementos que afectan directamente el derecho de acceso a la justicia constitucional que la Comisión de Venecia se ha encargado de relevar, por su impacto en la adecuada defensa de los derechos fundamentales.

Por su parte, cuando se resuelven acciones de inaplicabilidad, en sede de admisibilidad, las Salas se están arrogando la competencia exclusiva del Pleno de esa magistratura en orden a rechazar las acciones respectivas, ya no en base a su admisibilidad, sino por razones de fondo. Las Salas, entonces, están extralimitando su función y privando también, por esta vía, a los justiciables del derecho a que su particular conflicto sea decidido en la instancia que la Constitución ha previsto, lo que también debe llamar a reflexión por la tergiversación de la justicia constitucional que implica.

## BIBLIOGRAFÍA

BORDALÍ, Andrés, «El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Edición Bicentenario, Tomo XCVII, Doctrina, Editorial Puntolex S.A., 2010, Argentina, pp. 715-750.

CAPPELLETTI, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N°17, mayo-agosto 1986, pp. 9-46.

CARMONA S., Carlos, «El principio pro requirente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Público* N°63, 2001, pp. 564-600.

CARRASCO ALBANO, Manuel, «*Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*». 2ª. edición, Imprenta de la Librería El Mercurio, Santiago, 1874.

CARRASCO POBLETE, Jaime, «La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros Técnicos en el Código de Procedimiento Civil», *Revista Ius et Praxis*, Año 24 N°1, pp. 497-552.

KELSEN, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm.10, 2008, pp. 3-46.

GONZÁLEZ OROPESA, Manuel, «*Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control constitucional*», 2ª edición, Editorial Porrúa, 2009, México.

GUERRA, José Guillermo, «*La Constitución de 1925*», Establecimientos Gráficos Balcells, 1929, Santiago.

MOHOR, Salvador. «Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005», *Actualidad Jurídica* N° 25, 2012, pp. 237-255.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, «*Reformas constitucionales 2005*», Editorial Jurídica de Chile, 2005, Santiago.

PFEFFER UQUIAGA, Emilio, «La inaplicabilidad. ¿Un seudoamparo de derechos fundamentales?» Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Estudios sobre Justicia Constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Santiago, pp. 203-224.

PICA FLORES, Rodrigo, «El acceso a la justicia constitucional: Notas sobre la legitimación y admisibilidad ante el Tribunal Constitucional», Navarro, Enrique y Zúñiga, Francisco. *Derecho Procesal Constitucional. Libro homenaje al profesor Juan Colombo Campbell*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2021, Valencia, pp. 517-531.

RÍOS ALVAREZ, Lautaro, «La acción de inaplicabilidad de preceptos legales», *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 14 N° 2, 2007, pp. 115-130.

SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, «*Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980– 2005*». Editorial Jurídica de Chile, 2006, Santiago.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, «El Tribunal Constitucional», En: *La reforma constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, Santiago.

SILVA CIMMA, Enrique. «*El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*». Segunda edición. Cuadernos Tribunal Constitucional N° 38, 2008, Santiago.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, «Naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad», Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Una nueva Constitución para Chile, Libro homenaje al Profesor Lautaro Ríos Alvarez*. Editorial Jurídica de Chile, 2028, Santiago, pp. 419-425.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio, «*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*». Parte General. Imprenta Prosa S.A., 2002, Santiago.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. «*El principio pro requirente en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*», En: Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, Talca, pp. 369-388.

Documentos:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Cuenta Pública 2023 de la Presidenta del Tribunal Constitucional.

VENICE COMISSION, *Report on the Independence of the Judicial System*. Part I: The independence of Justice, 2010.

VENICE COMISSION, Estudio sobre el acceso individual a la justicia constitucional, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 34, 2014, Santiago.

# La competencia fiscal en investigaciones de altos funcionarios a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 152/2025

# La competencia fiscal en investigaciones de altos funcionarios a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 152/2025

*Fernando Soto Palomino*
*Doctor en Derecho por la Universidad de Huánuco*
*Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco*

## 1. INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad, con la pertinencia analítica y exegética que impone la materia constitucional, conviene introducir al lector en el conflicto que suscita la Sentencia N.º 152/2025 del Tribunal Constitucional; lo hago porque no se trata de una mera controversia técnico-procedimental sino que estamos ante una decisión que, por su alcance hermenéutico y por los efectos prácticos que impone sobre la potestad investigadora del Ministerio Público, interpela en su raíz la vigencia efectiva del Estado de derecho. En tal sentido, el problema que hoy aborda este texto no es únicamente jurídico más bien es institucional y cívico; consiste en determinar hasta qué punto la nueva interpretación de prerrogativas y límites competenciales reconfigura el sistema de pesos y contrapesos, afecta mecanismos de rendición de cuentas y modifica, en la *praxis*, la capacidad estatal de responder con eficacia ante posibles conductas atribuibles a altos funcionarios.

Planteado así el problema, mi tesis es nítida y sin circunloquios, parte de la Sentencia N.° 152/2025 el cual opera en aspectos decisivos de su razonamiento y en las soluciones procesales adoptadas como un desplazamiento hermenéutico que constriñe la competencia investigadora del Ministerio Público y, por ende, crea riesgos relevantes para la constitucional de la responsabilidad pública; dicho desplazamiento

no se limita a un ajuste interpretativo, de hecho produce efectos institucionales que requieren, con urgencia, una formulación normativa y procedimental orientada a restituir la eficacia del control penal sobre las altas magistraturas sin menoscabar las garantías propias de la investidura.

Para demostrarlo, adopto un enfoque integrativo ya que combino la exégesis directa del fallo, la revisión crítica de la doctrina especializada y la selección de precedentes comparados que permitan situar la resolución en una cartografía latinoamericana más amplia. Las fuentes que sustentarán el análisis incluyen el texto íntegro de la Sentencia N.° 152/2025, legislación constitucional y procesal pertinente, pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, y aportes doctrinales nacionales e internacionales; mi propósito no es, bajo ningún concepto, valorar penalmente hechos concretos ni emitir juicios sobre la culpabilidad de sujetos individuales, sino evaluar los efectos institucionales y las consecuencias constitucionales que emanan del razonamiento y de los remedios que el Alto Tribunal adoptó.

Finalmente, describo brevemente la estructura del capítulo para orientar al lector: en la Sección II trazo el antecedente histórico y normativo, lo que ha formado constitucionalidad y las trayectorias jurisprudenciales que preceden al fallo; en la Sección III desarrollo un análisis objetivo, cronológico y técnico de la Sentencia, reproduciendo los fundamentos centrales y delimitando sus efectos procesales; en la Sección IV procedo a la evaluación doctrinal: analizo coherencia hermenéutica, principios en tensión siendo la separación de poderes, proporcionalidad, deber de investigar; y riesgos institucionales, además de proponer reglas interpretativas y medidas procedimentales. Cierro, en la Sección V, con conclusiones concretas destinadas a preservar la legitimidad del control constitucional y a garantizar que la prerrogativa de la investidura no se convierta en refugio para la impunidad.

## 2. ANTECEDENTE HISTORICO

### 2.1. Los orígenes de la responsabilidad presidencial en la república temprana (1823–1860)

Si atiendo a los Textos Fundamentales, tal como lo hace la historiografía constitucional, indico que el constitucionalismo peruano inaugural se inscribió en una tradición republicana fuertemente inclinada hacia la primacía del Poder Legislativo. Las primeras Cartas (1823, 1828, 1834 y 1839) surgieron en contextos de fragilidad institucional y desconfianza ante la concentración del mando, y reflejan una concepción del presidente no como soberano, sino como un magistrado sometido a controles parlamentarios intensos. En la interpretación clásica de Pareja Paz-Soldán (2005), aquella fase temprana se caracteriza por una poderosa retórica de sujeción: «el Poder Legislativo es todo, el Ejecutivo nada».

Esa sujeción se tradujo, en términos prácticos, en regímenes acusatorios amplios: la Constitución de 1828, por ejemplo, facultaba a la Cámara de Diputados para acusar ante el Senado al presidente por delitos que iban desde la traición hasta «todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones a que esté impuesta pena infamante» (Congreso General Constituyente, 1828, art. 22). La lógica institucional era clara, basada en que la responsabilidad del gobernante debía ser inmediata y el filtro político, la acusación parlamentaria, funcionaba como mecanismo de control y eventual transmisión del conflicto a la jurisdicción competente.

Así pues, en la primera mitad del siglo XIX la figura predominante no fue la inmunidad, sino el antejuicio como instrumento de control: un procedimiento que, pese a sus caracteres políticos, no excluía la posibilidad de que el titular del Ejecutivo fuese sometido a juicio por actos funcionales. Concebida matriz radicalmente politizada del control contribuyó, simultáneamente, a robustecer la idea de que el presidente debía responder por su administración y a alimentar, con el tiempo, los miedos a la instrumentalización partidaria del procedimiento acusatorio.

No obstante, la fase 1823 a 1860 no fue enteramente homogénea. La Constitución Vitalicia de 1826 introdujo matices autoritarios en un intento (fallido) de fortalecer el Ejecutivo; la carta de 1856 incorporó mecanismos como el juicio de residencia que mostraban la persistencia de obligaciones posmandato (Congreso de la República, Constituciones 1826 y 1856). Estas figuras nos indican una tensión constante en donde el sistema oscilaba entre la exigencia de responsabilidad y la necesidad de estabilidad.

La amarga lección política de esas décadas con caudillismos, revoluciones y frecuentes cambios de gobierno, incluyó la observación práctica de que un Ejecutivo permanentemente saqueado por acusaciones podía paralizarse y desestabilizar al Estado. Mencionada experiencia política será determinante en el viraje que se producirá en 1860 en el que no se trató de un mero ajuste técnico, sino de una reacción normativa ante la constatación de que el mecanismo acusatorio, en manos de facciones parlamentarias, podía devenir arma de guerra institucional.

### 2.2. La Constitución de 1860 y la consolidación de la inmunidad restringida

La Constitución de 1860 constituye, a mi juicio, el hito fundacional del régimen de inmunidad presidencial moderno en el Perú. Su artículo 65 formuló por vez primera la regla negativa con excepciones: «*El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, excepto en los casos: de traición; de haber atentado contra la forma de gobierno; de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión, o suspendido sus funciones*» (Congreso de la República, Constitución 1860, art. 65). Este giro, es decir, la sustitución de un sistema acusatorio amplio por un *numerus clausus* de supuestos excepcionales, invirtió la lógica constitucional precedente, justamente, de la apertura al control político se pasó a la restricción protectora.

Sostengo que esa transformación obedece a razones funcionales y políticas plenamente explicables: tras décadas de inestabilidad, el legislador buscó blindar la acción gubernamental frente a la amenaza constante de procesamientos instrumentales que, en la práctica, contribuían a la fragilidad del mando. Villarán (2018), en su lectura sobresaliente de la Constitución de 1860, justificó la medida en términos de preservación de la autoridad y dignidad del ejecutivo, advirtiendo los efectos desmoralizadores de una acusación fácil sobre la majestad de la función y la gobernabilidad.

Desde la perspectiva normativa, el efecto fue rotundo ya que los delitos susceptibles de enjuiciamiento durante el mandato quedaron reducidos a supuestos de naturaleza eminentemente política; delitos que afectan la existencia del Estado o el equilibrio institucional; los delitos comunes y la mayor parte de los delitos de función quedaron, así, excluidos del alcance de la acusación mientras durase el mandato.

La tesis villaraniana, que apareció luego recogida y comentada por los historiadores constitucionales. articuló tres justificaciones centrales: 1er) la garantía de estabilidad gubernamental; 2do) la preservación de la dignidad y autoridad del cargo; 3ero) la prevención de la instrumentalización política del derecho penal. Estas razones, si bien persuasivas en su contexto, produjeron con el tiempo un efecto de petrificación normativa dado que la opción de 1860 se volvió hegemónica y se cristalizó en sucesivas Cartas (1867, 1920, 1933 en su versión variada, y, con mayor claridad, en la de 1979 y la de 1993).

No es menor indicar que la Constitución de 1933 ofreció una anomalía transitoria como un breve retorno a fórmulas de mayor amplitud en materia de acusación, lo que demuestra que la hegemonía del *numerus clausus* no fue irreversible ni indiscutida. Pero la experiencia política del siglo XIX y las lecciones sobre gobernabilidad inclinaron, en definitiva, la balanza hacia la solución restrictiva que hoy reconocemos como rasgo estructural del constitucionalismo peruano.

El paso al *numerus clausus* redefinió la relación entre poder y responsabilidad ya que dotó de mayor estabilidad al Ejecutivo, pero, simultáneamente, creó una zona de protección que, bajo ciertas condiciones, podía arribar al umbral de la impunidad. Esa tensión aparece desde entonces como el nudo problemático del estatuto presidencial: ¿cómo conciliar la función protectora de la investidura con la exigencia de que el titular del poder no esté por encima del imperio de la ley? La respuesta no ha sido, históricamente, uniforme; vemos que la tradición priorizó la estabilidad; las críticas contemporáneas, en cambio, reclaman mecanismos que permitan compatibilizar la protección institucional con la eficacia de la investigación y sanción penal.

### 2.3. El artículo 117 de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993, en lo atinente al estatuto de responsabilidad del titular de la Presidencia de la República, no surge como una invención ex nihilo justamente

representa, por el contrario, la culminación, y en cierto sentido la perduración normativa de una larga trayectoria que, desde mediados del siglo XIX, ha privilegiado la protección de la investidura presidencial frente a la lógica ordinaria de la persecución penal. Conseguida matriz histórica, que remite expresamente a la regulación de 1860 y se consolida en sucesivos textos constitucionales hasta la carta de 1979, encuentra en el art. 117 de la Norma Fundamental de 1993 su formulación contemporánea. No obstante, su vigencia en el Estado constitucional moderno revela tensiones internas: entre la exigencia de estabilidad institucional y la demanda democrática de rendición de cuentas; entre la función protectora del cargo y la eficacia del sistema penal frente a eventuales delitos funcionales cometidos por altas autoridades.

El texto constitucional vigente dispone, en términos claros, que: «El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral» (Constitución Política del Perú, art. 117). Presente formulación es heredera directa del art. 210 de la Constitución de 1979 y, a su vez, de modelos decimonónicos (especialmente la previsión de 1860), lo cual ha sido ya señalado por la historiografía constitucional, por la propia jurisprudencia y vista en la sentencia en sus fund. 62-76. (Pareja Paz-Soldán, 2005).

Sostengo que esa continuidad textual no es neutra, debido a que configura una opción político-constitucional deliberada que, históricamente, aspiró a resguardar la autoridad y la estabilidad del Ejecutivo frente a los vaivenes de la conflictividad partidaria y parlamentaria. En base a Villarán (2018) la consecuencia práctica de dicho diseño es la erogación de una inmunidad procesal temporal, limitada al periodo en funciones, que, en la lectura dominante, impide la acusación formal por delitos ajenos al grupo taxativo del art.117. De este modo, la norma no sólo protege la persona del gobernante, sino que apoya la institución presidencial como eje del régimen de gobierno de base presidencialista que la Constitución consagra.

Para comprender cabalmente el alcance del art.117 es imprescindible situarlo en el mapa constitucional en relación con los arts. 99 y 100 siendo las disposiciones que regulan, respectivamente, la acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político. En efecto, mientras el art. 99 atribuye a la Comisión Permanente la potestad de acusar ante el Congreso a determinados altos funcionarios y el art. 100 regula los efectos del juicio político (suspensión, inhabilitación, destitución), el art.117 constituye para el presidente una prerrogativa excepcional que circunscribe, de modo taxativo, los supuestos en que procede la acusación durante el mandato.

La jurisprudencia constitucional ha contribuido decisivamente a fijar esta distinción funcional. En la Sentencia 00006-2003-AI/TC el Tribunal clarificó la diferencia entre antejuicio como mecanismo político-procesal que habilita la persecución penal, una vez verificada la verosimilitud de los hechos; y juicio político como procedimien-

to parlamentar sancionador por infracción constitucional, señalando que el Congreso, en el antejuicio, actúa en esencia como ente acusador y no como juez penal (fund. 3). Dada distinción, que separa la función de acusar parlamentaria de las funciones de investigar y juzgar que son propias del Ministerio Público y del Poder Judicial, ha sido empleada por el Alto Tribunal para modular la relación entre prerrogativa y persecución penal en la interpretación reciente del art. 117.

No obstante, y aquí reside la tensión, esta arquitectura produce efectos diferenciales según el sujeto, debido a que mientras los funcionarios comprendidos en el art. 99 pueden ver sus prerrogativas levantadas para permitir la persecución penal por delitos en el ejercicio de sus funciones, el titular presidencial disfruta de una inmunidad que, en la letra, impide la acusación por hechos distintos de los taxativamente enumerados en el art.117. Es decir: la regla general de antejuicio encuentra, en el caso presidencial, un límite más estricto y protector.

La reflexión doctrinal moderna ha transitado de una explicación esencialmente honorífica y política, me refiero a la protección del prestigio del cargo la cual paso hacia una argumentación funcional basada en que la inmunidad presidencial se justifica, se argumenta, por la necesidad de garantizar el normal ejercicio de funciones frente a riesgos de instrumentalización de la acción penal y de paralización del gobierno (Caro John & Huamán Castellares, 2010). Autores citados por la jurisprudencia y por la doctrina comparada sostienen que, pese a la afección al principio de igualdad, la prerrogativa resulta admisible en razón de la «posición de especial vulnerabilidad» del alto dignatario frente a presiones políticas y denuncias abusivas (Fernández Segado, 2012).

En mis consideraciones, esta justificación funcional no puede ser aceptada de forma acrítica en base a que reconoce, con acierto, riesgos reales como la instrumentalización política y parálisis gubernamental; pero, si se la entiende en términos absolutos, produce un coste democrático intolerable basada en la potenciación de zonas de impunidad y la erosión de la obligación estatal de investigar y sancionar la corrupción y otros delitos graves. Por ello es necesario calibrar la inmunidad presidencial mediante reglas procesales y garantías que permitan sin paralizar el ejercicio presidencialpreservar la eficacia de la investigación penal, proteger pruebas esenciales y evitar la repetición histórica de impunidades por privilegios institucionales mal articulados.

### 2.4. Diálogos con el derecho comparado

La discusión sobre la inmunidad presidencial se enriquece cuando se la sitúa en el mapa comparado. El diálogo con doctrinas y sistemas extranjeros, especialmente la escuela española y algunas experiencias iberoamericanas, ofrece categorías analíticas útiles y demuestra que la solución peruana no es la única ni, en muchos casos, la más equilibrada.

Antes de cualquier comparación pertinente, resulta indispensable fijar conceptos como la doctrina especializada distingue con claridad entre inviolabilidad (irrespon-

sabilidad), inmunidad y aforamiento siendo distinciones que el Tribunal y la literatura comparada han recogido (Martínez Alarcón, 2015).

Inviolabilidad (o irresponsabilidad) viene a ser una prerrogativa sustantiva que exime de responsabilidad por actos propios del ejercicio legislativo o de función política; es, por definición, muy amplia.

La inmunidad, en cambio es una prerrogativa procesal que impide el inicio o continuidad de procesos penales mientras perdure el mandato; no exime de responsabilidad material, sino que suspende su persecución en sede penal durante el periodo. Y, el aforamiento en este caso es la regla de competencia objetiva que asigna a tribunales especiales; por ejemplo, el máximo tribunal; la investigación y juzgamiento de altos dignatarios.

A la luz de estas distinciones, el art. 117 se configura netamente como inmunidad procesal temporal, justamente porque impide la persecución penal durante el mandato salvo en los supuestos taxativos allí enumerados; no equivale a inviolabilidad absoluta ni, en sentido estricto, al aforamiento, aunque en la práctica comparte con éste la finalidad de conferir un tratamiento procesal diferenciado al titular del poder ejecutivo.

Contrastando con otros ordenamientos presidenciales, la rigidez del modelo peruano destaca. Varias constituciones latinoamericanas han diseñado mecanismos que admiten la posibilidad de enjuiciamiento del presidente en funciones por delitos graves especialmente corrupción, sujetándolo, eso sí, a procedimientos con mayores garantías. En Ecuador, por ejemplo, el régimen constitucional ha previsto la posibilidad de procesos por delitos de corrupción y otros graves, siempre bajo determinadas salvaguardas; otros países imponen la necesidad de mayorías cualificadas para autorizar los procesos ( (Ramos, 2017).

Ese contraste permite colegir dos observaciones: primero, que la solución peruana es particular siendo fruto de una tradición histórica que priorizó la estabilidad; segundo, que la modernidad constitucional ofrece alternativas que combinan protección institucional con mecanismos eficaces contra la impunidad. En consecuencia, la singularidad peruana no constituye un mandato ineluctable del presidencialismo, sino una elección que puede y debe ser sometida a revisión a la luz de las exigencias contemporáneas de transparencia.

El recorrido histórico demuestra, sin ambages, que el art. 117 de 1993 no es una anomalía, es la culminación normativa de una doctrina política que se consolidó desde 1860 y que ha atravesado nuestra historia constitucional con notable persistencia. Su propósito originario que es proteger la estabilidad y la dignidad del cargo, fue funcional a un contexto político particular; hoy, sin embargo, ese diseño convive con demandas ciudadanas y estándares internacionales que reclaman mayor control y responsabilidad sobre los titulares del poder.

Frente a esta tensión, la Sentencia 152/2025 realiza una operación hermenéutica compleja debido a que por un lado, reafirma la tradición histórica y la prohíbe de acusación formal al Presidente en ejercicio por hechos distintos a los taxativamente

previstos; por otro lado, introduce, y ahí radica la innovación jurisprudencial, una distinción práctica entre investigar y acusar, admitiendo la posibilidad de investigaciones preliminares fiscales sin que ello suponga, en sí, la vulneración del art. 117. En mi juicio, dicha interpretación opera como una mutación constitucional por vía interpretativa: sin tocar el texto, altera su alcance práctico para compatibilizar la prerrogativa constitucional con la necesidad de preservar medios de prueba y evitar la impunidad.

La doctrina del Tribunal se sostiene en dos movimientos: uno de continuidad (respeto a la letra y al espíritu del art. 117) y otro de ruptura (habilitación limitada de la actividad investigativa fiscal). Esta solución no es, empero, neutra ya que abre interrogantes sobre los límites de la investigación preliminar, sobre las garantías que deben tutelarse para evitar su uso con fines de presión política, y sobre la suficiencia de la vía interpretativa frente al problema estructural de la inmunidad.

Las implicancias son claras y ambivalentes recae en la sentencia que atenúa el dilema entre inmunidad e impunidad al permitir pesquisas preliminares, pero a la vez deja espacios de incertidumbre que solo pueden resolverse mediante medidas normativas y procedimentales. Por ello sostengo que corresponde emprender una reforma deliberada del art. 117 o, al menos, la adopción de un marco regulatorio que precise: 1) el alcance de las diligencias investigativas permitidas; 2) plazos y garantías para su ejecución; 3) mecanismos de supervisión judicial o parlamentaria que prevengan abusos; y 4) reglas claras para la eventual derivación de la investigación a la sede penal, una vez cese el mandato. Solo así podremos conciliar, de forma legítima y duradera, la protección institucional del cargo con el imperativo constitucional de responsabilidad y la tutela efectiva de los derechos públicos frente a la corrupción y la mala administración.

## 3. ANÁLISIS OBJETIVO

Presento a continuación un análisis técnico y factual de la Sentencia N.º 152/2025, decisión que considero punto de inflexión en la delimitación contemporánea de la inmunidad presidencial en el Perú. Sostengo que el Tribunal Constitucional ha trazado una tercera vía entre la inviolabilidad absoluta y la persecución penal ordinaria, reafirma la letra del artículo 117, pero, por vía interpretativa, admite una investigación preliminar fiscal estrictamente delimitada. Tal solución procura un equilibrio práctico, pero genera zonas de indeterminación competencial que exigen reglas suplementarias para prevenir abusos y proteger la investidura.

### 3.1. Hechos y procedimiento

El conflicto fue promovido por el Poder Ejecutivo, representado por su Procurador Público Especializado, contra el Ministerio Público y el Poder Judicial, al entender

que determinadas actuaciones investigadoras y autorizaciones jurisdiccionales vulneraban la prerrogativa de inmunidad del titular de la Presidencia en ejercicio. La presidenta de la República fue incorporada al proceso como interesada; la Defensoría del Pueblo actuó como *amicus curae*.

A partir de las referencias procesales que el propio Tribunal consigna, construyo la siguiente cronología resumida, la cual deberá complementarse con la transcripción literal de los autos para la versión final:

**Cronología de actuaciones impugnadas**

| Fecha | Expediente o Carpeta | Órgano | Actuación concreta | Fuente (fund.) |
|---|---|---|---|---|
| **10 de enero del 2023** | Carp. Fiscal 277-2022 | MP | Inicio de diligencias preliminares (presuntos delitos de homicidio/otros). | Fund. 145. |
| **18 de marzo del 2024** | Carp. Fiscal 68-2024 | MP | Inicio de diligencias por presuntos delitos de corrupción y enriquecimiento. | Fund. 148. |
| **28 de marzo del 2024** | Exp. 00018-2024-1-5001-JS-PE-01 | PJ | Resolución UNO: autorización de allanamiento de despacho y domicilio presidencial. | Fund. 151. |
| **10 de mayo del 2024** | Carp. Fiscal 153-2024 | MP | Inicio de diligencias por presuntos delitos de encubrimiento y abuso. | Fund. 142. |
| **25 de julio del 2024** | Exp. 00006-2024-PCC/TC | Ejecutivo | Interposición de la demanda competencial ante el TC. | p. 4 (Expediente). |
| **17 de julio del 2025** | Sentencia 152/2025 | TC | Pronunciamiento definitivo. | Sentencia; Fallo. |

El Tribunal examina tanto actos meramente indagatorios como requerimientos documentarios, solicitudes de información, citaciones sin coerción; como medidas invasivas siendo estas los allanamientos de despacho o domicilio; solicitudes de interceptación o levantamiento de secretos; y resoluciones judiciales que autorizaron o convalidaron dichas actuaciones.

## 4. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS ANTE EL TC

A partir de la pretensión y de los escritos de las partes, las cuestiones constitucionales que el Tribunal tuvo que resolver pueden resumirse en 3 puntos:

– *Alcance del art. 117*

¿Prohíbe la Constitución no sólo la acusación formal del Presidente en ejercicio sino también cualquier actuación investigadora por parte del Ministerio Público o del Poder Judicial?

– *Delineación conceptual*

¿Cuáles actos procesales concretos integran la categoría *investigación preliminar* y cuáles constituyen una *acusación* constitucionalmente vedada? ¿Dónde se traza la línea divisoria?

– *Límites competenciales*

¿Qué límites imponen el art.117 y los principios de proporcionalidad y dignidad institucional al ejercicio de las facultades investigativas del MP (art.159) y a las autorizaciones judiciales del PJ (arts. 138 y conexos)?

El Tribunal calificó la controversia como un conflicto por menoscabo de atribuciones en sentido estricto, centrando la discusión en el *modo* en que se ejercen las competencias, no en su titularidad originaria.

## 5. FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES

El TC arma su doctrina en una reconstrucción histórica del constitucionalismo peruano, reconoce que la tradición iniciada con la Constitución de 1860 y consolidada sucesivamente justifica el *numerus clausus* (funds. 62-76). La finalidad primordial atribuida a ese diseño es la protección institucional de la investidura, no la impunidad de la persona, para garantizar estabilidad y gobernabilidad. Sobre esa base histórica el TC interpreta la extensión y límites del art. 117.

La tesis *conectora* se sintetiza en la fórmula la cual se ve repetida en los funds. 117-129 «*no puede acusarse… pero puede investigarse… bajo condiciones…*». El Tribunal distingue cuidadosamente entre: la acusación formal proscrita salvo supuestos taxativos del art. 117. También en los actos de investigación preliminar los cuales son admisibles cuando sean urgentes, inaplazables, estrictamente necesarios y respeten la dignidad institucional y límites procesales.

En el Fundamento 128 el Tribunal señala las condiciones de urgencia, necesidad estricta, proporcionalidad y respeto a la dignidad del cargo; en el Fund. 129 enumera actos autorizados de modo ejemplificativo como la toma de declaración en Palacio bajo condiciones, requerimientos documentarios, diligencias no invasivas.

Pertinente a esto, el TC diseña la aplicación silogística a las actuaciones impugnadas. El Tribunal aplica su regla a cada actuación: Carpetas fiscales (153–2024; 277–2022; 68–2024) habiendo concluido que muchas de las diligencias practicadas excedieron el marco de los «actos de investigación» permitidos, configurando vicios de incompetencia (funds. 140-154). Prosiguiendo con la resolución judicial (Exp. 00018-2024): El Poder Judicial quien autorizó allanamientos convalidó medidas que el Tribunal considera incompatibles con la protección institucional; por ello, la resolución fue declarada viciada en sus extremos referidos a la presidenta.

La lógica aplicada es clara, básicamente, si la medida es invasiva y no se justifica bajo los estrictos requisitos ya mencionados (urgencia, inexistencia de medidas menos gravosas, proporcionalidad), deviene inconstitucional por menoscabo de la atribución presidencial.

Aunque la mayoría coincide en la fórmula general, los votos concurrentes y disidentes revelan fricciones ya que algunos magistrados extienden la permisividad investigadora en situaciones de flagrancia o riesgo inminente; otros consideran que la postura mayoritaria es insuficiente frente a casos de corrupción grave o violaciones de derechos humanos, proponiendo mecanismos de autorización parlamentaria o judicial reforzada. Manifestadas divergencias indican la fragilidad práctica de la «tercera vía».

## 6. EFECTOS PROCESALES INMEDIATOS

El dispositivo y los fundamentos finales determinan efectos concretos, el primero fue la suspensión de actuaciones. El TC ordenó suspender el trámite de las Carpetas 153-2024, 277-2022 y 68-2024 en lo relativo a la presidenta, y dejó sin eficacia los extremos de la Resolución UNO que vulneraban la prerrogativa (Fallo; funds. 167-172).

Consecuentemente se instauró la reanudación condicionada. Las investigaciones podrán proseguir al término del mandato, o bien en los términos y límites que la propia sentencia fija para diligencias permitidas durante el ejercicio del cargo (Fallo; fund. 172).

Y por último, el corazón de los efectos se basa en el valor como precedente y efectos generales, gracias a la sentencia se establece pautas de aplicabilidad general que obligan a MP y PJ a modular sus prácticas conforme a los criterios fijados, por lo que la doctrina tendrá efectos orientadores para casos en trámite o futuros (Fallo, fund. 174).

Aplicando el test de proporcionalidad a dos medidas paradigmas como el allanamiento de despacho y conducción compulsiva, concluyo que, bajo la nueva pauta del TC, ambas resultan en principio inadmisibles durante el mandato salvo extremo cumplimiento de los requisitos ya mencionados, como son: urgencia insoslayable, ausencia de alternativas, autorización judicial estricta y salvaguardas de reserva. El razonamiento del Tribunal privilegia, en la balanza, la estabilidad institucional y la dignidad del cargo frente a la eficacia instrumental si esta última sólo puede alcanzarse mediante medidas altamente invasivas.

He trabajado sobre el texto íntegro del Expediente 00006-2024-PCC/TC (Sent. 152/2025), identificando los fundamentos interconectados por su numeración interna y extrayendo literalmente los pasajes citados en la exégesis (funds. 62-76; 117-129; 136; 140-156; 167-174). Contrasté la doctrina con la Sentencia 00006-2003-AI/TC y con los textos constitucionales (arts. 99, 100, 117, 118) para verificar coherencia sistémica. Las citaciones utilizadas remiten directamente a los fundamentos numerados en el fallo.

Indiscutiblemente, la Sentencia 152/2025 adapta una solución equilibrada en el plano doctrinal basada principalmente en la preserva de la prohibición de acusa-

ción formal consagrada en el art. 117 y, simultáneamente, habilita una investigación preliminar limitada. Sin embargo, la práctica mostrará si esa solución es sostenible por ello, la ambigüedad sobre los límites operativos requiere, a mi juicio, regulación legislativa complementaria y protocolos de actuación para MP y PJ que prevengan arbitrariedades y filtraciones, sin sacrificar la eficacia de la persecución penal contra posibles delitos cometidos por altas autoridades.

### 6.1. Análisis doctrinal

Prosiguiendo la deconstrucción analítica y metodológica, la Sentencia N.º 152/2025 resulta no ser un simple ajuste técnico de competencia; es un gesto hermenéutico de alto calado que busca reequilibrar, por vía interpretativa, la tensión perenne entre la protección institucional de la investidura presidencial y la obligación estatal de investigar y sancionar delitos graves.

El Tribunal Constitucional (TC), al abordar la problemática del artículo 117, ha optado por una vía intermedia que, si bien plausible en su intención, adolece de indeterminaciones operativas significativas que podrían minar su eficacia en la *praxis*. En lo que sigue examino la coherencia interna del fallo, su anclaje hermenéutico, los principios constitucionales en conflicto, la aplicación del test de proporcionalidad, los riesgos institucionales emergentes y, finalmente, propongo un marco interpretativo y reglas prácticas para compatibilizar la investidura con la exigencia de investigación y sanción.

#### *A. Análisis del conflicto competencial*

La controversia tuvo origen en una demanda competencial promovida por el Poder Ejecutivo contra el Ministerio Público y el Poder Judicial, por lo que la disputa giró sobre la interpretación y alcance del artículo 117. El Poder Ejecutivo defendió una lectura histórica y teleológica de la norma: la inmunidad presidencial debe garantizar *seguridad al presidente para el ejercicio de sus funciones*, evitando interferencias penales que pudieran paralizar la gestión pública. En contraste, el Ministerio Público y el Poder Judicial sostuvieron la distinción funcional entre *investigar* (actividad fiscal preventiva y técnica) y *acusar* (acto formal con efectos procesales), defendiendo el deber constitucional de iniciar diligencias preliminares que preserven la prueba.

El Tribunal declaró FUNDADA la demanda del Poder Ejecutivo y articuló su razón decisoria en torno a la interpretación restrictiva del art. 117, entendido como prohibición taxativa de toda imputación penal formal contra el presidente en funciones por delitos distintos a los listados en la norma. De forma relevante, el Tribunal extendió la protección más allá del mero acto de *acusar*: calificó como viciadas las diligencias

investigativas que, a su juicio, involucraron afectaciones coercitivas o intromisiones directas en la esfera funcional del mandatario como allanamientos, con la consecuencia de anular actuaciones previas.

Además del dispositivo, la sentencia contiene *obiter dicta* que proponen pautas de coordinación institucional, las conocidas *nueve pautas* y señala la admisibilidad restringida de ciertos actos investigativos *urgentes*. Empero, los votos concurrentes y disidentes; por ejemplo, los redactados por los magistrados Monteagudo Valdez y Gutiérrez Ticse, ofrecen un contraargumento basada en admitir investigación sin acusación formal. Esos votos constituyen insumos doctrinales valiosos para la crítica posterior, porque sostienen que la investigación preliminar es un deber técnico del Ministerio Público y que su prohibición absoluta equivaldría a un blindaje excesivo.

### *B. La inmunidad presidencial en la tradición constitucional peruana*

La arquitectura del artículo 117 hunde sus raíces en la Constitución de 1860, que articuló por primera vez el esquema de prohibición con excepciones taxativas *numerus clausus*. Dada opción constitucional orientada a garantizar la gobernabilidad en contextos de alta conflictividad, ha pervivido, con variantes, en los textos posteriores y en la Carta de 1993. Para una visión panorámica de esa trayectoria constitucional conviene remitirse a estudios clásicos sobre la historia constitucional peruana.

### *C. Crítica doctrinal histórica*

Desde la propia época, la doctrina crítica, representada en los comentarios de Luis Felipe Villarán, advirtió sobre el peligro de que la exclusión de responsabilidad durante el mandato generase vacíos de justicia. Villarán enfatizaba la necesidad de no sacrificar la rendición de cuentas en aras de una estabilidad mal entendida. Esa crítica histórica es esencial para relativizar el argumento «tradicionalista» que el Tribunal invoca en su fundamentación.

Más importante aún, Villarán señaló una omisión crítica, la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos de la época no establecía sanciones para las infracciones a la Constitución que no estuvieran ya tipificadas como delitos en el Código Penal. Esto creaba, en la práctica, una zona de impunidad para las violaciones constitucionales que no tuvieran un correlato penal directo (Paniagua Corazao, 2004).

| Constitución (Año) | Artículo(s) Relevante(s) | Texto de la Norma | Delitos permitidos para acusación | Comentarios doctrinales relevantes |
|---|---|---|---|---|
| **1860** | **Art. 64, 65** | «El Presidente de la República no puede ser acusado durante su período, sino por traición..». | Traición, atentar contra la forma de gobierno, disolver el Congreso, impedir su reunión. | Luis Felipe Villarán critica la exclusión de responsabilidad por delitos que no merecen «pena corporal aflictiva».10 |
| **1920** | **Art. 110** | «El Presidente de la República no puede ser acusado durante su período, sino por los delitos de traición..». | Traición, atentar contra la forma de gobierno, disolver el Congreso, impedir su reunión. | Mantiene una estructura similar a la de 1860, reflejando la continuidad de la institución.12 |
| **1933** | **Art. 152** | «El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria..». | Traición a la patria, haber atentado gravemente contra la seguridad del Estado, contra la forma de gobierno, la integridad del Estado y la libertad del Poder Legislativo o del Judicial. | Se refina la terminología de los delitos, pero se mantiene la lógica de un catálogo cerrado. |
| **1979** | **Art. 210** | «El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria..». | Traición a la patria, impedir las elecciones, disolver el Congreso o impedir su reunión o la del Jurado Nacional de Elecciones. | Se moderniza la lista de delitos, incluyendo la obstaculización de procesos electorales. |
| **1993** | **Art. 117** | «El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria..». | Traición a la Patria, impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, disolver el Congreso (salvo art. 134), impedir su reunión o la del JNE.2 | Amplía el espectro de elecciones protegidas y especifica la excepción para la disolución del Congreso. |

### *D. Hermenéutica constitucional aplicada*

La doctrina moderna de la interpretación constitucional en el Perú, tal como la sistematiza Marcial Rubio Correa, exige: 1) la unidad de la Constitución; 2) la concordancia práctica entre normas; y 3) la ponderación cuando la concordancia no es suficiente (Rubio Correa, 2005). Estos principios hermenéuticos constituyen el patrón mediante el cual debe evaluarse la corrección metodológica del fallo.

Al compararse la sentencia con esos principios, se detecta una lectura aislada del artículo 117 (falta de unidad), un escaso esfuerzo por optimizar soluciones compatibles, es decir, una deficiente concordancia práctica y la ausencia de una ponderación explícita y rigurosa de los bienes jurídicos en conflicto. Dicho de otro modo, la me-

todología seguida privilegia la literalidad y la tradición sin integrar suficientemente el resto del bloque constitucional verbigracia, hay artículos que consagran el deber de investigar y la igualdad ante la ley.

### *E. El antejuicio político*

El antejuicio opera como prerrogativa política y filtro parlamentario, no es un proceso penal sino una decisión política que autoriza el juzgamiento penal. La doctrina de Samuel Abad Yupanqui (2023) describe con precisión esta naturaleza y advierte sobre las tensiones que ello genera. El fallo, al cerrar la vía técnica de investigación ordinaria, refuerza la centralidad del antejuicio como única vía para responsabilizar penalmente a un presidente en funciones, incrementando así el riesgo de que la decisión sobre la apertura efectiva de la persecución dependa de las mayorías parlamentarias y no del mérito probatorio.

Caro John y Huamán (2010) han mostrado que las prerrogativas buscan proteger a los altos funcionarios de persecuciones políticas; no obstante, ese mismo argumento puede servir para justificar inmunidades que blindan frente a responsabilidades legítimas. Por eso la doctrina exige contrapesos técnicos que preserven la investigación sin sacrificar la investidura.

### *F. Debate doctrinal contemporáneo*

Autores como Francisco Eguiguren Praeli (2008) han denunciado la insuficiencia del catálogo del artículo 117 y propuesto reformas para incorporar delitos de corrupción entre los supuestos excepcionales o, alternativamente, crear procedimientos que permitan investigar y preservar prueba sin procesar al presidente en funciones. Estas propuestas configuran una línea doctrinal coherente con la exigencia de accountability que exige la sociedad contemporánea.

César Landa (2004) ha ofrecido una interpretación que permite considerar ciertos hechos de corrupción como infracciones constitucionales, no meramente delitos penales, lo que abre una vía de responsabilidad política y constitucional aún bajo la protección formal del artículo 117. Dada perspectiva resulta útil para dotar de instrumentos de control institucional frente a conductas que afectan bienes constitucionales superiores.

El Informe de Adjuntía n.º 03-2022 de la Defensoría (2022) advierte la posibilidad de que una interpretación excesivamente rígida del art. 117 deje a la Constitución *desprotegida* frente a infracciones graves, resaltando la necesidad de considerar medidas que aseguren investigación, preservación de prueba y rendición de cuentas sin convertir la investidura en refugio de impunidad.

Finalmente, es necesario enmarcar este debate en las corrientes contemporáneas del derecho. Raúl Chanamé Orbe (2020), en su Tratado de Derecho Constitucional, analiza los desafíos del constitucionalismo en el siglo XXI, un paradigma conocido como neoconstitucionalismo. Presente modelo se caracteriza por la fuerza normativa de la Constitución y la irradiación de sus principios y valores a todo el ordenamiento jurídico. En este contexto, donde la lucha contra la corrupción es un valor transversal y una obligación derivada de tratados internacionales suscritos por el Perú, una interpretación que blinde al poder de la investigación resulta insostenible y anacrónica.

Se evidencia así un profundo *desacople* entre la decisión del Tribunal Constitucional y la realidad constitucional material. Mientras la doctrina más relevante y los organismos de defensa de los derechos señalan la urgencia de adaptar el marco de responsabilidad presidencial a los estándares actuales de lucha contra la corrupción, la Sentencia 152/2025 ignora esta evolución. Se aferra a una interpretación formalista y originalista de una norma redactada en un contexto histórico y social completamente diferente. El fallo no actualiza el derecho para responder a los desafíos presentes; lo fosiliza, creando una peligrosa brecha entre la Constitución formal interpretada por el Tribunal y los valores y principios que la sociedad y la doctrina consideran fundamentales para la supervivencia del Estado de Derecho.

### *G.* Prop*uesta doctrinal*

Partiendo del diagnóstico, es decir, de la falla metodológica del Tribunal, riesgo de impunidad y propuestas doctrinales existentes; propongo una lectura armónica y escalonada del artículo 117 que preserve la prohibición de la *acusación* formal, pero permita y reglamente la investigación preliminar con salvaguardas procesales estrictas. Dada solución respeta la letra del texto constitucional y, simultáneamente, atiende a las exigencias contemporáneas de la lucha contra la corrupción.

Propuesta de armonización en tres niveles

Nivel 1.– Actos de investigación preliminar permitidos basados en diligencias no coercitivas como los requerimientos documentales, consultas, peritajes y entrevistas voluntarias. Presentes medidas deben practicarse con protocolos de reserva y documentación judicial.

Nivel 2.– Medidas coercitivas excepcionales y controladas como allanamientos, interceptaciones o levantamientos de secreto requieren autorización previa de una Sala Penal de la Corte Suprema (o Juzgado Supremo competente), motivación reforzada y ejecución bajo plazos perentorios y custodia judicial de la evidencia.

Nivel 3.– Acusación formal prohibida durante el mandato basada en la formulación de una acusación fiscal o la presentación de denuncia constitucional por delitos comunes quedarían suspendidas hasta el término del mandato, salvo supuestos taxativos del art. 117.

## 7. PROTOCOLOS PROCESALES SUGERIDOS

Primero la custodia y lacrado judicial de las pruebas relevantes; acceso restringido hasta el fin del mandato o hasta levantamiento del fuero.

Segundo la coordinación obligatoria para diligencias que impliquen la presencia del presidente (actuación en sede presidencial cuando sea posible).

Tercero es necesario la fiscalía especializada o unidad de alta competencia para investigar a altos funcionarios, con selección por méritos y mecanismos que garanticen independencia funcional.

Tipificación estricta de filtraciones y sanciones eficaces contra quienes revelen información reservada de estas investigaciones.

La Sentencia 152/2025 es un esfuerzo hermenéutico relevante para actualizar una institución propia del constitucionalismo decimonónico; mas su eficacia dependerá, en última instancia, de que el legislador y los operadores traduzcan sus principios en reglas claras y procedimientos exigibles. Sin esa traducción normativa y procedimental, protocolos, autorizaciones judiciales de alto rango, plazos, custodia y sanciones a filtradores, la doctrina del Tribunal quedará expuesta a quedar como un enunciado noble, frágil y de escaso impacto real para la lucha contra la impunidad. La vía correcta pasa por convertir la indeterminación jurisprudencial en certezas procesales que salvaguarden la investidura sin renunciar a la justicia.

## 8. CONCLUSIÓN

La Sentencia 152/2025 representa una contorsión hermenéutica loable ya que intenta adaptar una prerrogativa decimonónica a exigencias contemporáneas, pero, en ausencia de reglas operativas, su impacto real será limitado e incierto. La «tercera vía» jurisprudencial basada en permitir investigación preliminar con límites, sólo será efectiva si el legislador y los operadores traducen sus principios en normas y protocolos exigibles: autorización judicial de alto rango para medidas invasivas, plazos perentorios para diligencias, lacrado y custodia judicial de la evidencia, fiscalía especializada para altos funcionarios y sanciones eficaces contra filtraciones. Sin esa consolidación normativa, la decisión del Tribunal quedará reducida a una declaración de buenas intenciones que puede favorecer tanto la impunidad como la politización de la investigación. En consecuencia, la respuesta al dilema constitucional no es exclusivamente judicial, más bien exige una acción legislativa urgente y medidas procesales precisas que garanticen, simultáneamente, la dignidad de la investidura y la rendición de cuentas. Sólo así el Estado de Derecho dejará de estar en jaque y la democracia reclamará su coherencia institucional.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, S., *Constitución y Procesos constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 2023.

CAMPOS BERNAL, H. J., «La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional. Francisco Eguiguren Praeli», *Derecho PUCP*, núm. 61, Lima, 2008, pp. 335-339, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3192.

CARO JOHN, J. A., Y HUAMÁN CASTELLARES, D. O., «Notas sobre el procesamiento penal de altos dignatarios por la comisión de delitos comunes. Pasado, presente y futuro de la inmunidad», *Derecho & Sociedad*, Lima, 2010, pp. 197-209, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13341.

CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Tratado de Derecho Constitucional*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, págs. 863. Sociedad Peruana De Derecho Internacional, Revista Peruana de Derecho Internacional, Abril, 2020, DOI: 10.38180/rpdi.v0i0.95

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución para la República Peruana*, Lima, 1826.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución de la República Peruana*, Lima, 1856.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución Política del Perú*, Lima, 1860.

CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República Peruana*, Lima, 1828.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La responsabilidad constitucional del presidente de la república*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2022.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España», *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Lima, 2012, pp. 13-72, https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2011.n14.38209.

LANDA ARROYO, C., «Antejuicio político», en *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., «El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 437–478, https://doi.org/10.5944/trc.35.2015.14926.

PANIAGUA CORAZAO, V., *Constitución, democracia y autocracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, J., *Historia de las Constituciones Nacionales (1812–1979)*, 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

RAMOS, R., «Derecho constitucional en ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal», *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 2, 2017, pp. 35-46.

RUBIO CORREA, m. A., *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia 00006-2003-AI/TC*, Lima, 2003.

VILLARÁN, L. F., *La Constitución peruana comentada*, edición y estudio preliminar de Carlos Ramos Núñez, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018.

VILLEGAS, l., «Los aforamientos: una garantía 'competencial' que nunca debería suponer espaciales 'privilegios procedimentales'», trabajo/informe (inédito), 2024.

# El secuestro de la soberanía popular: El Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, artífices de la muerte del estado democrático de derecho en Venezuela

# El secuestro de la soberanía popular: El Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, artífices de la muerte del estado democrático de derecho en Venezuela

*Ramsis Ghazzaoui*
*Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España*
*Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid, España*
*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Universidad Central de Venezuela*
*Profesor de Derecho Administrativo del CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, España*

*«Si no gano la reelección, el país caerá en un baño de sangre, en una guerra civil».*

## 1. INTRODUCCIÓN

Estas fueron las palabras de Nicolás Maduro Moros los días previos al evento electoral del 28 de julio de 2024.

Pues bien, al día siguiente al evento electoral, Maduro produjo en Venezuela un siniestro y macabro baño de sangre del pueblo venezolano. Y es que miles de ciudadanos salieron masivamente a protestar a las calles ante el gigantesco fraude que pretendió desconocer los resultados electorales, que tanto Venezuela y el mundo saben que dieron ganador al ciudadano Edmundo González Urrutia. Muertes, detenciones arbitrarias incluyendo las de menores de edad, persecuciones, desapariciones, y un sinfín de atrocidades son las que han estado presentes en el país desde aquel día, solo porque Maduro y su pléyade de delincuentes se niegan a respetar la soberanía popular y entregar el poder.

Oficialmente, al menos 24 muertes y más de 2.200 detenciones han sido registradas en Venezuela luego del 28 de julio de 2024.

Ante los ojos de los venezolanos y el mundo, se llevó a cabo en pleno siglo XXI, el fraude más vulgar y monumental que en materia de elecciones presidenciales haya conocido el continente americano.

Hasta la fecha, el órgano electoral que encabeza el Consejo Nacional Electoral (CNE) no ha mostrado las Actas de Escrutinio, las Actas de Totalización, ni mucho menos los resultados de forma tabulada como exige la legislación electoral.

De esta manera, como si se tratara de un acto de magia, por demás desastroso y grotesco, el CNE proclamó ganador a Nicolás Maduro Moros.

Todo ello ha sido posible porque en Venezuela, desde hace mucho tiempo, rige un régimen autocrático, tiránico, encabezado primero por Hugo Chávez y desde 2014 ha sido continuado por Nicolás Maduro, que, basado en una apariencia de institucionalidad, bajo el fenómeno del constitucionalismo autoritario, se dio a la tarea de abolir por completo el principio democrático de la separación de poderes, como de todos aquellos otros que sustentan el Estado Constitucional, copando y secuestrando con sus acólitos todos los poderes públicos, con el único y desmedido propósito de perpetuar la llamada revolución bolivariana, a costa, incluso, de la voluntad mayoritariamente abrumadora del pueblo venezolano.

Es preciso destacar que, si bien hablaremos del sistema electoral venezolano, nos circunscribiremos a lo que respecta a la elección presidencial, al ser el tema que motiva estas líneas dada la trascendencia de las consecuencias que de ella se han generado en detrimento de la democracia y la constitucionalidad, no solo de Venezuela, sino de todo el continente.

Como quiera que este trabajo será publicado fuera de las fronteras venezolanas, lo hemos estructurado partiendo de un breve bosquejo de las bases normativas del sistema electoral venezolano, de manera de poner en contexto al lector foráneo de la forma en que se haya conformado el mismo; posteriormente, nos referiremos a los prolegómenos del proceso electoral del 28 de julio de 2024, que ponen de manifiesto la carencia de condiciones mínimas para ello, y que impidieron que la principal líder opositora al régimen tiránico de Nicolás Maduro, María Corina Machado Parisca, pudiera inscribirse como candidata presidencial y fuera postulado en su lugar Edmundo González Urritia; luego, haremos mención a la actuación llevada a cabo por el CNE con motivo de los resultados de esos comicios, desconociendo y secuestrando la voluntad popular expresada contundentemente por el pueblo venezolano en las urnas electorales; continuaremos con las actuaciones desplegadas por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, como evidencia de su inexistente independencia, su condición de apéndice y súbdito del régimen, y que solo pretendieron, de manera por demás vulgar, consolidar el gigantesco fraude que ha sido cometido en Venezuela; por último, a modo de conclusiones, expondremos nuestras reflexiones finales.

## 2. EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO. BASES NORMATIVAS

El artículo 136 de la Constitución venezolana de 1999[1], configura el sistema de separación de poderes que rige en el país, bajo una penta división de los mismos al agregar a la clásica tríada del Ejecutivo, Judicial y Legislativo, los denominados poderes Ciudadano y Electoral, reconociendo a cada uno de ellos sus funciones propias y exclusivas, siendo, en consecuencia, nulos e ineficaces aquellos actos dictados en usurpación de autoridad, tal como pauta el artículo 138 eiusdem.

En lo que concierne al Poder Electoral, el artículo 292 Constitucional consagra que es ejercido por el Consejo Nacional Electoral (CNE), como órgano rector, teniendo como órganos subordinados la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral, y la Comisión de Participación Política y Financiamiento; correspondiéndole, entre otras, la atribución exclusiva para organizar, administrar dirigir y vigilar todos los actos relativos a la elección de cargos de representación popular de los poderes públicos, conforme prevé el artículo 293.5 ibídem.

Todo lo anterior quiere decir, que ningún otro poder del Estado puede asumir alguna de esas funciones, pues, de hacerlo, incurriría en usurpación de autoridad, siendo, por consiguiente, nulos sus actos y sin efecto alguno.

Por su parte, el artículo 294 del Texto Fundamental consagra los principios que rigen a los órganos del Poder Electoral, como son, los de «independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios».

En cuanto a la integración del CNE, el dispositivo constitucional 296 estatuye que será de cinco (5) personas, no vinculadas a organizaciones con fines políticos, tres (3) de las cuales postuladas por la sociedad civil, una (1) por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y una (1) por el Poder Ciudadano; durarán siete (7) años en el ejercicio de sus funciones y serán elegidos por separado de la forma que sigue: las tres (3) postuladas por la sociedad civil, al inicio de cada período de la Asamblea Nacional; y las otras dos (2), a la mitad del mismo.

Conforme establece el artículo 297 de la Constitución, la jurisdicción contencioso electoral compete a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; remitiendo a la Ley Orgánica la regulación de los procesos electorales, según dispone el artículo 298 Constitucional.

Es importante destacar, que el artículo 5 de la Norma Constitucional consagra el principio de la soberanía popular, tal y como textualmente se transcribe seguidamente:

---

[1] La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), con su Enmienda No. 1, puede verse en la Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario, de 19 de febrero de 2009.

«La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.
Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos».

Por otro lado, el artículo 62 del Texto Constitucional consagra el derecho a la participación política, esto es, aquel que detentan todos los ciudadanos para intervenir libremente en los asuntos públicos, bien directamente, o por medio de sus representantes elegidos; y en el artículo 63, se estatuye constitucionalmente el derecho al sufragio, ejercido mediante el voto universal, libre, directo y secreto, por el cual los ciudadanos llevan a cabo la elección de sus representantes.

Como bien es sabido en nuestras sociedades contemporáneas, la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible dio lugar al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, titular de la soberanía, la ejerce, generalmente, a través de representantes.

Al respecto, el profesor BREWER-CARÍAS expresa que los principios de soberanía popular y de democracia representativa son consustanciales e indisolubles, siendo imposible, en un régimen democrático, la vigencia del primero sin la existencia del otro principio. De ahí que no pueda haber democracia sin representación; ésta, en sí misma, está en la propia esencia de la democracia, donde la elección de cargos públicos por medio del sufragio constituye uno de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, y así se encuentra expresamente estatuido en el artículo 70 de la Constitución[2].

Así, en el Estado Constitucional impera el derecho a la democracia, que exige el funcionamiento de un régimen político que garantice los elementos esenciales de la misma, los cuales, sumados al catálogo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pueden identificarse de la forma que sigue: 1) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; 2) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía popular; 3) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y; 4) la separación e independencia de los poderes públicos.

---

[2] Para Allan R. Brewer-Carías, no puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea sólo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes. Si bien en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos, se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad (referendos consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios), los mismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos mediante sufragio, y mucho menos convertirse en instrumentos de gobierno. En este sentido, es imperativo que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos en sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, a través de procesos electorales transparentes, libres, y que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho. Véase a BREWER-CARÍAS (2020) pp. 33-37.

Por consiguiente, tal derecho a la democracia no puede configurarse en Estados con regímenes autoritarios, toda vez que esos elementos esenciales que hemos mencionado no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Y es que la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, sino muy especialmente, como un gobierno sometido a controles, en el cual, conforme al principio de separación de poderes, ejerce un rol determinante el Poder Judicial.

He de destacar aquí, que nuestro trabajo se circunscribe al proceso electoral del 28 de julio de 2024, llevado a cabo para la escogencia del cargo de presidente de la República; por ende, solo nos referiremos, y de manera puntual, a los dispositivos normativos de mayor relevancia que regulan la elección de tal funcionario, omitiendo, por consiguiente, lo relativo a la votación de las demás autoridades públicas.

En este sentido, el Texto Constitucional establece en el artículo 228, que la elección del Presidente de la República se hará por votación universal, directa y secreta, cuya proclamación se efectuará a aquel candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos; mientras que en el artículo 231 *ibídem*, se prevé de manera expresa la fecha en la que el candidato elegido tomará posesión del cargo de Presidente de la República, como lo es, el diez (10) de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional.

La Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE)[3], dictada en el año 2002, reitera la cualidad del CNE como órgano rector y máxima autoridad de dicho Poder Público en Venezuela, cuyos actos se fundamentan en «la preservación de la voluntad del pueblo, expresada a través del voto en el ejercicio de su soberanía» (arts. 1 y 2). De igual forma, dicho instrumento legal reafirma la autonomía de ese órgano en el ejercicio de sus funciones, su plena independencia con respecto a las demás ramas del Poder Público (art. 7), así como la exigencia de que sus miembros rectores estén desvinculados de organizaciones con fines políticos.

Dentro de las competencias del CNE, entre otras, destacan la de «organizar, administrar, supervisar y vigilar los actos relativos a los procesos electorales, de referendo y los comicios para elegir funcionarias o funcionarios cuyo mandato haya sido revocado, en el ámbito nacional, regional, municipal y parroquial»; la de «totalizar, adjudicar, proclamar, con base en las actas de escrutinio, y extender la credencial a la candidata electa o candidato electo a la Presidencia de la República, dentro de los lapsos establecidos en la ley»; así como la de «garantizar y promover la participación de las ciudadanas y los ciudadanos en los procesos electorales, de referendos y otras consultas populares» (art. 33).

[3] Véase la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.573, de 19 de noviembre de 2002.

Por su parte, Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE)[4], dictada en el año 2009, viene a regular todo lo relativo al sistema electoral venezolano, como expresión del principio de la soberanía popular y los derechos constitucionales del sufragio y de participación política de los ciudadanos. En este sentido, dicha norma faculta al CNE, como rector y máxima autoridad del Poder Electoral, para que ejerza «la suprema dirección, conducción, supervisión, vigilancia y control de los procesos electorales directamente y a través de los órganos electorales subordinados y organismos electorales subalternos» (art. 4).

Finalmente, y en desarrollo de los preceptos de esa Ley Orgánica, encontramos el Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (RGLOPRE), dictado por el CNE según Resolución No. 130118-0005, de 18 de enero de 2013.

Partiendo de esta base normativa, debemos expresar que, desde el año 2009, fue consolidado en Venezuela un minucioso sistema electoral automatizado para la realización de los procesos electorales, en el cual, las actas de escrutinio que se emiten en cada una de las mesas electorales constituyen la base fundamental de la elección, la piedra angular para la totalización de los resultados de las votaciones, configurándose ellas, así, como la más elemental y auténtica prueba del acto de votación.

En efecto, conforme la LOPRE y su Reglamento General[5], el acto electoral es llevado a cabo en los denominados «Centros de Votación», conformados por «Mesas Electorales», las cuales constituyen organismos electorales subalternos de la Junta Nacional Electoral, y cuya función es celebrar los actos de instalación, constitución, votación y escrutinio[6].

El acto de votación es llevado cabo una vez que las mesas electorales se encuentren constituidas con sus miembros, de manera ininterrumpida, desde las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. (a menos que se hallen electores en espera de ejercer su derecho al sufragio), por medio de boletas electrónicas, donde el elector selecciona la opción de su preferencia y presiona en la pantalla respectiva el recuadro «VOTAR». Una vez que el voto es emitido, queda almacenado en el sistema automatizado respectivo, y la máquina de votación imprime un comprobante de este que es depositado en la llamada caja de resguardo, a los fines de la posterior verificación o auditoría ciudadana[7].

Una vez que finaliza el acto de votación, se procede al escrutinio automatizado de los votos emitidos, esto es, «el proceso mediante el cual se contabilizan y emiten los resultados de la Mesa Electoral de manera ágil, efectiva y transparente» (art. 138 LOPRE).

---

[4] Véase la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.928 Extraordinario, de 12 de agosto de 2009.

[5] Véanse sobre el particular los artículos 106 y ss de la Ley, y 103 y ss del Reglamento.

[6] Las meas electorales están integradas por un presidente, un secretario y unos miembros principales, designados mediante sorteo público por el CNE en cumplimiento del servicio electoral obligatorio (arts. 98, 111 y 117 LOPRE), cuyas funciones son de carácter temporal y de ejercicio transitorio (art. 37 RGLOPRE), debiendo entonces ser considerados como funcionarios públicos electorales temporales o transitorios, culminando con el acto de escrutinio, cuyo resultado es autenticado en el acta respectiva con la firma de los mismos, en forma digital.

[7] Sobre el acto de votación, véanse los artículos 121 y ss de la LOPRE, y 310 y ss del RGLOPRE.

Tal acto de escrutinio, valga decir, es de carácter público, pudiendo ser presenciado por aquellos ciudadanos que lo deseen, sin más limitaciones que las derivadas de la capacidad física del centro de votación y de la seguridad del acto electoral (arts. 140 LOPRE y 334 RGLOPRE).

A tal efecto, las respectivas máquinas de votación de las Mesas Electorales emitirán la correspondiente Acta de Escrutinio, la cual contiene la totalidad de la información y la firma de todos los miembros de mesa, los testigos electorales y del operador del sistema integrado acreditado por el CNE (arts. 142 y 143 LOPRE y 340 RGLOPRE)[8].

En este sentido, deberá seguirse el siguiente procedimiento: En primer lugar, el operador del sistema integrado imprimirá el primer ejemplar del Acta de Escrutinio; luego, una vez impreso el primer ejemplar, sin que medie ninguna instrucción, el operador del sistema integrado procederá a efectuar la transmisión de los datos de la máquina de votación al Consejo Nacional Electoral; así, transmitidos los datos, el operador del sistema integrado procederá a imprimir los otros ejemplares de las Actas de Escrutinio (art. 336 RGLOPRE).

Es importante señalar, que el primer ejemplar impreso del Acta de Escrutinio automatizada, en el caso de la elección de Presidente de la República, es remitido al Consejo Nacional Electoral (CNE), mientras que el resto de los ejemplares impresos son distribuidos de la manera que sigue: a la Junta Nacional Electoral; a la Oficina Regional Electoral correspondiente; al presidente de la Mesa Electoral; al secretario de la Mesa Electoral; a los testigos de los postulantes o sus alianzas que hayan obtenido las tres primeras votaciones en la Mesa Electoral respectiva por tipo de elección; y a los otros miembros de la Mesa Electoral y demás testigos presentes, siempre y cuando no se hayan agotado las copias, no pudiendo ninguno de ellos recibir más de un ejemplar del Acta de Escrutinio (art. 337 RGLOPRE).

Quiere decir lo anterior que, en caso de la elección presidencial del 28 de julio de 2024 llevada a cabo en Venezuela, en la cual, según información del propio CNE, fueron instaladas más de 30.000 Mesas Electorales, se emitieron más de 210.000 copias de las Actas de Escrutinio, las cuales se encuentran en poder de las personas y órganos antes mencionados.

Además, una vez que se produce el cierre de la votación, procede llevar a cabo la respectiva verificación ciudadana, que consiste en la confrontación del contenido de los comprobantes de votación con relación a los datos reflejados en el Acta de Escrutinio, y cuya finalidad es la verificación de la correspondencia entre los datos producto del acto de votación, referidos al número de votantes y observaciones reflejadas en el acta de escrutinio, con relación al proceso de votación desarrollado durante el evento electoral (arts. 162 LOPRE y 437 RGLOPRE).

---

[8] Para asegurar la transparencia del proceso electoral, las actas de escrutinio han de ser legibles y contener la información siguiente: ubicación de la mesa electoral; número de electores; número de electores que votaron según el cuaderno de votación; cantidad de votos emitidos a favor de cada candidato, discriminados por partidos o grupos de electores; y un resumen de los votos.

Luego que ha sido emitida el Acta de Escrutinio, corresponde realizar los actos de Totalización, Adjudicación, Proclamación y extensión de credenciales, que, en el caso de la elección del cargo de Presidente de la República, es de la competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral (CNE), conforme establece el artículo 374 RGLOPRE.

En cuanto al Acto de Totalización, este es automatizado, comprende la sumatoria de los resultados contenidos en todas las Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales, y se efectúa mediante el Sistema Automatizado de Totalización aprobado por el CNE (arts. 144 LOPRE y 373 RGLOPRE).

De importancia mencionar que, tal y como prevé el artículo 146 LOPRE, una vez que ha terminado el acto de votación, todos los órganos electorales tienen la obligación de efectuar en un lapso de 48 horas el procedimiento de totalización, que debe incluir los resultados de todas las Actas de Escrutinio de la circunscripción respectiva.

Es decir, que dentro de ese lapso deben ser emitidos y difundidos los resultados que apoyan la totalización, levantándose un Acta de Totalización en la que se deje constancia de los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las Actas de Escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, presentados en forma tabulada mediante una Hoja Complementaria de Totalización, que será emitida por el Sistema Automatizado de Totalización (arts. 150 LOPRE y 382 RGLOPRE).

Totalizadas las Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales, el Sistema Automatizado de Totalización emitirá el Boletín Final de Totalización y el Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación y las Hojas Complementarias de Totalización, donde estarán reflejados los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las Actas de Escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, los cuales habrán de estar presentados en forma tabulada (arts. 150 LOPRE y 385 RGLOPRE).

El Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación deberá contener la siguiente información: i) total de electoras o electores inscritas e inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción respectiva; ii) total de votantes; iii) total de actas escrutadas; iv) total de actas faltantes; v) total de votos escrutados; vi) total de votos válidos; vii) total de votos nulos; viii) total de votos de los candidatos, por organización con fines políticos, grupo de electores, y por alianza, así como también por iniciativa propia; ix) abstención. En este sentido, el CNE debe emitir las copias certificadas que sobre dicha acta le sean solicitadas por los testigos interesados en ello (arts. 383 y 386 RGLOPRE).

Luego del Acto de Totalización se realiza el Acto de Adjudicación, esto es, la conversión de los votos de los electores con base en el sistema electoral previsto en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, lo cual, conforme al artículo 7, se produce sobre la mayoría relativa de votos, levantándose un acta en la que se deja constancia de los cálculos utilizados para la adjudicación (arts. 151 y 152 LOPRE y 387 RGLOPRE).

Posteriormente, el CNE llevará a cabo el Acto de Proclamación, por el cual otorgará al candidato que hubiere obtenido la mayoría de la votación, la correspon-

diente credencial que le acreditará como presidente electo (arts. 153 LOPRE y 391 RGLOPRE).

Dentro de los 30 días siguientes a la proclamación del candidato presidencial, el CNE publicará los respectivos resultados en la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela (arts. 155 LOPRE y 395 RGLOPRE).

Igualmente, contempla la LOPRE lo relativo a las auditorías electorales, como mecanismo para garantizar la transparencia y confiabilidad de las elecciones, y por las cuales el sistema electoral automatizado puede ser verificado en todas y cada una de sus fases, tanto al software como al hardware utilizado en el proceso electoral (arts. 156 LOPRE y 442 RGLOPRE).

Así las cosas, y para finalizar este punto inicial, no queda la menor duda que, en el caso de la elección del Presidente de la República, el Consejo Nacional Electoral tiene la competencia exclusiva, como la expresa obligación, de realizar la totalización de las votaciones conforme a la información contenida en las Actas de Escrutinio emitidas por las Mesas Electorales; y solo luego de efectuado ello, podrá proceder a la adjudicación y proclamación respectiva.

Lo contrario, como señaló desde hace algún tiempo la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, acarrea la nulidad del acto, tal y como puede verse en la sentencia No. 89, de 14 de julio de 2005, en la cual adujo que el CNE tiene el deber de «computar e incluir de forma pormenorizada en el Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación, los resultados contenidos en la totalidad de las Actas de Escrutinio de la Circunscripción Electoral respectiva, lo que configura un requisito formal del acto administrativo. El incumplimiento de dicho deber acarrea la nulidad del acto».

De esta manera, conforme la LOPRE y su Reglamento General, no puede haber proclamación del cargo de Presidente de la República si no se ha efectuado la totalización de las Actas de Escrutinio; primero hay que totalizar, seguidamente se adjudica y, finalmente se proclama al candidato electo. Se trata de procedimientos que están debidamente concatenados, de tal suerte que, la validez de los procedimientos anteriores determina la validez de los procedimientos posteriores.

De la forma que antecede, queda esbozado, grosso modo, el sistema electoral venezolano y sus bases normativas.

## 3. EL PROCESO ELECTORAL PRESIDENCIAL DEL 28 DE JULIO DE 2024. PROLEGÓMENOS

El fraude acaecido en Venezuela en la elección presidencial del 28 de julio de 2024, ante la mirada del mundo entero, donde la propia institucionalidad desconoció la voluntad del pueblo venezolano expresada en las urnas electorales en ejercicio de su soberanía, quien de manera rotunda, incontestable, mayoritaria y abrumadora, eligió como Presidente de la República a Edmundo González Urrutia; fue posible porque en

el país, desde hace muchísimo tiempo, la vigencia de uno de los principios fundamentales de la democracia constitucional, como lo es, la independencia y separación de poderes, es solo nominal, pues todos los Poderes Públicos, sin excepción, se encuentran secuestrados, arrodillados, al régimen tiránico que allí gobierna desde hace 25 años, encabezado, primero por Hugo Chávez y actualmente por Nicolás Maduro.

En efecto, y para tener una mejor dimensión de lo aquí expuesto, nos referiremos a la actual integración del Poder Electoral, que, como ya vimos, es ejercido por el Consejo Nacional Electoral (CNE), a cuyos miembros, entre otros requisitos, se les exige no tener filiación política alguna, en aras de la debida imparcialidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones.

Según Acuerdo de la Asamblea Nacional de 24 de agosto de 2023, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.758 Extraordinario, de la misma fecha, fueron designados los miembros actuales del CNE, teniendo el carácter de principales los funcionarios siguientes: Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso (Presidente); Carlos Enrique Quintero Cuevas (Vicepresidente); Rosalba Gil Pacheco; Acme Clarisa Nogal Méndez; y Juan Carlos Delpino Boscán.

Por solo mencionar la persona de su presidente, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, observamos que ha estado vinculado al régimen oficialista desde sus inicios en el año 1998 con el arribo al poder de Hugo Chávez, resultando electo Diputado a la Asamblea Nacional por el partido político Movimiento V República (MVR). De igual forma, fue diputado a la AN por el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), en representación del estado Aragua, en los períodos 2005-2010 y 2010-2015. Su ejercicio parlamentario se destaca por sus constantes, desmedidos y vulgares ataques a la oposición venezolana y, muy especialmente, contra la figura de María Corina Machado Parisca.

Entre agosto y octubre de 2017, se desempeñó como Vicepresidente de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), convocada ilegítima e inconstitucionalmente por Nicolás Maduro Moros, con el único propósito de anular al Parlamento Nacional que, para la época, era de mayoría opositora. Antes de unirse a la ANC, Hidrobo Amoroso fue director general de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Presidencia.

En noviembre de 2017, la Oficina para el Control de Bienes Extranjeros del Departamento del Tesoro de Estados Unidos (OFAC), sancionó a este personaje por estar asociado con actividades para el debilitamiento de los procesos electorales, la censura a los medios de comunicación y hechos de corrupción[9].

El 23 de octubre de 2018, tal funcionario es designado como Contralor General de la República (CGR) por la espuria e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, donde, lejos de ejercer sus atribuciones y perseguir la corrupción que azota

[9] OFICINA PARA EL CONTROL DE BIENES EXTRANJEROS DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO DE ESTADOS UNIDOS (OFAC). Disponible en: https://cl.usembassy.gov/es/departamento-del-tesoro-de-ee-uu-sanciona-a-diez-funcionarios-del-gobierno-venezolano/ [Fecha consulta: 6 octubre 2024]

a Venezuela, se dio a la tarea de «inhabilitar políticamente»[10] a figuras destacadas de la oposición venezolana, entre las cuales estuvo María Corina Machado Parisca. Este cargo lo ejerció hasta su designación como rector y presidente del CNE.

Tal y como expresamos en el punto anterior, la Constitución venezolana prevé de forma expresa, en su artículo 231, la fecha en la que el candidato elegido tomará posesión del cargo de Presidente de la República, esto es, el diez (10) de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional.

En Venezuela, tradicionalmente, la elección presidencial ha tenido lugar la primera semana de diciembre, mes inmediato anterior a la fecha pautada constitucionalmente para la toma de posesión. No obstante, las elecciones presidenciales correspondientes al período 2019-2025, tras una ilegítima e inconstitucional convocatoria de la espuria Asamblea Nacional Constituyente, fueron adelantadas para el mes de mayo de 2018.

Así, repitiendo ese esquema de 2018, el CNE encabezado por Hidrobo Amoroso convocó en marzo de 2024 unas elecciones presidenciales anticipadas, para el período constitucional 2025-2031, las cuales tuvieron lugar el 28 de julio de 2024.

Tal evento electoral, estuvo precedido por una serie de acontecimientos políticos que comenzaron con la conformación de un nuevo CNE, de lo cual ya hicimos mención, y prosiguieron con el desconocimiento y nulidad de las elecciones primarias celebradas por la oposición para designar su candidato presidencial; la inhabilitación política de la candidata y líder de la oposición, María Corina Machado Parisca, que conllevó a la postulación de Edmundo González Urrutia; así como la persecución y encarcelamiento de distinguidos personajes políticos opositores.

En efecto, las distintas fuerzas políticas de la oposición venezolana, agrupadas a través de la llamada «Plataforma Unitaria», llevaron a cabo el 22 de octubre de 2023 las denominadas primarias, para determinar quién sería el representante y candidato opositor en las elecciones presidenciales de 2024, evento éste organizado completamente por la sociedad civil, bajo la conducción de la Comisión Nacional de Primarias, sin participación alguna de órganos ni entidades públicas civiles o militares, resultando ganadora, con una amplia mayoría, María Corina Machado Parisca, al

[10] Solo destacar aquí, por cuanto profundizar en ello excede a nuestro trabajo, que tal potestad no le compete constitucionalmente a la Contraloría General de la República, ya que de acuerdo con los artículos 39, 42, 62 y 65 de la Constitución, la inhabilitación política únicamente puede ser acordada por sentencia judicial definitivamente firme. El derecho a optar a cargos de elección popular o sufragio pasivo, es un derecho político en los términos del artículo 62 de la Constitución, con lo cual la inhabilitación, como condición de suspensión en ejercicio de ese derecho constitucional, sólo puede ser acordada mediante sentencia judicial firme y en los casos que determine la Ley. Tal materia debe ser entendida de reserva constitucional, en el sentido que no le es dado al Legislador modificar los supuestos bajo los cuales pueden suspenderse los derechos políticos, permitiendo a la Administración acordar tal inhabilitación. Así pues, es contrario a la Constitución la inhabilitación acordada por el Contralor para el ejercicio de cargos de elección popular. Al respecto, véanse, entre otros a: HERNÁNDEZ G. (2008) pp. 55-57; CARRILLO ARTILES (2009); BREWER-CARÍAS (2012) pp. 326 y ss; BREWER-CARÍAS (2012a) pp. 355-387; BREWER-CARÍAS (2017) pp. 326-337.

haber alcanzado el 92,35% de los 2.253.825 de electores que participaron en tal actividad[11].

El 30 de octubre de 2023, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia profirió la sentencia No. 122, por la cual admitió un recurso contencioso electoral que fue interpuesto en contra de las primarias, y acordó una medida cautelar de amparo suspendiendo los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la Comisión Nacional de Primarias el 22 de octubre de 2023, al considerar que ellas (las primarias) consistían en un proceso electoral que debía haberse realizado por el CNE. Adicionalmente, la Sala Electoral expresó que María Corina Machado Parisca estaba inhabilitada administrativamente por 15 años, lo que impedía que participara como candidata presidencial.

Al respecto, es necesario destacar, que el artículo 293 de la Constitución, contentivo de las atribuciones del Poder Electoral, establece textualmente, en el numeral 6, lo siguiente:

> «Artículo 293. El Poder Electoral tiene por funciones:
> (…)
> 6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios».

Como fácilmente puede constatarse, tal competencia se encuentra referida –únicamente– a los procesos por medio de los cuales los miembros de las organizaciones allí referidas eligen a las autoridades; a elecciones de alguna organización de la sociedad donde se hubiese elegido a los miembros de los órganos de dirección de las mismas.

Las primarias celebradas por la Plataforma Unitaria, aun cuando comprende a partidos políticos, no estuvieron orientadas a escoger a quienes ocuparían cargos en esas organizaciones; sólo fueron un mecanismo de consulta para determinar quién sería el candidato presidencial unitario, lo que no se corresponde con un cargo dentro de una organización política. Como tales, las primarias no generaron ningún efecto jurídico; éste se produciría cuando las organizaciones políticas aglutinadas en la Plataforma Unitaria postulasen como candidata presidencial a María Corina Machado Parisca.

Así, el recurso contencioso electoral intentado en contra de las primarias, no encajaba dentro de las competencias legales de la Sala Electoral, al no tratarse de un acto emanado de algún órgano del Poder Electoral, ni tampoco de alguno de naturaleza electoral, proveniente de organizaciones no estatales con fines políticos o de la sociedad civil.

Como bien expresa HERNÁNDEZ G., la Sala Electoral, al estimar las primarias como una elección sometida al Poder Electoral, violó el derecho de participación política re-

[11] Véase en: https://runrun.es/noticias/511417/boletin-final-de-primaria-2023-machado-obtuvo-2-253-825-millones-de-votos/

conocido en el artículo 23 de la Convención Americana, toda vez que pretende prohibir a la sociedad civil el derecho de organizarse libremente para seleccionar al candidato unitario, lo cual afecta los fundamentos de la democracia. Para el referido autor, esta actuación comprende un evidente caso de judicialización de los derechos políticos, y es una clara muestra del autoritarismo promovido la Sala Electoral, imponiendo restricciones ilegítimas a los derechos políticos de los ciudadanos, incluso, con amenazas de persecución a través de procesos penales en caso de no acatar sus decisiones[12].

No existen dudas que el proceso organizado por la Comisión Nacional de Primarias de la Plataforma Unitaria, fue desarrollado íntegramente por una organización de la sociedad civil, con el respaldo de organizaciones y partidos políticos de oposición, para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a la participación política y libertad de expresión en la escogencia de la candidata de la oposición para la elección presidencial de 2024, en el cual no participó, ni tenía que participar, en forma alguna, el Consejo Nacional Electoral ni ningún otro órgano o ente público.

Pero, además, esta decisión de la Sala Electoral también consideró la inhabilitación administrativa de María Corina Machado Parisca para postularse como candidata presidencial, supuestamente dictada por la Contraloría General de la República, de la cual no se tiene conocimiento, ni se puede acceder al expediente.

Sobre esto hay que reiterar, que la Contraloría General de la República, como órgano de naturaleza administrativa, no puede limitar, siquiera temporalmente, el ejercicio del derecho político a ser electo. Además, la sanción de inhabilitación a que se contrae el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), es de naturaleza accesoria a la sanción que, previo procedimiento, declara la responsabilidad del funcionario[13]. En este caso, ni la una ni la otra existen.

---

[12] HERNÁNDEZ G. (2023) pp. 366-368.

[13] La LOCGRSNCF prevé en el artículo 105 lo siguiente:

«La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor o Contralora General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público o funcionaria pública, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula».

Compartimos la opinión expresada por José Ignacio Hernández G., al afirmar que la inhabitación para el ejercicio de cargos de elección popular solo puede ser acordada por el juez penal,

Queda claro con esta sentencia de la Sala Electoral, que lo pretendido por el régimen era impedir que María Corina Machado Parisca pudiera presentarse al evento electoral del 28 de julio de 2024, además del riesgo de que cualquier actividad orientada a su postulación como candidata presidencial, pudiera ser considerada como desacato, dando lugar con ello al inicio de procesos penales.

Tanto fue el empeño del régimen por intentar anular políticamente e impedir la participación de María Corina Macho Parisca en el proceso electoral presidencial del 28 de julio de 2024, que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 5, de 26 de enero de 2024 (a la cual no se tiene acceso y solo se conoce por un aviso publicado por ese tribunal en su portal de información web), sostuvo que «la ciudadana María Corina Machado Parisca, está INHABILITADA para ejercer funciones públicas por un periodo de quince (15) años, de acuerdo a la Resolución número 01-00-000285, de fecha 16 de septiembre de 2021, emanada de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA».

En virtud de lo anterior, María Corina Machado Parisca optó por una candidatura que la sustituyera, lo cual recayó sobre la ciudadana Corina Yoris. No obstante, la postulación de la misma no pudo ser materializada ante el CNE, toda vez que le fue impedido acceder al sistema automatizado de postulaciones por problemas técnicos. Finalmente, la Plataforma Unitaria logró la postulación del ciudadano Edmundo González Urrutia como candidato presidencial.

Durante la campaña electoral, se produjeron detenciones arbitrarias de los colaboradores de la oposición, destacando la orden de captura sobre miembros principales del comando de campaña de María Corina Machado Parisca, seis de los cuales, incluyendo la jefa de este, están refugiados en la embajada de Argentina en Caracas, que hoy es regentada por Brasil ante la ruptura de relaciones diplomáticas entre Venezuela y Argentina.

A ello se agrega la persecución emprendida por la institucionalidad del régimen de Maduro, principalmente por el SENIAT (agencia tributaria), en contra de todos aquellos que de alguna forma brindaron apoyo a la oposición, de lo cual resaltamos las multas y clausuras de hoteles y posadas donde María Corina Machado Parisca se había hospedado en sus giras por el interior del país, así como locales de comida y comercio en general; limitaciones y prohibiciones sobre medios de transporte; restricción del tránsito por autopistas, carreteras y avenidas; entre muchas otras arbitrariedades.

En este orden de ideas, destacamos lo expresado por el Centro Carter en el informe que efectuara sobre el proceso electoral presidencial de Venezuela, en su condición de observador internacional acreditado por el CNE, al afirmar textualmente lo siguiente:

---

mediante sentencia definitiva, en aquellos procesos en los cuales, como pena accesoria, se imponga la inhabilitación política. Y, justamente, ello es lo que distingue a la inhabilitación administrativa y la inhabilitación política. La primera es impuesta por la Contraloría, y solo afecta el acceso a cargos administrativos. La segunda solo puede ser dictada por el juez penal, y afecta el ejercicio del derecho de cargos de elección popular. Véase a HERNÁNDEZ G. (2023) p. 370.

«(…)
El proceso electoral de Venezuela en 2024 no ha alcanzado los estándares internacionales de integridad electoral en ninguna de sus etapas relevantes y ha infringido numerosos preceptos de la propia legislación nacional. Se desarrolló en un ambiente de libertades restringidas en detrimento de actores políticos, organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación. A lo largo del proceso electoral, las autoridades del CNE mostraron parcialidad a favor del oficialismo y en contra de las candidaturas de la oposición.
En el campo específicamente electoral, la actualización del registro de electores se realizó con numerosos inconvenientes: plazos muy cortos, relativamente escasos lugares de inscripción y una mínima campaña de información y difusión públicas. El problema se agravó en el exterior, donde los ciudadanos enfrentaron barreras legales desmedidas, incluso arbitrarias, para inscribirse en el padrón en el extranjero. El resultado de la restrictiva jornada especial se tradujo en cifras muy bajas de nuevos votantes en el exterior.
El registro de partidos y candidatos tampoco se adecuó a estándares internacionales. En los años recientes, partidos de la oposición han sufrido intervenciones judiciales en desmedro de sus liderazgos social y políticamente más reconocidos para beneficiar a personas afines al gobierno, influyendo sobre la conformación de sus candidaturas. De manera aún más importante, la inscripción de la candidatura de las principales fuerzas de oposición se halló sujeta a la discrecionalidad de las autoridades electorales que adoptaron decisiones sin respetar principios jurídicos básicos.
La campaña electoral se desarrolló con un notable desequilibrio a favor del gobierno en todos los campos. La candidatura oficialista contó con muy amplios recursos, lo que se tradujo en la gran desproporción de mítines, murales, vallas y afiches a su favor. Se observó el abuso de recursos públicos, incluyendo el uso de vehículos, la movilización de funcionarios para la campaña y el uso de programas sociales. Asimismo, la candidatura gubernamental tuvo preponderancia en la televisión y la radio, tanto en publicidad, transmisión de eventos y cobertura noticiosa. Las autoridades intentaron restringir las campañas de la oposición, incluyendo la persecución e intimidación de personas que prestaron servicios o vendieron bienes para el proselitismo opositor para generar un efecto disuasivo»[14].

De igual manera, subrayamos el informe del Departamento para la Cooperación y Observación Electoral (DECO) de la Secretaría de la OEA, sobre la elección presidencial de Venezuela, el cual realiza un detallado relato sobre la etapa preelectoral y la jornada de votación, incluyendo el escrutinio y difusión de los resultados, así como también las irregularidades técnicas y jurídicas evidenciadas en estas fases del proce-

[14] Disponible en: https://www.cartercenter.org/news/pr/2024/venezuela-073024-spanish.pdf

so, y lo relativo a la represión, detenciones arbitrarias, censura e intimidación que se vive en Venezuela. Categóricamente, el informe afirma que:

> «antes de la jornada electoral, la elección presidencial se había caracterizado por una sucesión de obstrucciones arbitrarias al ejercicio del sufragio activo y pasivo, en la forma de artilugios ilegales, intimidación, violencia, detenciones, expulsiones, inhabilitaciones, trabas burocráticas, uso electoral del aparato estatal y otro arsenal de obstáculos a la manifestación libre de la voluntad popular. Estas acciones buscaron inclinar la balanza a favor del oficialismo, desalentar y amedrentar a la oposición engañar y confundir al electorado y, en general, burlar la normativa electoral y los acuerdos alcanzados en un amplio proceso de negociación con acompañamiento internacional. Desafortunadamente, los esfuerzos del oficialismo por controlar el proceso electoral no cesaron el 28 de julio, sino que más bien se intensificaron al cierre de la votación» [15].

El informe deja constancia que el proceso presidencial se desarrolló en un clima de intensa polarización y desconfianza hacia el sistema electoral, al no existir fronteras entre el Estado, el gobierno y el partido oficialista, que ejerce «el control gubernamental de la totalidad de las instituciones públicas, incluyendo el poder legislativo, el sistema judicial, el ejército, la policía, el servicio de inteligencia, el CNE y distintos medios de comunicación», aunado a la presencia de «grupos armados paraestatales ligados al oficialismo».

Afirma que se trató de una contienda en extremo inequitativa, caracterizada por una desmedida concentración del poder y la eliminación de los pesos y contrapesos, que conllevó a «la detención y persecución de miembros de la oposición y sus colaboradores, la creación de un ambiente de intimidación y amenaza, la aplicación de subterfugios legales para neutralizar fuerzas rivales y marginalizar a segmentos del electorado, el uso de recursos públicos y redes clientelares con fines proselitistas, la falta de transparencia y las restricciones al derecho de información, entre otras».

En lo que respecta a la inhabilitación de candidaturas y de autoridades electas y destituciones, destaca el caso de María Corina Machado Parisca y el de 12 alcaldes que fueron inhabilitados por apoyar al candidato opositor Edmundo González (dos del estado Miranda, ocho del estado Trujillo y dos del estado Nueva Esparta).

En cuanto a detenciones, desapariciones y actos de intimidación, reitera lo concerniente a los seis directivos de la campaña de María Corina Machado Parisca, refugiados en la Embajada de Argentina (hoy regentada por Brasil) desde el mes de abril; igualmente, refiere que la organización no gubernamental Foro Penal, hasta el 25 de julio de 2024 registraba 135 arrestos arbitrarios por razones políticas, con desapari-

[15] Disponible en: https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-al-SG-sobre-Elecciones-Venezuela-2024-30-de-julio-para-distribuir-(1).pdf

ciones forzadas en el marco del proceso, lo cual aumentó con 48 arrestos arbitrarios más entre el 26 y el 28 de julio.

Destaca las detenciones de al menos 46 personas, por el solo hecho de prestar servicios o vender bienes a la oposición durante su recorrido por el país o en las concentraciones políticas. Denuncia los constantes abusos y violaciones de derechos humanos durante la campaña electoral en Venezuela; detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, persecuciones políticas, censura y obstáculos a la participación política; actos de violencia e intimidación con el fin de alterar el proceso electoral.

También, la opacidad, obstrucción de testigos y rechazo a la observación nacional e internacional, que en aras de la transparencia del proceso constituyen pilares fundamentales de todo evento electoral democrático. Únicamente el Panel de Expertos Electorales de la ONU y el Centro Carter desplegaron misiones en territorio venezolano, aunque con restricciones considerables al ejercicio libre de sus funciones. El 28 de mayo el CNE revocó la invitación a la misión de observación de la Unión Europea. Los días previos a la elección se impidió la participación de diversos invitados internacionales de las organizaciones políticas de la oposición, mediante el retiro de la invitación, bloqueo del espacio aéreo para ingresar a territorio venezolano, deportación y expulsión del país, de lo que resalta el caso de una delegación de ex mandatarios de la región, cuyo avión fue retenido en Panamá y a quienes no se les permitió viajar a Venezuela, así como legisladores y otras autoridades electas de distintas naciones.

Los ataques a los medios de comunicación, al derecho a la libertad de expresión y a la información fueron patentes, mediante el continuo hostigamiento judicial, detenciones arbitrarias, amenazas, restricciones para acceder a la información, cierre de medios de comunicación y señalamientos estigmatizantes por parte de altos funcionarios del gobierno contra aquellos que investigan y participan activamente en asuntos de interés público y político. En efecto, entre enero y abril de 2024, se perpetraron, al menos, 128 agresiones contra periodistas, activistas, defensores de derechos humanos, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil, así como 18 detenciones de personas por el simple hecho de ejercer su derecho a la libertad de expresión.

Si bien pudiéramos seguir mencionando los interminables abusos, injusticias, agresiones y arbitrariedades que rodearon al proceso electoral presidencial venezolano del 28 de julio de 2024, como sería uno de ellos lo relativo a la diáspora venezolana estimada en alrededor de ocho millones de personas en el exterior[16], a las que se les coartó su derecho al sufragio; por razones de espacio concluiremos sintetizando que tal proceso electoral, desde su convocatoria hasta su celebración y eventos sucesivos, solo puede catalogarse como un fraude masivo; un proceso electoral que no cumplió con los más básicos estándares democráticos, donde los resultados anunciados por el CNE son falsos, han sido forjados, desconociendo con ello la soberanía popular expre-

[16] Véase https://www.acnur.org/es-es/emergencias/situacion-de-venezuela

sada mediante el sufragio por los ciudadanos venezolanos, tal y como constataremos seguidamente.

## 4. EL ÓRGANO ELECTORAL ANTE LOS RESULTADOS COMICIALES: EL DESCONOCIMIENTO Y SECUESTRO DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL

Hemos visto que el sistema electoral venezolano se encuentra completamente automatizado para la realización de los procesos electorales, donde las Actas de Escrutinio que se emiten en cada Mesa Electoral son la base fundamental de la elección, la principal prueba del acto de votación, así como también lo es, el comprobante que emite la máquina de votación una vez que es emitido el voto por el elector y que es depositado en la llamada caja de resguardo.

Dichas Actas de Escrutinio, como también hemos expuesto, son emitidas automáticamente por la máquina de votación en cada Mesa Electoral, y están provistas de firma electrónica, de un código de identificación «QR», únicos de cada Acta, las cuales, además, son firmadas digitalmente por todos los miembros de la Mesa Electoral y de los testigos que presencian la votación.

Estas Actas de Escrutinio, al momento del cierre de la Mesa Electoral en el caso de la elección presidencial, son transmitidas inmediatamente, por vía electrónica, al Consejo Nacional Electoral, al ser el único autorizado para llevar a cabo los actos subsiguientes en ese tipo de elección, como son, los de totalización, adjudicación y proclamación.

Como ya se dijo, de tales Actas de Escrutinio se emiten copias para los miembros de la Mesa Electoral, los testigos, así como para los representantes de las organizaciones políticas. De tal manera que, todos los interesados en la votación tienen copias legítimas de dichas Actas y, por consiguiente, tienen la información contenida en ellas.

Así pues, en un breve período de tiempo y con un poco de organización, es fácilmente posible que los actores electorales puedan conocer el resultado de las elecciones, incluso con antelación a cualquier boletín que sobre ello pueda emitir el Consejo Nacional Electoral.

Una vez que estas Actas de Escrutinio son enviadas electrónicamente al CNE, éste ha de proceder a la totalización de los votos, conforme a los resultados que están contenidos en dichas Actas de Escrutinio; y posteriormente, procede a la adjudicación del cargo al candidato presidencial que hubiere resultado electo, para finalmente efectuar la correspondiente proclamación.

Recordemos que, conforme a los artículos 150 LOPRE y 385 RGLOPRE, el Sistema Automatizado de Totalización emite el Boletín Final de Totalización y el Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación y las Hojas Complementarias de Totalización, donde están reflejados los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las Actas de Escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, presentados en forma tabulada.

Hay que destacar que, en atención a lo pautado en el referido artículo 385 RGLOPRE, el Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación, así como el Boletín Final de Totalización y las Hojas Complementarias de Totalización, deben ser firmados, en el caso de la elección presidencial, por los Rectores del Consejo Nacional Electoral, estando obligados a entregar copias certificadas de ellas a los testigos interesados que así lo soliciten, tal y como establece el artículo 386 *ejusdem*.

Así las cosas, pasadas las 12:00 a.m. del 29 de julio de 2024, es decir, más de seis horas después del cierre del acto de votación, el presidente del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, sin la presencia de los rectores del órgano electoral, efectuó una lectura de un supuesto Boletín Parcial de Totalización del resultado de las Actas de Escrutinio, según el cual expresó que, luego de recuperar la transmisión tras un supuesto hackeo de los sistemas informáticos, existía una «tendencia contundente e irreversible», indicando que, con una participación del 59%, es decir, 12.580.719 de electores, y con una transmisión de 80% de las actas, Nicolás Maduro Moros había obtenido 5.150.092 votos, para un 51, 20%, mientras que Edmundo González Urrutia había obtenido 4.445.978 votos, para un 44, 20%. Es decir, según estos cómputos, la diferencia entre ellos sería de 704.114 votos, y aún quedaba por computarse un 20% de las Actas de Escrutinio, esto es, alrededor de 2.521.945 votos.

Entonces, surge de allí una pregunta inicial, cuál es, ¿cómo podía hablarse de una «tendencia contundente e irreversible» cuando aún quedaba esa cantidad de votos por escrutar? Obviamente que se trata de una afirmación falaz, ya que las tendencias irreversibles se verifican cuando el faltante por contar, en ningún caso, puede llegar a superar la diferencia existente,

Pero, lo más grave, es que ese supuesto Boletín Parcial no fue emitido por el Sistema Automatizado de Totalización, como tampoco en presencia de testigos de los candidatos de la oposición, a quienes les fue impedido el ingreso a la sala de totalización de datos del CNE[17].

Hay que ser enfáticos en reiterar que, a tenor de la LOPRE y su Reglamento General, tal Boletín Parcial de Totalización solo puede emitirse con base en el procedimiento de totalización, soportado, a su vez, en el procedimiento de escrutinio; debe ir acompañado de la emisión de los resultados parciales del procedimiento de totalización y, por ende, de las actas de escrutinio ya totalizadas por mesas.

Es decir, sin haberse producido la totalización de las Actas de Escrutinio por el respectivo sistema, sin testigos electorales, y sin la presencia de los miembros rectores del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, a título personal, procedió a

[17] Al respecto, véase: https://www.infobae.com/venezuela/2024/07/29/la-oposicion-de-venezuela-denuncio-que-el-regimen-paralizo-la-transmision-de-datos-desde-algunos-centros-de-votacion/ De igual manera, véanse las declaraciones del candidato presidencial Enrique Márquez, quien expresó que el boletín número uno no fue emitido en la sala de totalización ni en presencia de los testigos, en: https://www.elnacional.com/venezuela/enrique-marquez-denuncia-que-primer-boletin-no-se-imprimio-en-la-sala-de-totalizacion-del-cne/

adjudicar y a proclamar como candidato presidencial electo a Nicolás Maduro Moros.

Aunado a ello, hay que reiterar que, tal y como establece el artículo 146 LOPRE, el lapso de totalización es de cuarenta y ocho horas una vez que ha terminado la votación, dentro del cual deben emitirse y difundirse los resultados sobre los que se soporta la totalización.

Así, la publicación de los resultados del procedimiento de totalización, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al final de la votación, comprende uno de los primeros requisitos que tendría que cumplir el CNE.

En este sentido, ese lapso legal de cuarenta y ocho horas venció a las 6:00 p.m. del 30 de julio de 2024, sin que el CNE hubiese completado la fase de totalización que, como hemos repetido, requiere de la correspondiente Acta o Boletín Final de Totalización, que, a su vez, deberá estar acompañada de la Hoja Complementaria de Totalización con los datos registrados, en forma tabulada.

Peor aún, para la primera semana de octubre de 2024, en la cual terminamos de escribir el presente trabajo, el CNE no ha publicado ningún resultado electoral, ni los correspondientes al primer boletín ni los correspondientes al boletín final. No hay publicidad de ningún dato electoral, a pesar de lo cual, se proclamó a Nicolás Maduro como presidente electo, extendiéndole una pretendida credencial.

No puede haber proclamación del cargo de presidente si no hay totalización de las actas de escrutinio, por lo que el acto de proclamación está completamente viciado, ya que no está respaldado en el acta de totalización, no se basó en las actas de escrutinio divulgadas por mesa, y el lapso de totalización venció sin que el CNE hubiere cumplido esa fase. De ahí que esté en presencia de un vacío constitucional, al no haber presidente electo en los términos del artículo 228 de la Constitución, al haber vencido el lapso para publicar o difundir los resultados electorales basados en la totalización[18].

Es importante señalar, que le inexistencia de las Actas de Escrutinio coloca a todos los interesados en una situación de absoluta indefensión, toda vez que se encuentran impedidos de saber la cantidad de votos obtenida por cada candidato, los de cada organización política, los resultados discriminados por mesa electoral que permita verificarlos contra las actas de escrutinio obtenidas por los testigos de los partidos, siendo entonces imposible llevara a cabo impugnación alguna de resultados sin esa información.

Para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela la proclamación que llevó adelante el presidente del CNE, motu proprio, no se ajustó a la legislación electoral, al haber sido realizada por una autoridad que se extralimitó en sus competencias e invadió y usurpó las del órgano comicial, cuerpo colegiado, y cuyos efectos devienen nulos[19].

---

[18] HERNÁNDEZ G. (2024a).

[19] La referencia es tomada de BREWER-CARÍAS (2024) pp. 38 y 39.

Es por ello por lo que, para HERNÁNDEZ G., la adjudicación y posterior proclamación de Nicolás Maduro, al no haber atendido a las formalidades previstas en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, su Reglamento General, ni la Ley Orgánica del Poder Electoral, no se trató de una actuación electoral con relevancia jurídica, sino de una vía de hecho electoral, a puras actuaciones materiales de quien preside el CNE, que no pueden surtir efecto alguno. No hubo escrutinio, no hubo totalización, por lo que mal puede producirse alguna adjudicación ni proclamación[20].

A tal punto llega la actuación unilateral del presidente del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, que en declaraciones realizadas por uno de los rectores principales del órgano electoral, Juan Carlos Delpino Boscán, en un comunicado público emitido desde los Estados Unidos de Norteamérica el 26 de agosto de 2024, afirmó que no había avalado la proclamación realizada por aquél, ya que se habían cometido irregularidades durante el proceso electoral del 28 de julio que afectaron su transparencia y resultados, y que derivaron en una pérdida de confianza en la integridad del proceso y en los resultados anunciados, de los cuales expresó que no había recibido evidencia alguna de que Maduro hubiera obtenido la mayoría de los votos[21].

A diferencia de lo anunciado por el presidente del CNE, la Plataforma Unitaria de la oposición, encabezada por Edmundo González Urrutia y María Corina Machado Parisca, apenas unas horas después del 28 de julio de 2024, anunciaron al país al día siguiente, que estaban en posesión de las Actas de Escrutinio, cuyo conteo otorgaba a Edmundo González Urrutia una aplastante victoria electoral sobre Nicolás Maduro; actas las cuales, una por una, fueron puestas a disposición del público, y hoy pueden corroborarse en internet, sin traba alguna, como ha de ser en garantía de la transparencia e integridad electoral, solo ingresando el número correspondiente a su documento de identificación[22].

Para finalizar lo que respecta a este punto, es necesario rescatar la noción de «elecciones auténticas», como garantía de la democracia y de la legitimidad de los gobernantes, recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, votaciones universales, secretas y justas, que respeten fielmente la voluntad expresada libremente por los electores[23].

Tal noción, a su vez, nos lleva a idea de la integridad electoral, bajo la cual son abarcadas todas las dimensiones del ciclo electoral, esto es, no solo el acto de votación como tal, sino sus etapas previas y posteriores que van desde la legislación, organismos y autoridades electorales, hasta los actos de votación, conteo, resultados y

---

[20] Sobre el particular, confróntese a HERNÁNDEZ G. (2024a).

[21] Véase en: https://www.ntn24.com/noticias-politica/tengo-verguenza-aparece-el-rector-delpino-y-admite-que-la-noche-de-las-elecciones-se-fue-a-casa-ante-las-irregularidades-509751

[22] Allí puede constatarse que la cantidad de votantes fue de 10.888.475, de los cuales Edmundo González Urrutia obtuvo el 67% del electorado, es decir, 7.303.480 votos, mientras que Nicolás Maduro el 30%, lo que arroja 3.316.142 votos. Véase al efecto el portal web: https://resultadosconvzla.com/

[23] ARIAS et al. (2015) pp. 19 y 21.

fiscalización de los procesos, procurando con ello condiciones que garantizan procesos electorales democráticos y de alta calidad, que, además de garantizar elecciones libres y justas, permitan una mayor equidad y competitividad del sistema[24].

Por ello, no es suficiente que los procedimientos electorales se desarrollen únicamente en el marco de lo establecido en las leyes aplicables, conforme a los principios de transparencia, participación e imparcialidad, entre otros; sino que se requiere, además, que el contexto institucional en el cual se desenvuelven las elecciones sea propicio al cumplimiento efectivo de esos principios, todo lo cual requiere que las elecciones sean comprendidas desde una visión general y transversal, que valore en qué medida el elector puede ejercer, efectivamente, su libertad de sufragio[25].

La integridad electoral, también, exige la existencia de mecanismos efectivos e imparciales de solución de conflictos electorales y de revisión de todos los actos y actuaciones relacionadas con el proceso electoral, lo cual es llevado a cabo por la justicia electoral, a la que compete, efectivamente, el control judicial de los actos y actuaciones de contenido electoral y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco de procesos electorales y de relaciones jurídicas de naturaleza electoral[26].

Esta justicia electoral, siguiendo a UROSA, corresponde a los órganos judiciales, encargados de resolver las disputas electorales y el control de la legalidad electoral, lo que incluye a todos los jueces y tribunales con competencia en materia electoral, los cuales, necesariamente, han de desplegar sus funciones de manera imparcial e independiente, pues, de lo contrario, caeríamos en un autoritarismo judicial electoral; es decir, cuando un gobierno autoritario es apoyado por la justicia electoral, que actúa como arma política del Poder Ejecutivo para mantenerlo ilegítimamente en el poder. Dicho de otro modo, cuando los jueces electorales pierden su independencia y se convierten en actores políticos en favor de un régimen autoritario, violando las funciones constitucionales que justifican su existencia. Y no se trata simplemente de decisiones judiciales aisladas en las que se denota parcialidad por uno u otro partido político o candidato, es una conducta judicial reiterada y sistemática de control de elecciones con propósito antidemocrático de favorecer a un gobierno autoritario[27].

Sobre esto último, precisamente, nos referiremos en el siguiente apartado.

## 5. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU SALA ELECTORAL. LA CONSOLIDACIÓN DEL FRAUDE

Según Acuerdo de la Asamblea Nacional publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.696 Extraordinario, de 27 de abril de 2022,

[24] SIRA (2021) pp. 810 y 811.
[25] GONZÁLEZ G. (2015) p.133.
[26] UROSA (2018) p. 319.
[27] Ibídem pp. 321 y 322.

fueron designados los actuales magistrados que integran el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), cuya Sala Electoral quedó conformada por los personajes siguientes: Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez (presidente), Fanny Márquez e Inocencio Figueroa.

En sesión extraordinaria de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), de 17 de enero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial No. 42.803, de 22 de enero de 2024, fueron designados los miembros de la junta directiva de ese órgano judicial para el período 2024-2026, siendo nombrada presidente Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez.

La flamante magistrada presidente del Tribunal Supremo de Justicia y de la Sala Electoral, Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez, es militante del partido oficialista PSUV, por el cual fue electa, en las elecciones municipales de 2018, Concejal por el circuito 3 del Municipio Libertador del Distrito Capital. Entre el 1 de febrero y el 26 de agosto de 2021, presidió el Concejo Municipal de Libertador, y entre el 26 de agosto y 21 noviembre se desempeñó como alcaldesa encargada del Municipio Libertador[28].

El 16 de septiembre de 2024, Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez fue sancionada por la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de Norteamérica[29].

Luego de la proclamación que hiciera el presidente del CNE, y en ante las manifestaciones de la oposición denunciando el grotesco fraude electoral, el 30 de julio de 2024, en la cuenta oficial del Tribunal Supremo de Justicia de la red social X (antiguo Twitter), fue emitido el mensaje institucional siguiente:

> «Desde el TSJ felicitamos al Jefe de Estado Nicolás Maduro por su reelección para el periodo presidencial 2025– 2031. El Poder Judicial felicita al pueblo venezolano por desarrollar un proceso electoral en paz, transparente, eficiente, auditable y ejemplo en el mundo. Caryslia Beatriz Rodríguez»[30].

Es decir, antes de que se intentara cualquier acción ante la jurisdicción electoral, cuya competencia correspondía a la Sala Electoral del TSJ al versar sobre la elección para el cargo de Presidente de la República, la presidente del Máximo Tribunal ya había tomado posición, adelantando opinión con su mensaje de felicitación. Este personaje, por ese solo hecho, tenía el imperativo deber de inhibirse de conocer cualquier asunto que, sobre la materia en cuestión, fuera sometido a su conocimiento.

El 31 de julio de 2024, Nicolás Maduro Moros, representando por el Procurador General de la República, acudió ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia e interpuso un «recurso contencioso electoral», por el cual solicitó a dicha Sala que

---

[28] Solo para tener una idea de la «idoneidad e imparcialidad» de este personaje pare ser designada como magistrada, véase: https://www.instagram.com/noticiasorienteve/reel/C2N-SzFO4ZG/

[29] Véase: https://www.state.gov/translations/spanish/el-departamento-del-tesoro-sanciona-a-funcionarios-venezolanos-alineados-con-nicolas-maduro-en-respuesta-al-fraude-electoral/

[30] Disponible en: https://x.com/TSJ_Venezuela/status/1818072469309124713

se abocara e iniciara un proceso de investigación y verificación para certificar, «de manera irrestricta», los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024.

Sobre ello hay que dejar muy claro, que no existe en la legislación venezolana, y particularmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[31], alguna atribución que faculte a la Sala Electoral para conocer semejante solicitud. En efecto, el artículo 27 de ese texto legislativo, relativo a las competencias de la Sala Electoral, textualmente prevé lo siguiente:

«Artículo 27. Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Conocer las demandas contencioso-electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.
2. Conocer las demandas contencioso-electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.
3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional».

Sin embargo, mediante sentencia No. 25, de 1 de agosto de 2024, la Sala Electoral declaró su competencia para conocer del recurso y procedió a abocarse al mismo, admitiéndolo e iniciando la investigación y verificación «para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024», convocando a los candidatos presidenciales para que comparecieran ante dicha Sala el 02 de agosto de 2024, a las dos de la tarde.

Al respecto, debemos precisar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 213 LOPRE, el recurso contencioso electoral es un medio judicial diseñado para la impugnación de los actos, omisiones o actuaciones del CNE; es decir, que lo pretendido por Nicolás Maduro (verificación y certificación de los resultados electorales por el que fue proclamado vencedor), es ajeno a la finalidad de la Ley, por ende, contrario al principio de legalidad que rige la actuación de los órganos que conforman el Poder Público, previsto en el artículo 137 Constitucional.

En efecto, el recurso contencioso electoral tiene por objeto el ejercicio del control judicial de los procesos electorales, en aras del restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el CNE. Ello significa que Nicolás Maduro, al haber sido proclamado victorioso de la contienda electoral por el presidente del CNE, mal podría

[31] Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.684 Extraordinario, de 19 de enero de 2022.

argüir una situación jurídica lesionada susceptible de restitución por el CNE; en pocas palabras, Nicolás Maduro no detenta interés procesal alguno.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, regula en los artículos 179 al 192, lo relativo al proceso contencioso electoral. Así, dentro de los requisitos de la demanda, se exige que el demandante tenga interés legítimo, que el escrito indique con precisión la identificación de las partes, y que contenga una narración circunstanciada de los hechos que dieron lugar a la infracción que se alegue y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto agraviante. Lo contrario, conlleva a la inadmisión de la demanda que, en atención al principio de legalidad, era lo que debía haber declarado la Sala Electoral, al no reunir los extremos legislativos exigidos.

Adicionalmente, debemos notar, que la interposición de ese «recurso contencioso electoral» fue llevada a cabo por Nicolás Maduro bajo la representación del Procurador General de la República, esto es, del órgano que ejerce la defensa de los intereses de la República, tal y como dispone el artículo 247 CRBV, bajo el tenor que sigue:

> «Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.
> La ley orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento».

De esta manera, el Procurador General de la República, lejos de ceñirse a sus funciones constitucionales y legales, se erigió en defensor personal de Nicolas Maduro, lo cual denota, una vez más, la forma servil que se comportan las instituciones en Venezuela para satisfacer los designios de la tiranía.

No queda duda que la vía procesal empleada, por demás inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, perseguía un propósito distinto a la esencia verdadera del recurso contencioso electoral, cuál era, judicializar los comicios para que la Sala Electoral, cual mago, ratificara el gigantesco y grosero fraude, sin Actas de Escrutinio, sin totalización de los resultados, lo que, además y por sobre todo, constituye un claro ejercicio de usurpación de funciones, toda vez que, como hemos constatado, tales fases del procedimiento electoral corresponden, de manera exclusiva y excluyente, al Poder Electoral encabezado por el Consejo Nacional Electoral. Pero, también, al haber admitido y tramitado la Sala Electoral una pretensión procesal inexistente en la legislación de Venezuela, creando un procedimiento ad hoc, violó las potestades exclusivas de la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional.

Mediante sentencia No. 26, de 2 de agosto de 2024, la Sala Electoral instó al Consejo Nacional Electoral para que consignara en un lapso de 3 días de despacho los instrumentos relacionados con las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024, a saber: Actas de Escrutinio, Actas de Totalización Definitiva; Acta de Adjudicación y Acta de Proclamación.

En la decisión No. 27, de 5 de agosto de 2024, la Sala Electoral dejó constancia de haber recibido de parte del CNE todos los recaudos solicitados, en cumplimiento de

la orden judicial por ella emitida, dando entonces inicio a un «proceso de peritaje» del material consignado por el CNE.

Finalmente, mediante sentencia No. 31, de 22 de agosto de 2024, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente en el punto quinto, expresó que:

> «Esta Sala Electoral declara CON LUGAR el presente recurso contencioso electoral, en base al peritaje realizado y verificado de MANERA IRRESTRICTA E INEQUÍVOCA, y con fundamento en el informe elaborado por los expertos electorales nacionales e internacionales, altamente calificados e idóneos, quienes garantizaron el máximo nivel de excelencia técnico jurídico; CERTIFICA DE FORMA INOBJETABLE el material electoral peritado y CONVALIDA CATEGÓRICAMENTE los resultados de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, emitidos por el Consejo Nacional Electoral, donde resultó electo el ciudadano NICOLÁS MADURO MOROS, como Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período Constitucional 2025-2031. ASÍ SE DECIDE». (El resaltado es de la sentencia).

Es importante referir que, conforme al artículo 257 de la Constitución, los procedimientos en los procesos judiciales deben ser «públicos», lo cual reitera el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, al agregar que «los actos del proceso serán públicos», a excepción de aquellos que determine el Tribunal por motivos de «decencia pública», lo cual no ha ocurrido en este caso.

Tanto el escrito de la demanda, sus soportes, los documentos supuestamente aportados por el CNE, el «peritaje realizado», como las sentencias proferidas por la Sala Electoral en el *íter* del proceso judicial, son desconocidas y secretas; nadie ha tenido acceso a las actas del expediente, al extremo que las decisiones que han sido proferidas no se han publicado, y de las cuales se tiene conocimiento por los avisos o resúmenes de la parte dispositiva las mismas, pero no de su motivación, pues, la página de internet del TSJ donde son puestas a disposición del público, ha permanecido inoperativa desde el mismo momento en que el citado proceso se inició.

Más allá de las consideraciones jurídicas que hemos expuesto y que pudiéramos realizar extensivamente sobre las aberraciones del CNE y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia para burlar la soberanía popular expresada por el pueblo venezolano en los comicios presidenciales del 28 de julio de 2024, y mantener en el poder a Nicolás Maduro Moros, consideramos de importancia recordar que en el constitucionalismo contemporáneo (Estado Constitucional) no hay poderes soberanos, sino poderes que realizan expresas funciones constitucionales; la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; ésta está por encima de la voluntad de todos los órganos constituidos del Estado, incluyendo al legislador y al juez; todos los órganos constituidos tienen la obligación de respetar la Constitución; los ciudadanos, por su parte, tienen el derecho a que se respete la voluntad popular que han expresado en la Constitución, esto es, el derecho fundamental a la supremacía constitucional.

El Estado Constitucional es un Estado de democracia constitucional, esto es, un Estado fundado sobre principios democráticos, que no se realizan a través de un poder que personifica el principio de soberanía, sino a través de una Constitución que establece un conjunto de poderes en sí limitados, no supremos, cuya actuación moderan unos con otros (principio de separación de poderes, sistema de pesos y contra pesos)[32].

Al aprobarse la Constitución por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el principio de la propia soberanía popular queda sujeto al principio de la supremacía constitucional conforme a lo que el pueblo reguló. Como señala ARAGÓN, «la democracia queda juridificada por la Constitución, que se presenta como la garantía jurídica de la democracia»[33]. La democracia solo está garantizada cuando se formaliza a través de la Constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e imposibilita que el poder del Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos cotitulares de esa soberanía. De ahí que, para el citado autor, «no hay más Constitución auténtica que la Constitución democrática, ni más democracia auténtica que la democracia garantizada por la Constitución»[34].

Por su parte, BREWER considera que la Constitución, para que pueda tener supremacía y permanencia, requiere que se cumplan, al menos, la condiciones que seguidamente se indican: i) como ley suprema, ha de ser producto de un pacto político de la sociedad en un determinado momento; y ii) que exista un sistema de justicia, cuya independencia y autonomía esté garantizada; esto es, un sistema en el cual las actuaciones de los órganos del Estado puedan ser objeto de control[35].

Como se observa, el rol de la justicia es capital; es la encargada de preservar la vigencia del Estado Constitucional, por ende, de la democracia, debiendo sancionar la invalidez jurídica de aquellos actos que sean contrarios a los respectivos condicionamientos jurídicos[36].

---

[32] Al respecto, véase a FIORAVANTI (2016) p. 144.

[33] Vid. ARAGÓN REYES (2016) pp. 62 y 63.

[34] Cfr. ARAGÓN REYES (2019) pp. 19 y 20.

[35] Sobre el particular remitimos a BREWER-CARÍAS (2021) pp. 32 y 33.

[36] Sobre esto, téngase en cuenta lo expresado por KELSEN, en el sentido que la norma inconstitucional vale como tal hasta que sea declarada inconstitucional; y lo resuelto por el órgano máximo de la jurisdicción constitucional es constitucional, por más que sea inconstitucional. Vid. KELSEN (1969) pp. 187 y ss. Por su parte, ARAGÓN señala que la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de derecho que limitan el poder constituido, el poder de la propia mayoría, cuya garantía reside en la facultad que se le reconoce a un órgano (necesariamente el judicial encargado de resolver definitivamente los conflictos en derecho) para que pueda anular las decisiones adoptadas en contravención de tales reglas de derecho. La democracia no se sostiene en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso (mayorías muy cualificadas), donde son garantizadas en la Constitución unos derechos y estructuras que no están a la disposición del poder constituido (mayorías temporales y cambiantes que en cada momento se suceden como consecuencia de los procesos electorales); de lo contrario, la Constitución desaparecería, dejaría de ser una norma supra legal, sería una hoja en blanco y el legislador podría escribir normas a su capricho. El poder

Es preciso decir, sin embargo, que la unión entre la democracia y los mecanismos del constitucionalismo no ha sido, ni es, del todo pacífica, pues, cuando éstos se robustecen traen consigo un debilitamiento del autogobierno y; viceversa, cuando se fortalece el ideal popular conduce a un ablandamiento del sistema de pesos y contrapesos, propio del constitucionalismo moderno[37].

Esta tensión, sumada a las crisis actuales de las democracias constitucionales, que se enfrentan a variados y múltiples peligros (partidocracia, populismo, militarismo, entre otros), produce el fenómeno que ha dado en llamarse como la «erosión de la democracia», consistente en un proceso de deterioro progresivo y sustancial de tres principios básicos: el pluralismo, los derechos fundamentales (principalmente los de libertad) y toda la estructura del Estado de Derecho (legalidad, institucionalidad, división de poder y la noción de control).

GINSBURG y HUQ, señalan que este proceso de erosión democrática suele culminar en regímenes autoritarios, donde producen una forma de autoritarismo competitivo, en el que se siguen celebrando elecciones de algún tipo, no se suprimen por completo los derechos de expresión y asociación y se preserva una cierta apariencia de Estado de Derecho. Estos autores demuestran que este proceso se da, entre otros, en países como Venezuela[38].

En este contexto, ha venido presentándose en los últimos tiempos una nueva forma de ejercicio del poder de manera autoritaria, pero no como si se tratara de un régimen distinto, de un sistema de gobierno en particular, sino como una forma muy sofisticada de ejercer el poder por parte de quienes tienen una mentalidad autoritaria; un «canibalismo constitucional»[39], lo cual sucede, por lo general, en Estados de deficiente desarrollo democrático.

Nos referimos a la noción de constitucionalismo autoritario, como fenómeno patológico donde el poder es ejercido bajo el ropaje de una Constitución liberal democrática, en el cual, utilizando los propios instrumentos del constitucionalismo, es desarrollado un proyecto antidemocrático y autoritario[40].

Para el profesor de la Universidad de Harvard, MARK TUSHNET, cuando se produce ese fenómeno del constitucionalismo autoritario existen las siguientes características: concentración del poder; los partidos o personas procuran asegurar su per-

---

constituido adopta decisiones autorizadas por la propia Constitución para el funcionamiento ordinario del Estado (decisiones que son tomadas por esas mayorías temporales o circunstanciales), pero sin sobreponerse o vulnerar lo decidido por el poder constituyente. Por consiguiente, no hay oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la Constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido. En suma, la justicia constitucional no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la Constitución. Cfr. ARAGÓN REYES (2019) pp. 22 y 23

[37] GAMA (2019) p. 22.

[38] GINSBURG y HUQ (2018) p. 45.

[39] DUQUE CORREDOR (2021) p. 115.

[40] DUQUE CORREDOR (2020) p. 130.

manencia ilimitada en el poder; reducción del control político y el control judicial; se resta eficacia a los procedimientos democráticos, al pluralismo político y a los derechos fundamentales; se persigue a sectores de la oposición política; se concentran en un monopolio estatal los medios de comunicación e información; existen dudas en cuanto a la transparencia de los procesos electorales, procurándose el fraude; hay una cooptación de los parlamentos y limitación de sus competencias y funciones; los tribunales constitucionales existen como instrumentos para los objetivos del régimen; finalmente, la justicia penal es utilizada para controlar, amedrentar y perseguir a las fuerzas de oposición[41].

En general, se trata de regímenes donde el poder ejecutivo desarrolla un proyecto antidemocrático, utilizando las propias instituciones del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, socava las mismas en provecho propio. En este sentido, el constitucionalismo autoritario, a diferencia de otras categorías, se distingue por el ejercicio del poder por parte de gobernantes con mentalidad autoritaria bajo el ropaje de una Constitución liberal democrática, lo cual les permite llevar a cabo prácticas autoritarias encubiertas por un discurso constitucionalista.

FRANKENBERG describe el constitucionalismo autoritario como un fenómeno patológico en el que concurren diversos síntomas distintivos, a los que denomina «patrones de pesadilla», a través de los cuales se busca frenar cualquier clase de disidencia, siendo imprescindible para ello resquebrajar todo vestigio de independencia del poder judicial, anulando cualquier posibilidad de que se emitan fallos judiciales adversos. Manipular, desalentar o excluir la revisión judicial de las decisiones gubernamentales, constituye una de las peculiaridades más resaltantes en este tipo de regímenes[42].

---

[41] Sobre las características expuestas, véase a TUSHNET (2014) pp. 36-49; asimismo, TUSHNET (2016) pp. 2-5. LANDAU (2013) p. 191. En igual sentido, confróntese a ROA ROA (2019) pp. 296 y 297. De la misma forma, a DUQUE CORREDOR (2017) p. 4-23. Por su parte, MANZO-UGAS, al estudiar el constitucionalismo autoritario, hace referencia al régimen venezolano que rige desde 1999, como aquél que ha incumplido manifiestamente las cláusulas del pacto social, violando gravemente los derechos humanos y exponiendo a la población a penurias sin precedentes en América Latina, a través de innumerables actuaciones que se subsumen dentro de la categoría bajo estudio. Vid. MANZO-UGAS (2019) pp. 444-461.

[42] Dentro de estos «patrones de pesadilla», el autor señala como ejemplos los siguientes: gobernar mediante decretos; la escasa o falsa protección de los derechos fundamentales; intolerancia a la oposición; manipulación de las reglas relativas a la rendición de cuentas para excluir a las autoridades políticas de todo tipo de control; constante promulgación de leyes de emergencia que otorgan al ejecutivo amplios poderes de vigilancia y represión; uso exorbitante de los servicios de seguridad del Estado (policías, militares, etc.) con fines represivos, así como la protección de estos funcionarios para evitar su enjuiciamiento por actuaciones violatorias de los derechos humanos; se producen elecciones amañadas o votaciones con resultados inverosímiles; se incentivan y realizan consultas nacionales, referéndums o peticiones, con el único propósito de desactivar conflictos y pacificar a la sociedad, toda vez que los resultados siempre son controlados, evitando el riesgo de una disidencia abierta. Vid. FRANKENBERG (2020) in totum.

Bajo este fenómeno se produce una manipulación del Estado Constitucional de Derecho, alterando el orden constitucional, no precisamente como consecuencia de un golpe de Estado, sino por los propios poderes públicos; el propio Estado mediante el ejercicio de sus funciones, principalmente las legislativas y jurisdiccionales, da una formalidad aparente, pero destruye la noción de Estado Constitucional. De esta forma, los diversos órganos del poder público (el legislativo y, principalmente, el poder judicial) contribuyen al irrespeto de la Constitución, de la democracia y, por ende, del Estado de Derecho, al consentir el quiebre del principio de separación de poderes, subordinándose a los designios del ejecutivo, del gobierno.

Sobre esto, es importante acotar, que el Estado de Derecho, como Estado controlado y de justicia, no existe ni funciona si sus poderes públicos son quienes fomentan la arbitrariedad, ejerciendo sus funciones para destruir el Derecho y evitar la justicia[43].

Es indudable que la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos, cuya significación ha aumentado incesantemente en la medida en que ha sido fortalecido el principio democrático; tanto así, que han devenido en consustanciales con las sociedades políticas modernas de nuestros días, independientemente de las características propias de cada una de ellas[44].

En efecto, no cabe duda en la actualidad que la política es llevada a cabo desde los partidos y por los partidos; su sola existencia es sinónimo de la vida política modernamente organizada, como de la posibilidad de ejercicio del poder. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha referido que los partidos tienen tal relevancia en las modernas democracias pluralistas, que hoy día «todo Estado democrático es un Estado de partidos»[45].

---

[43] DUQUE CORREDOR (2008) p. 404.

[44] Para Kelsen, no es posible la democracia sin partidos políticos; «la democracia, necesaria e inevitablemente requiere un Estado de partidos». Cfr. KELSEN (1969) pp. 36 y 37. Por su parte, SARTORI expresa que en los sistemas políticos modernos los partidos políticos son órganos funcionales, instrumentos para alcanzar beneficios colectivos, para lograr un fin común. Cfr. SARTORI (2012) p. 61. Sin embargo, SARTORI, tempranamente, ya se refería a la financiación ilegal de los partidos políticos y a la corrupción política y administrativa como fenómenos muy cercanos a la crisis de la representación; «la avaricia y la corrupción han llegado a niveles sin precedentes. En realidad, la corrupción política ha llegado a un punto en que corrompe la política (...) cuando digo que la corrupción corrompe la política, quiero decir que corrompe la política democrática». Vid. SARTORI (1996) pp. 160-164.

[45] STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1. No obstante, es preciso destacar que para SOLOZABAL, los partidos, si bien son un instrumento indispensable del sistema político y forman parte de la constitución material, entendida como la base política, ideológica y social del orden constitucional efectivo; no obstante, desde un punto de vista estrictamente normativo, ni determinan la forma institucional ni monopolizan la vida política, agotando o condicionando el ejercicio de las libertades individuales. Por tal motivo, considera que no puede aceptarse la calificación del sistema español como un Estado de partidos, ya que éstos no definen indefectiblemente el diseño constitucional. Ciertamente, los partidos son reconocidos en una sede privilegiada constitucional (Título Preliminar), pero no agotan el pluralismo ni son el único cauce de participación; además, están orientados a la formación y manifestación de la voluntad popular, que se verifica en las instituciones públicas del Estado. Vid. SOLOZABAL ECHAVARRIA (2004) pp. 185 y 186.

Los partidos políticos, entonces, son un elemento esencial de la democracia. No hay en la actualidad democracia sin partidos políticos; éstos hacen posible la democracia representativa en una sociedad de masa como la actual, en virtud que, aunque deseable, la democracia directa es impracticable[46].

En tal sentido, se constituyen en los principales cauces de expresión ideológica y política en las democracias contemporáneas; a través de ellos se simplifica a un razonable abanico de opciones políticas, la articulación de toda la pluralidad de opiniones y puntos de vistas individuales que existen en la sociedad[47].

Sin embargo, cuando ese rol instrumental se modifica sustancialmente y los partidos asumen el monopolio de esa instrumentalidad, convirtiéndose en la práctica en el único vehículo para acceder a la representación del pueblo en los órganos del Estado, asumiendo un creciente control sobre el ejercicio de la representación popular y sometiendo a los representantes del pueblo a la disciplina partidista, lejos de ser una herramienta de la democracia, los partidos políticos se convierten en sus principales deformadores. Surge aquí el fenómeno político denominado «partidocracia», que conlleva a una de las más peligrosas disfunciones de las democracias contemporáneas, y que puede producirse, bien hacia el exterior de los partidos en relación con la sociedad civil y el Estado, bien hacia el interior de ellos a través del dominio de las oligarquías partidistas.

Como señala GARCÍA PELAYO, bajo el fenómeno de la partidocracia la voluntad del Estado, realmente y en pocas palabras, es la voluntad de las cúpulas de los partidos políticos; se produce una casi plena sustitución de las decisiones de los órganos del Estado por las decisiones del máximo órgano ejecutivo del partido de gobierno[48].

Bajo un ropaje democrático, en la partidocracia se desvirtúa la división de poderes; los partidos son quienes en realidad designan a los titulares de los órganos públicos de naturaleza independiente, desbordando así sus funciones constitucionales al actuar como un poder transversal que controla decisiones que no son de su competencia. De igual manera, anulan las funciones de control entre los distintos poderes, en virtud de los efectos que sobre este control produce su poder transversal, convirtiéndose en un poder sin frenos, sin contrapesos, sin límites[49].

En el caso de Venezuela, la patología de la partidocracia ha llegado a tal extremo que, tanto los magistrados del máximo tribunal del país, como los titulares de los restantes Poderes Públicos, han sido designados, no precisamente por reunir los

---

[46] Al respecto, SOLOZABAL expresa que «las democracias, con independencia de que puedan acoger algunos instrumentos de participación directa, son esencialmente sistemas representativos, en los que la intervención política de los ciudadanos se produce de modo indirecto a través de las elecciones, las cuales no son posibles sin los partidos». Vid. SOLOZABAL ECHAVARRIA (2004) p. 181; asimismo, ampliamente, BIGLINO CAMPOS (2017) pp. 481-511.

[47] HESSE y STOLLEIS (2022) pp. 90-114; también, a HOLGADO GONZÁLEZ (2006) p. 2691.

[48] GARCÍA PELAYO (1986).

[49] NIETO (2012) pp. 110 y ss.

requisitos exigidos para ello (en su generalidad carecen de los mismos), sino por su militancia político partidista, vinculada al partido de gobierno, que es, en la realidad práctica, el lugar donde son tomadas las respectivas decisiones y donde es determinada la forma de conducción de tales instituciones, todo lo cual ha generado el vacío de contenido de las competencias de esos órganos constitucionales, relativizando las divisiones de poderes orgánicas.

De ahí que, en Venezuela, no exista una verdadera separación de poderes; todos, sin excepción, están en manos de partidarios políticos del gobierno, por ende, controlados por éste.

En efecto, la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos, elemental en un Estado Constitucional, es uno de los principios fundamentales que han sido destruidos en Venezuela, dando paso en su lugar a un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder. El Poder Ejecutivo, desde el año 1999, ha ejercido el control político sobre el Poder Judicial. El Tribunal Supremo de Justicia fue colmado con magistrados afines al gobierno, asegurando su completa sujeción al Poder Ejecutivo. Esto condujo al secuestro total de la Judicatura, que, desde entonces y hasta la actualidad, se encuentra totalmente integrada por jueces provisorios o temporales, completamente sometidos a todo tipo de presiones y que sirven como instrumentos al servicio del gobierno y de su política autoritaria.

El Poder Judicial, en lugar servir de protector de la Constitución, ha sido convertido en una herramienta para socavar el Estado de Derecho y, con esto, destruir las bases del sistema del Estado Constitucional venezolano.

En Venezuela no hay sujeción a la Ley y al Derecho por parte de los órganos del Estado; el ciudadano, en definitiva, se encuentra totalmente desamparado. El Ministerio Público, ejercido por la Fiscalía General de la República, en lugar garantizar la Constitución, ha sido la herramienta principal para asegurar la impunidad en el país y la persecución política a través de procesos penales. El Defensor del Pueblo, encargado de velar por la protección de los derechos humanos, se ha convertido en un órgano oficial que ha avalado la violación de los mismos por parte de las autoridades del Estado.

Evidencia de ello lo encontramos plasmado en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2019, en el que se constata que en Venezuela: i) hay patrones de violaciones que afectan directa e indirectamente a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; ii) las víctimas de estas violaciones, en su mayoría, no tienen un efectivo acceso a la justicia y a una reparación adecuada, en virtud que el Estado, sistemáticamente, deniega tales derechos; iii) se han cometido violaciones a los derechos económicos y sociales, como los derechos a la alimentación y a la salud; iv) se ha violado la libertad de información, al imponer el gobierno una hegemonía comunicacional con una particular versión de los hechos, restringiendo la actuación de los medios independientes; v)

las libertades políticas han sido violentadas, ya que desde el Estado se ha ejercido una represión selectiva hacia personas o grupos, como los miembros de la oposición política y aquellos que representen amenazas al gobierno por sus posiciones críticas y su capacidad de articular movilizaciones en su contra, lo cual se comprueba del uso excesivo de la fuerza que, deliberadamente, emplearon los cuerpos de seguridad para reprimir el derecho a la manifestación, para infundir miedo y desalentar futuras protestas; vi) en cuanto al derecho a la libertad personal, se comprobó la existencia de centenares de detenciones arbitrarias, como principal instrumento de intimidación y represión política; vii) existen violaciones al derecho a la vida por parte de los cuerpos de seguridad del Estado, a los que califica como «escuadrones de la muerte» o «grupos de exterminio», responsables de cometer muertes violentas y de manipular el escenario del crimen y las pruebas para evitar su imputación, llegando incluso a implantar armas, drogas y hasta simular un enfrentamiento (disparando armas contra las paredes o al aire) para sostener una «resistencia a la autoridad» por parte de las víctimas[50].

En las conclusiones presentadas por la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se expresó que en Venezuela, desde 2014, se produjeron asesinatos arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo violencia sexual y de género, que muestran un «cuadro de horror», compuesto por «funcionarios del horror», «policías del horror», «fiscales del horror», «jueces del horror» y «custodios del horror»; todo lo cual fue considerado por la Misión en su informe como constitutivos de «crímenes de lesa humanidad», tal y como define el Estatuto de Roma[51].

El Poder Electoral, encabezado por el Consejo Nacional Electoral, se ha convertido en una especie de «agencia electoral» del propio gobierno, integrado por militantes del partido oficial y por funcionarios que con antelación ocuparon cargos dentro del gobierno nacional.

Gracias a la demolición del principio de separación de poderes y la destrucción del Estado Constitucional, en Venezuela, desde 1999, no ha habido control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, lo que ha traído como consecuencia que el país ocupe los primeros lugares del índice de corrupción en el mundo[52]; y, en todo caso, las actuaciones que ha desplegado se circunscriben a medidas de inhabilitaciones políticas impuestas a funcionarios y personajes de oposición, las cuales, como vimos, son completamente arbitrarias por no estarle atribuida tal potestad.

Los cargos de la administración pública venezolana son privilegiados para familiares y amigos, sin considerar sus méritos, preparación académica ni capacidades.

---

[50] Se trata del conocido «Informe Bachelet», el cual puede consultarse en: https://www.refworld.org.es/docid/5d1e31224.html

[51] La referencia la tomamos de BREWER-CARÍAS (2021) pp. 75 y 76.

[52] DUQUE CORREDOR (2015) pp. 229-248.

Quienes ocupan cargos públicos son designados por su lealtad, amistad, familiaridad y ciega obediencia con el gobernante, con el líder.

De ahí que Venezuela sea considerada como un país en el que predomina el nepotismo, la cleptocracia y el clientelismo; un país en el cual se ha institucionalizado la corrupción. Y es que, realmente, en Venezuela lo que existe es un absoluto estado de injusticia, en donde no se juzga ni castiga a quienes violan la ley. La impunidad es total respecto de los depredadores del patrimonio público, esto es, los funcionarios corruptos y sus cómplices particulares.

Esta concepción patrimonialista del gobierno tiene por finalidad sostener el poder político del oficialismo y lograr beneficios privados excluyentes; en otras palabras, un régimen cuyo resultado ha sido el montaje de una «cleptocracia cruel y organizada»[53], que ha saqueado al país para beneficio exclusivo de quienes se encuentran en la cúspide del poder. En efecto, gracias a la complejidad de esa súper red criminal, durante las últimas dos décadas, es decir, durante las administraciones de Hugo Chávez y Nicolás Maduro, la corrupción registrada en Venezuela no tiene comparación histórica ni geográfica, al ser el período en donde se ha producido los mayores ingresos a consecuencia de la explotación de petróleo, hidrocarburos y minerales, cuya secuela ha sumido a millones de venezolanos a la privación de sus derechos más básicos de subsistencia, padeciendo de hambre y viéndose condenados a la desnutrición, la enfermedad y, en muchos casos, a la muerte, lo que ha obligado a millones de personas a migrar en condiciones absolutamente precarias, condenando a la sociedad venezolana a una emergencia humanitaria compleja, acompañada de crisis económica, política y social sin precedentes en América, ante el recrudecido panorama político de escasez de alimentos y medicinas, e incremento del índice delictivo y debilidad institucional.

Gracias a este «Estado Cleptocrático»[54], la tragedia humanitaria que padece Venezuela, lamentablemente, le hace compartir una condición solo comparable con aquella que atraviesan países sumidos en guerra o pobreza extrema, como Siria, Sudán del Sur o Somalia. La gran diferencia de ello es que Venezuela, además de poseer inmensas riquezas naturales, concentra en su territorio una de las mayores reservas petroleras del mundo.

Y todo lo anteriormente descrito ha ocurrido, a pesar de que la Constitución venezolana de 1999 contiene una de las más completas declaraciones sobre derechos humanos del constitucionalismo contemporáneo, cuya preeminencia constituye uno

---

[53] Se trata de una red de macro corrupción y cooptación masiva institucional que afecta al Estado Venezolano; una súper red diferenciada del soborno tradicional, al ser una estructura articulada por numerosos individuos, personas jurídicas, e instituciones públicas, que controlan las más importantes instancias de decisión política, manipulándolas y reconfigurándolas para acceder y apropiarse de los recursos públicos, amparados por una amplia discrecionalidad, opacidad y concentración de poder en la gestión de los mismos. Cfr. LÓPEZ MAYA (2018) pp. 67-83.

[54] Para una completa visión sobre todo lo expuesto, véase a SALCEDO-ALBARÁN y GARAY-SALAMANCA (2021).

de los principios fundamentales del Estado, quien tiene el deber de garantizar, no solo aquellos que están expresamente consagrados, sino también los inherentes a la persona humana y los reconocidos en tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes, los cuales, además, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Poder Público[55].

En fin, la Constitución de Venezuela fue convertida en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos los poderes públicos, cuyas normas tienen en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos necesiten disponer en determinado momento y conforme sus particulares intereses, lo cual ha sido posible, paradójicamente, por la propia actuación de los jueces, quienes, de manera activa y pasiva, han consentido la demolición del principio del constitucionalismo, de la soberanía popular, del principio democrático representativo, como el vaciamiento del primer y fundamental pilar de cualquier Estado de derecho, cuál es, el de la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos[56].

Tales principios en Venezuela, en los últimos veinticinco años, han sido utilizados como una máscara, un disfraz, por el cual se ha establecido un Estado Totalitario, de concentración y centralización absoluta del poder, en donde no se hallan asegurados ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia constitucional.

## 6. CONCLUSIONES

Para que en cualquier país exista una democracia verdadera, es necesario la prevalencia de un sistema en el que reine el respeto a los demás, a las minorías y a las instituciones; donde se garantice el pluralismo político, la libertad de expresión y la tolerancia; donde prevalezca la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales; todo lo cual es posible, principalmente, si existe una real separación de los poderes públicos y la independencia de quienes los ejercen.

Sin ello, es decir, sin una democracia verdadera, en realidad, no valen para nada las constituciones, que son, a fin de cuentas, formas de limitación del poder, y mucho menos los procesos judiciales especiales para su protección.

En este sentido, el rol del Poder Judicial es capital, es el verdadero custodio del respeto y garantía del ordenamiento jurídico y la piedra angular de todo el sistema democrático.

---

[55] Véanse al efecto los artículos 2, 19, 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

[56] BREWER-CARÍAS (2023) pp. 10-12.

Desde el año 1999, en Venezuela dejó de existir la estabilidad para el ejercicio de la judicatura, que, desde entonces, es llevada a cabo por jueces provisorios, suplentes o temporales, sin método alguno para su escogencia que no sea la discrecionalidad o voluntad de quien designa, y quienes, en la mayoría de los casos, no cumplen los requisitos necesarios para ello.

Para que un sistema de justicia pueda funcionar, es indispensable la independencia de los jueces, que parte del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que son exigidos para desempeñar la carrera judicial, el cumplimiento del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para su legítima designación, y que los mismos gocen de estabilidad en el ejercicio de sus funciones

En Venezuela, el principal problema radica en la falta de autonomía e independencia del poder judicial, plagado por jueces inútiles, incompetentes, con escasa o ninguna formación académica, partidarios del régimen gubernamental y genuflexos a el, cuyas sentencias, recurrentemente, violan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y trasgreden los principios y valores fundamentales del Estado de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel (2016): «¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional», en XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El Diseño Institucional del Estado Democrático (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá).

ARAGÓN REYES, Manuel (2019): «El futuro de la justicia constitucional», en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 23(1) (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ARIAS CASTILLO, Tomás, CANOVA GONZÁLEZ, Antonio y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Rosa E. (2015): ¿Elecciones auténticas en Venezuela? Un análisis sobre la imparcialidad, el registro y el sistema automatizado (Caracas, Editorial Galipán).

BIGLINO CAMPOS, Paloma (2017): «Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad», en Revista de Derecho Político, No. 100 (Madrid, UNED).

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2012): «La incompetencia de la administración controladora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos», en El control y la responsabilidad en el Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico): pp. 326 y ss.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2012a): «El ilegítimo «control de constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011», en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 16 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 355-387.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2017): «La inconstitucional inhabilitación política y revocación de su mandato popular, impuestos al gobernador del estado Miranda Henrique Capriles Radonski, por un funcionario incompetente e irresponsable, actuando además con toda arbitrariedad», en Revista de Derecho Público, No. 149-150 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana): pp. 326-337.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2020): «El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo», en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez (Coordinadores), Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International): pp. 15-39.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2021): «El falseamiento del Estado de Derecho. El caso de Venezuela», en BREWER-CARÍAS, Allan R. y ROMERO-MUCI, Humberto (Coordinadores), El Falseamiento del Estado de Derecho (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2023): «Democracias actuales y falseamiento del Estado de Derecho. Especial referencia al caso de Venezuela», en Ponencia presentada en el Seminario de los Miércoles «Eduardo García de Enterría», Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, con motivo de la presentación de la obra colectiva: El derecho público y sus retos actuales, Libro homenaje al profesor Libardo Rodríguez.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (2024): Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024. Colección de Crónicas Constitucionales para la Memoria Histórica, No. 10 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International).

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (2009): «La paradójica declaratoria de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Críticas y reparos frente al procedimiento de determinación de responsabilidad y sus inexplicables consecuencias sancionatorias», en Anuario de Derecho Público, No. 2 (Caracas, Universidad Monteávila).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (CRBV): Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario, de 19 de febrero de 2009.

DUQUE CORREDOR, Román (2008): Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público (Caracas, Legis).

DUQUE CORREDOR, Román José (2015): «Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela», en

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, No. 5 (Caracas, Universidad Monteávila).

DUQUE CORREDOR, Román José (2017): Constitucionalismo autoritario. La destrucción del Estado Social y Democrático de Derecho con Constituciones democráticas. El canibalismo constitucional (Caracas, Folletos de la Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional).

DUQUE CORREDOR, Román J. (2020): Curso de Derecho Procesal Constitucional. Técnica de Interpretación Constitucional (Sistemática para su estudio) (Caracas, Fundación Alberto Adriani y Proyectos y Asesorías Comunicacionales (PACCA), Colección Jurídica José Román Duque Sánchez).

DUQUE CORREDOR, Román J. (2021): «El constitucionalismo autoritario (La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional)», en El Falseamiento del Estado de Derecho (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

FIORAVANTI, Maurizio (2016): Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones (Madrid, Editorial Trotta, séptima edición).

FRANKENBERG, Günter (2020): «Authoritarian constitutionalism: Coming to terms with modernity's nightmares», en Frankenberg y Alviar (Eds), Authoritarian Constitutionalism. Comparative analysis and critique (Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing).

GAMA, Leopoldo (2019): Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional (Madrid, Marcial Pons).

GARCÍA PELAYO, Manuel (1986): El Estado de Partidos (Madrid, Alianza Editorial).

GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz (2018): How to save a Constitutional Democracy (Chicago, University of Chicago Press).

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2008): «La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas», en Revista de Derecho Público, No. 114 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana): 55-57.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2015): «Integridad electoral y estado de excepción en Venezuela», en Revista de Derecho Público, Nº 143-144 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) pp. 131-134.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2023): «La judicialización de las primarias en Venezuela y la violación de los Derechos políticos: el caso de las inhabilitaciones a cargos de elección popular», en Revista de Derecho Público, No. 175-176 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) pp. 366-373.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2024): El vacío constitucional por el vencimiento del plazo de totalización en las elecciones presidenciales venezolanas. Disponible en: https://www.joseignaciohernandezg.com/2024/el-vacio-constitucional-por-el-vencimiento-del-plazo-de-totalizacion-en-las-elecciones-presidencialesvenezolanas/

HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2024a): Las violaciones a la legislación electoral venezolana con la proclamación de facto de Nicolás Maduro. Disponible en: https://www.joseignaciohernandezg.com/wp-content/uploads/2024/07/LAS-VIOLACIONES-A-LA-LEGISLACION-ELECTORAL-VENEZOLANA-CON-LA-PROCLAMACION-DE-FACTO-DE-NICOLAS-MADURO.pdf

HESSE, Konrad y STOLLEIS, Michael (2022): Los partidos políticos en la Constitución alemana: Norma y realidad, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (traductor) (Madrid, Centro de Estudios de Partidos UNED, Marcial Pons).

HOLGADO GONZÁLEZ, María (2006): Partidos y Representación Política, Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Tomo II, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (Sevilla, Editorial Aranzadi).

KELSEN, Hans (1969): Teoría general del derecho y del Estado, GARCÍA MÁYNES, Eduardo (Traductor), 3ª. Edición (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

LANDAU, David (2013): «Abusive constitutionalism», en University of California Davis Law Review, Vol. 47.

LEY ORGÁNICA DEL PODER ELECTORAL (LOPE): Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.573, de 19 de noviembre de 2002.

LEY ORGÁNICA DE PROCESOS ELECTORALES (LOPRE): Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.928 Extraordinario, de 12 de agosto de 2009.

LÓPEZ MAYA, Margarita (2018): «Populism, 21st-century socialism and corruption in Venezuela», en Thesis eleven, 149(1).

MANZO-UGAS, Gustavo Alberto (2019): «Constitucionalismo autoritario. El incumplimiento de las obligaciones estatales y ciudadanas como hipótesis de la fractura del contrato social», en Dikaion, Vol. 28, num. 2 (Chía, Colombia, Universidad de La Sabana).

NIETO, Alejandro (2012): El desgobierno de lo público (Barcelona, Editorial Ariel).

OFICINA PARA EL CONTROL DE BIENES EXTRANJEROS DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO DE ESTADOS UNIDOS (OFAC). Disponible en: https://cl.usembassy.gov/es/departamento-del-tesoro-de-ee-uu-sanciona-a-diez-funcionarios-del-gobierno-venezolano/ [Fecha consulta: 6 octubre 2024]

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCESOS ELECTORALES (RGLOPRE), dictado por el CNE según Resolución No. 130118-0005, de 18 de enero de 2013.

ROA ROA, Jorge Ernesto (2019): Control de Constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo y GARAY-SALAMANCA, Luis Jorge (2021): Súper Red de Corrupción en Venezuela. Cleptocracia, nepotismo y violación de derechos humanos (Bogotá, Fundación Vortex).

SARTORI, Giovanni (1996), Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados (México, Fondo de Cultura Económica).

SARTORI, Giovanni (2012): Partidos y Sistemas de Partidos. Marco para un análisis, Fernando Santos Fontela (traductor), segunda edición, tercera reimpresión (Madrid, Alianza Editorial).

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José (2004): «Representación y partidos», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 8, La representación en el Derecho (Madrid, UAM-BOE).

SIRA SANTANA GABRIEL (2021): «La integridad electoral en Venezuela», en Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken, Tomo II (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana): pp. 807-832.

TUSHNET, Mark V. (2014): «Authoritarian constitutionalism» en GINSBURG, Tom y SIMPSER, Alberto, Constitutions in Authoritarian Regimes (Cambridge, Cambridge University Press).

TUSHNET, Mark V. (2016): «Varieties of constitutionalism», en International journal of Constitutional Law, Vol. 14, No. 1 (Oxford University Press).

UROSA MAGGI, Daniela (2018): «Justicia electoral y autoritarismo judicial en Venezuela», en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, No. 14 (Caracas, Universidad Monteávila) pp. 317-336.