

Director

ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (h)

Coordinadores

HUMBERTO ROMERO MUCI - RAMIRO MORENO BALDIVIESO

El Estado de Derecho en América Latina

World Law Congress – Colombia 2021

World Jurist Association

Exposiciones en Opening Session de las: Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Caracas), Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia (La Paz), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).



**World Jurist
Association**
Peace Through Law



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS



EDITORES
FONDO EDITORIAL

EL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

WORLD LAW CONGRESS – COLOMBIA 2021

EXPOSICIONES EN OPENING SESSION DE:
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA (CARACAS)
ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS JURÍDICAS DE BOLIVIA (LA PAZ)
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (ARGENTINA)

ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (H) (**DIRECTOR**)
HUMBERTO ROMERO MUCI (**COORDINADOR**)
RAMIRO MORENO BALDIVIESO (**COORDINADOR**)



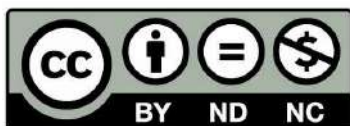
El Estado de Derecho en América Latina / Javier Cremades... [et al.]; compilación de Armando Segundo Andruet (h); Humberto Romero-Muci; Ramiro Moreno Baldivieso. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2021.

294 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-8459-62-2

I. Derecho. I. Cremades, Javier. II. Andruet, Armando Segundo (h), comp. III. Romero-Muci, Humberto, comp. IV. Moreno Baldivieso, Ramiro, comp.

CDD 340.098



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Índice

| | |
|--|-----|
| Presentación general a las Opening Session de Caracas (Venezuela), La Paz (Bolivia) y Córdoba (Argentina) | |
| JAVIER CREMADES..... | 9 |
| Saludo de apertura a las Opening Session de Caracas (Venezuela), La Paz (Bolivia) y Córdoba (Argentina) | |
| RAFAEL NAVARRO VALLS..... | 15 |
| Introducción a la Opening Session de Caracas (Venezuela) | |
| HUMBERTO ROMERO-MUCL..... | 19 |
| El falseamiento del Estado de Derecho en Venezuela (1999-2021) | |
| ALLAN R. BREWER-CARIÁS..... | 25 |
| La subordinación del poder militar al Poder Civil | |
| JUAN CARLOS ESGUERRA..... | 75 |
| El concepto de “Desconstitucionalización” | |
| NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS..... | 79 |
| El autoritarismo: perspectivas y balance | |
| KARLOS NAVARRO..... | 93 |
| Reflexiones sobre el falseamiento del Estado de derecho | |
| LAURA CHINCHILLA..... | 101 |
| El falseamiento de la legalidad | |
| MANUEL ARAGÓN REYES..... | 105 |

| | |
|--|-----|
| Introducción a la Opening Session de La Paz (Bolivia) | |
| RAMIRO MORENO BALDIVIESO..... | 125 |
| Anomia de la constitución boliviana | |
| RAFAEL VERGARA SANDÓVAL..... | 127 |
| Desconstitucionalización del orden socioeconómico en Chile | |
| JOSÉ LUIS CEA EGAÑA..... | 131 |
| El falseamiento del Estado de derecho en el Perú | |
| MARIO CASTILLO FREYRE..... | 139 |
| Venezuela: El falseamiento constitucional de los Derechos Económicos | |
| CECILIA SOSA GÓMEZ..... | 149 |
| Amazonia: ¿Paraíso perdido? | |
| SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA..... | 161 |
| El falseamiento de la Constitución Social y Económica - Invasión de Poderes de la Unión | |
| BERNARDO E. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO SÁNCHEZ..... | 167 |
| La protección de los menores, una asignatura pendiente | |
| ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS..... | 173 |
| Introducción a la Opening Session de Córdoba | |
| ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (H)..... | 181 |
| Independencia del Poder Judicial | |
| GUILLERMO BARRERA BUTELER..... | 189 |
| La independencia judicial | |
| EDGARDO CÁCERES CASTELLANOS..... | 201 |

| | |
|--|------------|
| Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales | |
| ALFONSO SANTIAGO..... | 207 |
| | |
| Factores que afectan la independencia judicial | |
| JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIBAÑEZ..... | 243 |
| | |
| Responsabilidad de los jueces e independencia judicial | |
| MARISOL PEÑA TORRES..... | 265 |
| | |
| Sobre el imperio de la Ley | |
| JAVIER CREMADES..... | 277 |
| | |
| Reflexiones de cierre a las tres reuniones de Academias Nacionales Jurídicas de América Ibérica | |
| AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ..... | 283 |
| | |
| Reseña efectuada por la World Jurist Association (WJA) de la Opening Session en La Paz..... | 289 |

Presentación general a las Opening Session de Caracas (Venezuela), La Paz (Bolivia) y Córdoba (Argentina)

JAVIER CREMADES*

Este libro que tienen en sus manos es una aportación contemporánea y vibrante al análisis de una realidad que estamos viviendo los contemporáneos de esta ter-

* Abogado español y presidente mundial de la Asociación Mundial de Juristas (WORLD JURIST ASSOCIATION, WJA) desde febrero de 2019. La WJA es la asociación internacional de juristas más prestigiosa, promovida en 1957 por Sir Winston Churchill, el presidente de la Suprema Corte de los EEUU Earl Warren, y fundada en 1963 por Charles Rhyne, presidente de la American Bar Association, con el apoyo de los presidentes estadounidenses Eisenhower y J.F. Kennedy. Fundador y presidente del despacho Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, una prestigiosa firma internacional de abogados presente en 15 ciudades en 8 países. Doctor en Derecho por las universidades de Ratisbona (Alemania) y UNED (España), y Doctor Honoris Causa por la Universidad Internacional de Valencia (España). Fundador y presidente honorario del Málaga Valley e-27 Club, una de las mayores iniciativas tecnológicas del sur de Europa, en la que participan más de 200 presidentes de empresas multinacionales y líderes del sector de las TIC. Es Secretario General de la Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas (AEMEC) y presidente de la Cámara de Comercio Hispano-Coreana. Su innovadora forma de practicar el derecho se caracteriza por la integración de nuevas tecnologías y la adaptación al entorno digital. Fue pionero en la Ley de Telecomunicaciones en España y editó el primer manual en español en esta área de práctica. Con más de 25 años de carrera académica, Javier es profesor universitario de derecho, así como fundador y director de reconocidos programas de maestría en derecho y telecomunicaciones, negocios de energía, acceso a la profesión jurídica española y asesoramiento corporativo. Es autor de numerosos libros de alto perfil, publicados por los editores más prestigiosos, destacando, entre otras publicaciones, *Energía secuestrada: desmontando los mitos del fundamentalismo energético* (Kidnapped Energy: Dismantling the Myths of Energy Fundamentalism, 2013) y *Micropoder: la fuerza del ciudadano en la era digital* (Micropower: la fortaleza del ciudadano en la era digital, 2007). Esto último ha sido especialmente relevante ya que anticipó la transferencia del poder de las instituciones a las personas, lo que ha transformado en cierta medida las relaciones económicas, políticas y sociales españolas. También ha publicado docenas de artículos científicos en revistas jurídicas de renombre en Alemania y España. Ha tenido un gran reconocimiento dentro del gremio legal internacional desde el comienzo de su carrera. La revista Forbes lo reconoció como el Abogado del Año en España (2015-2016) y la Asociación Mundial de Juristas le otorgó el Premio Mundial de Juristas 2017 (presentado en 2018, entre otros).

cera década del siglo XXI: el riesgo de falseamiento, vaciamiento y aniquilación del Estado de Derecho, no por el ataque exterior de un enemigo nazi, comunista o totalitario, sino por la desnaturalización y pérdida de eficacia del régimen Constitucional.

Estos textos tienen como un telón de fondo no solamente Venezuela y Nicaragua, sino las experiencias históricas que nos han demostrado que el Estado de Derecho es siempre frágil. Esas experiencias nos han enseñado que hay que cuidarlo, hay que protegerlo, ya que con demasiada frecuencia se encuentra bajo amenaza.

Elegimos Caracas como un lugar simbólico desde el que ofrecer al mundo la primera de estas conversaciones. Lo hicimos de la mano de un grupo de académicos que representan la mejor tradición jurídica de diversos países del mundo que habla en español.

El objetivo, tanto de aquella conversación, como del libro que ahora presentamos, no es solo denunciar o advertir, sino fomentar un círculo virtuoso que comienza con la sumisión de todos al imperio de la ley, pero que continúa también con la enseñanza del derecho, con la formación de juristas que inundan los mercados, las ciudades, las sociedades, los países y los pueblos de abogados, de fiscales, de profesores, de jueces, de operadores que trabajan para toda la sociedad haciendo posible que técnicamente, que humanamente, que materialmente, el imperio de la ley conduzca también a la justicia y a la equidad.

Los miembros de las academias iberoamericanas dedicadas al mundo de la jurisprudencia y del derecho, son personas que han destacado en el escalafón desde diferentes posiciones en la enseñanza, en la judicatura, en la abogacía, como personas que realmente han sabido consagrar su vida al derecho. Son figuras destacadas que han servido a la sociedad, acompañando y protegiendo a personas, empresas e instituciones a través de la seguridad que da el imperio de la ley.

La World Jurist Association tiene un propósito único que es fomentar la paz a través del derecho, hacer una gran campaña global para que todo el mundo comprenda que la única garantía de la libertad y de la paz es someternos a la ley. Si no nos gobiernan las leyes nos gobernarán los hombres más fuertes y no queremos ese imperio de la fuerza, sino el imperio de la razón y la justicia, y para eso, para garantizar la dignidad humana, porque este concepto del estado de derecho es antropológico, es antropomórfico, tiene que cuidarse todo un ecosistema, todo un mundo al que se dedica esta publicación.

Quiero recordarles también a todos que estamos caminando hacia Colombia, hacia diciembre de 2021, donde tendrá lugar la próxima edición del World Law Congress. Allí vamos a poder ver de manera presencial, y muchos también podrán hacerlo de manera virtual, estas mesas redondas que han sido un avance de la que será la más importante conversación internacional de juristas de nuestro tiempo. Mientras tanto, y con el fin de avanzar en este debate global acerca del Estado de Derecho y sus desafíos, estamos celebrando estas opening sessions, algunas de las cuales se han desarrollado ya desde Washington D.C., Chicago, Londres, Lisboa, Madrid, Barcelona, Santiago de Chile, Luxemburgo, Estrasburgo, Santo Domingo o Regensburg, entre otras importantes ciudades.

Los días 5 y 6 de julio se celebró, precisamente en la ciudad de Madrid, un Homenaje a la memoria de la Justice Ruth Bader Ginsburg, dentro del marco de la presentación internacional del World Law Congress Colombia 2021. Se celebró entonces una conversación sin precedentes en la historia, entre los principales tribunales de la tierra, particularmente entre los tribunales que cuidan de los derechos humanos, y con los que contaremos en diciembre de 2021 en Barranquilla, es decir, los presidentes de la Corte Internacional de La Haya, la Corte Penal Internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Africana de Derechos Humanos.

Se trata de un encuentro que alguien debería haber promovido pero hasta la fecha no se había celebrado. La clausura de la presentación, como será la clausura del World Law Congress, ha estado a cargo del Presidente de Colombia Iván Duque y el Rey de España, S.M. Felipe VI. Tuvimos también la ocasión de otorgar las primeras medallas World Jurist Association Ruth Bader Ginsburg en reconocimiento al papel que algunas mujeres destacadas han jugado a favor del imperio de la ley.

La publicación que tienen en sus manos no responde tan solo a un objetivo académico, sino que desde él se concentra en un propósito: encontrar la mejor manera en que podemos proteger y fortalecer el Estado de Derecho, evitar su corrupción. Se quiere evitar lo que vemos en algunos estados como Venezuela o Nicaragua: muestran una túnica de democracia y estado de derecho pero esconden en sí un estado dictatorial o tiránico. El enfoque está planteado desde culturas jurídicas iberoamericanas de ámbitos muy diversos. Yo quiero agradecer especialmente al doctor Augusto Trujillo presidente de la Academia Colom-

biana de Jurisprudencia, un miembro muy activo de la World Jurist Association que se ha dedicado de lleno tanto a las Opening Sessions que dio lugar a esta publicación, como al World Law Congress que tendrá justamente a Colombia como país anfitrión. Deseo también agradecer al presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, catedrático Rafael Navarro Valls; a Humberto Romero-Muci, presidente de la Academia Venezolana de Jurisprudencia; a Armando Andruet, presidente de la Academia de Jurisprudencia de Córdoba (Argentina); a Ramiro Moreno Baldivieso, presidente de la Academia de Jurisprudencia de Bolivia; María Eugenia Gay, presidenta del Colegio de la Abogacía de Barcelona, y Domingo Bello Janeiro profesor y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, quienes contribuyeron decisivamente a la organización y al éxito de estas sesiones con el necesario concurso de todas las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia.

Igualmente, quiero reconocer, por supuesto, el trabajo que el doctor Brewer-Carías una referencia mundial del derecho público y claramente uno de los grandes venezolanos en el exilio, un jurista al que todo venezolano oye y consulta cuando se trata de juzgar en derecho; el gran catedrático argentino Néstor Pedro Sagüés; el presidente de la Academia de Jurisprudencia de Chile José Luis Cea Egaña; el jurista mexicano Bernardo Fernández del Castillo, presidente de la Academia de Jurisprudencia de México; la catedrática y ex presidenta del Tribunal Constitucional de Chile Marisol Peña; la expresidenta de Costa Rica Laura Chinchilla; la catedrática española Encarnación Roca, vicepresidenta del Tribunal Constitucional de España; el profesor y ex constituyente y académico colombiano Juan Carlos Esguerra Portocarrero; el profesor y presidente de la Academia de Jurisprudencia de Puerto Rico, Antonio García Padilla; la presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Cecilia Sosa Gómez; el profesor nicaraguense Carlos Navarro; el profesor Sergio D'Andrea Ferreira, Secretario General de la Academia Brasileña de Jurisprudencia; el jurista Mario Castillo Freyre, Director de la Academia Peruana de Jurisprudencia; el Magistrado de la Suprema Corte de Justicia y miembro de la Academia de Jurisprudencia de Honduras, Edgardo Cáceres Castellanos; la ex magistrada del Consejo de Estado y ex ministra de Colombia, Ruth Stella Correa; Guillermo Barrera Buteler y Alfonso Santiago, catedráticos y miembros de la Academia de Jurisprudencia de Argentina; José Antonio Rivera Santiváñez, ex magistrado de la

Corte Constitucional de Bolivia y académico de la Academia de Jurisprudencia de Bolivia; el académico de jurisprudencia boliviano Rafael Vergara Sandoval y, por supuesto, al gran catedrático Manuel Aragón Reyes, maestro de constitucionalistas y una persona con una experiencia sin igual en el mundo de la academia y de la judicatura a través de su posición como magistrado del Tribunal Constitucional español.

Con todos ellos, y junto a los ilustres miembros del Comité Organizador del World Law Congress, de la World Jurist Association y de la World Law Foundation, seguiremos trabando y alentando esta conversación global de profundo calado en torno a los desafíos y oportunidades a las que hoy se enfrenta el Estado de Derecho.

Saludo de apertura a las Opening Session de Caracas (Venezuela), La Paz (Bolivia) y Córdoba (Argentina)

RAFAEL NAVARRO VALLS*

Es razonable que esta sesión del Congreso Mundial del derecho se realice en el ámbito iberoamericano. Su influencia en la cultura jurídica mundial es ya un hecho. Cuando en otros tiempos hablábamos de las grandes familias jurídicas, lo incluíamos en el derecho de base continental europea. Ahora- sin perder sus raíces, en especial las españolas- hablamos del sistema iberoamericano o latinoamericano de derecho, un sólido ordenamiento donde el centro lo constituyen los derechos humanos.

Por otra parte es también razonable que como Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, me permitáis tomar aquí la palabra. Es evidente que las 30 academias iberoamericanas integradas en esa Conferencia Permanente, de uno u otra forma, todas ellas han asumido con entusiasmo la colaboración solicitada por el Presidente de la World Jurist Association Excmo.Sr. D. Javier Cremades.

Aunque de todas ellas, la gestión de la Academia hermana de Colombia ha sido fundamental. La cita en Bogotá y Barranquilla demostrará el gran esfuerzo desarrollado por Colombia. Es de justicia también referirnos a la importante colaboración de las Academias Jurídicas de Venezuela, Bolivia y Córdoba por haber asumido la realización de las Opening Sessions preparatorias. Más en concreto debemos agradecer a los Presidentes de cada una de las Academias que fueron sus anfitriones, así al Sr. Humberto Romero Muci Presidente de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, al Sr. Ramiro Moreno Baldivieso de la Acade-

* Doctor en Derecho. Catedrático emérito y profesor de honor de la Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense de Madrid. Académico vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Turín. Ha recibido la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort. Es Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas.

mia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia y al Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Sr. Armando Andruet (h)

Como dije en otra ocasión: “el tiempo es un aliado oportunista e incierto, se coloca siempre en el bando de los fuertes y deja despreciativamente en el atolladero al que confía en él sin moverse”.

Nuestra Conferencia Permanente necesita nuevos desafíos, entre ellos y como primero seguir contribuyendo a través del Derecho a la defensa de la diversidad cultural, lingüística, étnica, racial o religiosa. El pasado ha desaparecido, el presente es; y puesto que el futuro es el fruto de nuestras actuaciones actuales, lo que hacemos ahora es de la mayor importancia.

Colaborar con este gran Congreso Mundial es lo que ahora nos toca: estoy seguro de que estaremos a la altura de las circunstancias, pues es algo maravilloso estar presente cuando se forja la historia. Muchas Gracias a todos.



**World Jurist
Association**
Peace Through Law

Members are:



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

Distortion of the Rule of Law

World Law Congress Colombia 2021
Opening Session • Caracas, Venezuela
March 11, 2021
11:00 Caracas • 16:00 Madrid



DISCUSSION PANEL



Allan R. Brewer-Carías
Venezuela

Professor Emeritus at the Universidad Central de Venezuela. Member of the Political and Social Sciences Academy of Venezuela



Néstor Pedro Sagües
Argentina

Professor Emeritus at the University of Buenos Aires. Member of the National Academy of Jurisprudence and Social Sciences of Buenos Aires



Manuel Aragón Reyes
Spain

Academic Director of the World Law Congress. Professor at the Universidad Complutense de Madrid. Judge Emeritus of the Constitutional Court. Member of the Spanish Royal Academy of Jurisprudence and Legislation



Laura Chinchilla
Costa Rica

President of Costa Rica (2010-2014)



Juan Carlos Esguerra
Colombia

Professor Emeritus at the Pontificia Universidad Javeriana in Bogotá. Member of the Colombian Academy of Jurisprudence



Karlos Navarro
Nicaragua

Professor at the Universidad Centroamericana de Nicaragua. President of the Academy of Jurisprudence and Legislation of Nicaragua

Introducción a la Opening Session de Caracas (Venezuela)*

HUMBERTO ROMERO-MUCI**

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales quiero expresar mi especial agradecimiento a *World Juris Association y World Law Foundation* en la persona de su presidente, Don Javier Cremades y a todo su eficiente equipo, por la iniciativa de patrocinar la mesa redonda u *opening session*, con el preocupante título *El falseamiento del estado de derecho*, en la ruta de la celebración del XXVII del Congreso Bienal Mundial sobre el Estado de Derecho en Barranquilla, Colombia en diciembre de 2021.

Igualmente agradezco la colaboración de todos los presidentes de las academias de jurisprudencia de Iberoamérica por sumarse a este esfuerzo organizativo en la interminable lucha por la defensa del estado de Estado de Derecho, la Democracia y el respeto de los Derechos Humanos como garantía de paz y progreso de nuestros países.

Mi especial agradecimiento al presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, anfitrión del Congreso sobre el Estado de Derecho de Barranquilla, el académico Dr. Augusto Trujillo por su liderazgo en la planificación y ejecución de este encuentro, así como a los colegas académicos Armando S. Andruet (h) y Ramiro Moreno Baldivieso, presidentes de las Academias hermanas de Córdoba, Argentina y Bolivia, respetivamente, por ser factor esencial para las *Opening Sessions* que complementaron los trabajos de las academias iberoamericanas para el *World Law Congress*.

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela fue un privilegio poder participar en la organización de ese evento telemático que identificó a la ciudad de Caracas el 16 de marzo de 2021 como sede virtual de esta iniciativa, porque permitió visualizar a nivel mundial, a través de este foro, la

* Ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

** Realizada el día 16.III.21.

dramática situación de desinstitucionalización del Estado de Derecho, la disfunción de la democracia y la violación sistemática de los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos.

Así mismo quiero agradecer la participación del espléndido grupo de académicos panelistas que se dieron cita para ilustrarnos con sus conocimientos y experiencias sobre el acuciente tema del *Falseamiento del estado de derecho*.

Fue un privilegio concentrar la presencia de los profesores Allan Brewer Carías, Néstor Pedro Sagües, Manuel Aragón Reyes, la expresidenta Laura Chinchilla Miranda, el profesor Juan Carlos Esguerra y Karlos Navarro.

La razón de este tema estriba en alertar de una de las más graves amenazas al Estado Democrático de Derecho que sufre América Latina en la actualidad. Se refiere a la desfiguración o socavamiento calculado por parte de gobernantes que llegan al poder por vías democráticas, que no quien romper abiertamente con las categorías del Estado democrático de Derecho, pero están decididos a utilizar las instituciones en su propio beneficio, adulterándolas, conservando ribetes de legalidad que confieren legitimación.

Estas desviaciones han sido rotuladas bajo conceptos variados como el *falseamiento* o *fraude constitucional*, el *constitucionalismo abusivo*, o la *desconstitucionalización*, entre otros.

Todo esto representa hoy serios peligros para la institucionalidad democrática latinoamericana.

La herramienta de trabajo que se usa, luego que se llega al poder, es sustituir la libertad y el Estado de Derecho falseando la libertad y el Estado de Derecho, es decir, desfigurándolos y socavándolos de manera calculada, por quien está al frente del Gobierno, con el propósito de hacer mayor control jurídico y finalmente mayor dominación política.

Se trata de la puesta en vigencia de un sistema constitucional distinto, opuesto y paralelo, del normado en la constitución escrita, la cual va perdiendo su carácter político y fundamental dentro del Estado, para ser nada más que una fachada o un texto hueco.

Al analizar estos procesos de erosión o desmantelamiento del Estado democrático de Derecho es necesario observar su contexto y antecedentes. En cada nación hay circunstancias específicas que han de ser tenidas en cuenta para entender tales desenlaces. No obstante, es posible identificar causas y formas comunes latinoamericanas que han facilitado las señaladas modalidades de degeneración

del Estado Constitucional de Derecho y de la democracia, así como también las formas como se manifiesta esa progresiva degeneración en contra de la libertad y el orden jurídico.

Una primera consideración ineludible se refiere a la cultura política predominante en muchos de nuestros países, que confiere poco valor al imperio de la ley, a la juridificación del ejercicio del poder y las demandas ciudadanas. El carácter supremo y vinculante de la constitución como garantía de orden y libertades, se degrada

En segundo lugar, en muchas de nuestras sociedades ha sido sembrada la idea democrática, pero principalmente bajo los postulados de la realización de la voluntad de la mayoría, a través de elecciones, sin prestar atención a los controles y contrapesos institucionales que la democracia presupone.

En tercer lugar, las elecciones parecen agotar la significación de la democracia y, además, estas son concebidas como oportunidades periódicas para conferir o renovar la confianza en un liderazgo redentor, que debe contar con todos los instrumentos de poder necesarios a fin de dar cumplimiento a un proyecto político.

En cuarto lugar, no ha echado raíces la noción de democracia asociada a la libertad, al respeto del ciudadano, al cumplimiento de las obligaciones de los órganos del Estado con los derechos humanos, a la protección del pluralismo político, a la garantía de los derechos de las minorías y la alternabilidad en ejercicio de los cargos, como tampoco a los valores y principios que sostienen la ética pública y ciudadana. Es un ambiente social en el que, un grito de esperanza de que todo va a cambiar permite hacerse del poder y pretender quedarse con él para siempre.

En quinto lugar, lo cierto es que, en las democracias frágiles, llamadas delegativas, ancladas en el presidencialismo exacerbado y el personalismo político, entregan a un líder la conducción de los asuntos públicos y se piensa que los demás espacios de poder deben alinearse en la dirección trazada por el presidente.

Finalmente, la pérdida de confianza en los partidos políticos dejó un terreno fértil para los populismos que siguen entronizándose en países de nuestra región, aunque la expansión de esta tendencia parece ser de carácter global.

En este contexto el objetivo de la *opening session* de Caracas fue denunciar las prácticas más típicas sobre *falseamiento constitucional*, particularmente los que versan sobre la constitución política.

Dichas prácticas están dirigidas a enervar la independencia de los distintos órganos del poder público deconstruyendo los principios del estado constitucional. Las practicas manipulativas se verifican fundamentalmente desconstitucionalizando, deslegalizando, desdemocratizando, deshumanizando, mermando la subordinación de la autoridad militar al poder civil, en definitiva, exacerbando el autoritarismo y las vías de hecho. Para hacer una explicación de conjunto sobre la problemática del falseamiento del Estado de Derecho tuvimos la intervención del académico venezolano Dr. Allan Brewer Carías.

La **desconstitucionalización** implica degradar la supremacía constitucional, el carácter vinculante de la constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, deconstruyendo el principio de separación de poderes, debilitando las autonomías y desconociendo las funciones de los otros poderes públicos reconocidos constitucionalmente; violar los derechos y garantías constitucionales mediante la interpretación regresiva y contraria de los derechos sociales, civiles, económicos y políticos. El tema específico sobre la degradación del valor normativo supremo y vinculante de la constitución, intervino el Académico argentino Dr Pedro Néstor Sagües

La **deslegalización** comprende las practicas que disminuyen la eficacia de la Ley como acto formal del parlamento, degradando la garantía de la reserva legal al delegar la regulación de derechos fundamentales a órganos subalternos desprovistos de toda legitimidad democrática para dictar actos con rango legal. El asunto sobre la deslegalización o la degradación del rango legal como garantía de libertad, expuso el académico español, Dr. Manuel Aragón Reyes.

La **desdemocratización** supone las acciones que degradan el contenido democrático del sistema político nacional, tales como los principios de representatividad, participación política y alternabilidad democrática mediante elecciones libres y frecuentes, libertad de expresión, existencia de fuentes alternativas de información, autonomía asociativa, entre otros. Sobre el importante tema de la desdemocratización, contamos con la lujosa participación de la politóloga y ex presidenta costarricense Laura Chinchilla Miranda.

El debilitamiento de la relación de subordinación de la autoridad militar al poder civil plantea los riesgos de militarización de la política y politización de las fuerzas armadas. Para explicar estos delicados equilibrios en el estado constitucional, contamos con la experimentada intervención del académico colombiano Dr. Juan Carlos Esguerra.

Finalmente, el falseamiento del Estado de Derecho es solo una mascarada para la exacerbación del autoritarismo, el ejercicio abusivo del poder, pero por sobre todo sin control efectivo. En este sentido el control político del poder judicial, y en especial, de la jurisdicción constitucional lo han convertido en el principal instrumento del autoritarismo, que nada controla en materia de control de constitucionalidad o legalidad, sino que más bien avalan las inconstitucionalidades y demás atropellos de los gobiernos permitiendo, convalidando o produciendo situaciones de completa anomalía institucional. Sobre este importante asunto expuso el académico nicaragüense Dr. Karlos Navarro.

Ante la realidad descrita, es preciso formular una agenda latinoamericana para el Estado democrático de Derecho. Un componente fundamental de esa agenda consiste en preservar y cultivar la independencia judicial y los controles parlamentarios, junto a los de carácter fiscal y la rendición de cuentas. Permítanme insistir en que sin asumir un compromiso inderogable con la independencia judicial no será posible consolidar instituciones democráticas. Hay que salir al paso con firmeza a cualquier intento de ponerla en entredicho, porque la progresiva erosión de la independencia judicial desemboca silenciosamente en una captura política que obstruye los canales democráticos y asegura la perpetuación autoritaria en el poder.

Esencial es igualmente la revisión de nuestros presidencialismos. Es necesario recuperar los contrapesos institucionales, así como desconcentrar y descentralizar el poder. Ello implica reforzar la posición política de los congresos o parlamentos y promover la asunción de competencias en los niveles locales y regionales de gobierno, en aras de una participación más amplia de la ciudadanía y de una mejora en la capacidad de respuesta del Estado.

Tenemos que levantar muros sólidos de contención ante amenazas populistas, basados en una cultura democrática ciudadana que esté arraigada en la participación popular como en el pluralismo político y el control del poder. El Estado de Derecho no puede ser una fachada decorativa de pretendidas democracias, sino uno de sus pilares conceptuales e institucionales lo que se expresa en que todos los órganos del Poder Público deben trabajar para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y legales que tienen para con los ciudadanos.

Esperamos que las experiencias comentadas por las academias de Iberoamérica en el *opening session* de Caracas contribuyan de manera útil a la discu-

sión y comprensión de sobre las amenazas y las realidades de este Estado de derecho falso, falseado y fraudulento que ha hecho aparición en nuestra América Latina en estos comienzos del siglo XXI, a luz de todo el mundo democrático. Ojalá sirva de revulsivo contra la improvisación y la desmemoria y nos permita reconstruir el tejido democrático, fortalecer el estado de derecho y asegurar la efectividad de los derechos humanos en nuestros países. El *World Law Congress* es una oportunidad estelar en el sentido indicado.

El falseamiento del Estado de Derecho en Venezuela (1999-2021)

ALLAN R. BREWER-CARIÁS*

I. Algo sobre el Estado Constitucional y la Constitución

El más importante y fundamental de los derechos de los ciudadanos en un Estado Constitucional, que es el derecho a la Constitución, a su supremacía, a su rigidez, a su imperatividad; origina, 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, (la Constitución Política, la Constitución Social y la Constitución Económica), quienes controlan el poder 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.

Adicionalmente, en el Estado Constitucional, aun siendo la Constitución emanación de la voluntad del pueblo, el pueblo mismo tiene también 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 para las reformas constitucionales. Ello no es otra cosa que simple

* Académico de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

populismo constitucional que tanto daño ha causado al constitucionalismo contemporáneo,¹ y que en el caso de Venezuela fue la causa directa del colapso del Estado constitucional a partir de 1999

Ahora bien, siendo el derecho a la supremacía constitucional entre los más importantes que tienen ellos ciudadanos en el Estado Constitucional, para que esa supremacía tenga efectividad 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, como sucedió con la Asamblea Constituyente de Venezuela de 1999, donde una minoría convertida en mayoría impuso una Constitución a la mayoría que no votó por ella. Estas Constituciones, que han sido muchas en la historia, no tienen garantía de aplicabilidad.

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 inconstitucionales 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.² 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, como precisamente ocurrió en Venezuela a partir del asalto que se efectuó sobre el Poder Judicial en 1999.

Y ha sido precisamente en esta perspectiva que en el mundo contemporáneo y, en particular, en nuestros países iberoamericanos, se ha venido observando lo que bien puede denominarse el Falseamiento del Estado de Derecho, que co-

¹ 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 Internacional, Caracas 2020, pp. 13-25.

² 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.

mienza por ser un falseamiento de la Constitución derivado del incumplimiento de la promesa que en la misma quedó plasmada por el pueblo que la sancionó, reflejada en la degradación de los principios mínimos esenciales de cualquier Estado de derecho,³ que son:

En *primer lugar*, el *principio de la constitucionalismo*, es decir, de la propia existencia de una Constitución como carta política escrita, emanación 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.

El constitucionalismo implica, esencialmente, la supremacía del texto constitucional del cual deriva 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.

En *segundo lugar*, el *principio de la democratización*, 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.

En *tercer lugar*, el *principio 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 diversos poderes estén en mano de órganos independientes y autónomos que se deben controlar entre sí, en particular, por parte del poder

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del 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. 360.

judicial. Este principio de la desconcentración está, por tanto, esencialmente unido al principio de la separación de poderes que es de la propia esencia del Estado de derecho, para evitar los posibles abusos de una rama del poder en relación con los otros.

En *cuarto lugar*, el *principio de la juridificación y 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 inconstitucionalidad o ilegales.

En *quinto lugar*, el *principio de la humanización*, con reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional y de la primacía de la dignidad humana, por tanto, que deben ser garantizados y respetados por el Estado, constituyéndose la libertad y los derechos en el freno al Estado y sus poderes.

En *sexto lugar*, el *principio de la descentralización política en la organización del Estado*, para asegurar la participación política de los ciudadanos en el ejercicio del poder, al acercarlo a todos mediante la creación de entidades políticas territoriales regionales y locales, desparramadas en el territorio del Estado, gobernadas por representantes también electos mediante sufragio universal directo y secreto; principio que es el origen del federalismo, de los regionalismo políticos y, en todo caso, del municipalismo.

En *séptimo lugar*, como corolario de todos los principios anteriores, el *principio de gobierno civil*, que implica la subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, estando aquella encargada única y exclusivamente de la defensa de la Nación, del territorio y de los principios y valores establecidos y garantizados en la Constitución.

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, han venido siendo despreciados, ignorados, falseados o vaciados de contenido; tal como ha sucedido en las últimos dos décadas en muchos de nuestros países, a la vista del propio mundo democrático, como ha sido el trágico caso de lo ocurrido en Venezuela.⁴

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Ex-*

En Venezuela, en efecto, además del falseamiento de la Constitución Económica y de la Constitución Social, cuyas promesas han sido totalmente incumplidas, configurándose institucionalmente como una gran mentira pues en los últimos veinte años, el establecimiento de un Estado social no pasó de ser una vana ilusión propagandista, habiendo solo adquirido la deformada faz de un Estado populista;⁵ se ha producido el falseamiento de la Constitución Política que es a lo cual quiero referirme aquí, que después de veinte años de violaciones, ha resultado que el régimen político democrático representativo y participativo, nunca se implementó; que la estructuración de un Estado democrático de derecho y de justicia fundamentado en el principio de la separación de poderes, nunca se concretó; que la consolidación de un Estado federal descentralizado, se abandonó,⁶ y que los derechos y libertades públicas han sido materialmente despreciados.

Todo ello ha conducido al país al total colapso de sus instituciones, destrozándose las bases del Estado democrático de derecho y de justicia, con forma Federal y descentralizada que se regula en la Constitución, que nunca ha llegado a estructurarse, y que debía haberse montado sobre la base de los principios antes señalados de constitucionalismo, desconcentración del poder, democratización, legalización, humanización, descentralización y participación y de gobierno civil.

Al contrario, lo que hemos presenciado es un proceso sistemático de desconstitucionalización, de desdemocratización, de concentración del poder, de deslegalización, de deshumanización, de centralización y de ausencia de participación, y de militarización.

periment, 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.

⁵ 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.

⁶ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

II. El falseamiento del principio de la soberanía popular; la desconstitucionalización y la usurpación de la soberanía popular

El proceso de desconstitucionalización del Estado se inició en Venezuela en 1999 con el mismo proceso de sanción de la propia Constitución de 1999, producto de una Asamblea Nacional Constituyente mal conformada y peor estructurada,⁷ para cuya convocatoria se violó la Constitución de 1961 que no establecía ni regulaba la figura de la Asamblea Nacional Constituyente, asaltándose el poder y avasallando a los poderes constituidos.

Con esa experiencia venezolana se inició en América Latina el llamado “nuevo constitucionalismo,”⁸ 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.⁹

El resultado de esa deformación fue que en Venezuela una Asamblea Nacional Constituyente completamente controlada por los seguidores de Hugo Chávez, sancionó una Constitución Política que como lo expresé en diciembre de 1999, al abogar por su no aprobación en el referendo:

“cuando se analiza globalmente, [...] pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la *combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo* que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.”¹⁰

Lamentablemente lo que entonces vaticiné se cumplió a cabalidad comenzando el proceso de la violación descarada de la Constitución, sin que muchos lo ad-

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002.

⁸ 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.

⁹ Véase Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

virtieran, una semana después de aprobada por el pueblo mediante referendo (el 15-12-1999), e incluso antes de que se publicara, 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” (22-12-1999)¹¹ que en la práctica dio origen a otra “constitución” paralela 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 calificué como un golpe de Estado constituyente.¹²

Con ese régimen constitucional transitorio la Asamblea Constituyente, al margen del pueblo, procedió a sustituir todos los Poderes Públicos constituidos del Estado y sus autoridades, designando a dedo a sus sustitutos; es decir, puso fin al mandato del anterior Congreso y creó transitoriamente una Comisión Legislativa Nacional; eliminó la anterior Corte Suprema de Justicia, creando las Salas del nuevo Tribunal Supremo fijándoles el número de magistrados, lo que no estaba establecido en la Constitución, procediendo a nombrarlos sin cumplir con las exigencias de la propia Constitución; creó una Comisión de Reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial para seguir interviniéndolo, destituyendo jueces sin debido proceso; designó a todos los altos funcionarios de los diversos Poderes del Estado sin cumplir las condiciones constitucionales; y dictó un Estatuto Electoral sin potestad alguna para ello.¹³

Y todo ello, con el aval por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, que había nombrado por la propia Asamblea Constituyente, la

¹¹ 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.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. A ello se sumaron diversas “modificaciones” o “reformas” al texto introducidas con ocasión de “correcciones de estilo” para su publicación lo que ocurrió el 30 de diciembre de 1999. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional”, en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; 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, 1018 pp.

cual, al decidir en su propia causa, mediante sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000,¹⁴ estableció, primero, que las normas constitucionales aprobadas no se aplicaban a los nombrados, y segundo, que todo lo que había resuelto la Asamblea Constituyente tenía rango “supraconstitucional,” no estando la misma sujeta ni a la Constitución de 1999 ni a la Constitución de 1961.

Ello fue, en definitiva, el inicio del antes mencionado y llamado “nuevo constitucionalismo” en cuyo nombre específicamente se produjo en Venezuela la inmisericorde intervención y sometimiento del Poder Judicial, y con ello, la destrucción del Estado de derecho;¹⁵ proceso en lo cual a partir de 2000 el Juez Constitucional jugó un rol estelar, configurándose con ello una contradicción inconcebible: que un Juez Constitucional pueda tener como misión la de demoler las instituciones del Estado de derecho y con ello, destruir las bases del sistema democrático.

Y todo ello, en contraste con lo que dispuso la Constitución al declarar que la soberanía reside “intransferiblemente” en el pueblo, es decir, que sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como, por ejemplo, tantas veces e impropriamente se la calificó en 1999,¹⁶ y 2017.¹⁷ En la Constitución de 1999, incluso, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente se señala que “el pueblo de Venezuela es el depositario

¹⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 ss.

¹⁵ Sobre la intervención del Poder Judicial véase 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; “La Justicia sometida al poder y la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; “Sobre la ausencia de carrera judicial en Venezuela: jueces provisorios y temporales y la irregular Jurisdicción Disciplinaria Judicial,” en *Revista de Derecho Funcionario*, Números 12-19, Mayo 2014 – Diciembre 2016, Edición especial, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2018, pp. 8-26.

¹⁶ Véase los comentarios críticos sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 67 ss.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, 654 pp.

del poder constituyente originario” (art. 347) el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna.

Sin embargo, de hecho, estas previsiones no se han cumplido, como se evidencia de las muestras constituyentes realizadas en desprecio de la Constitución al presentarse un proyecto de reforma de la misma en 2007 por el Presidente Chávez,¹⁸ la cual afortunadamente fue rechazada por el pueblo mediante referendo, pero cuyo contenido, que buscaba la creación de un Estado Comunal *paralelo al Estado Constitucional*, era más bien lo propio de una Asamblea Constituyente. Sin embargo, de nuevo el Juez Constitucional fue el que se negó a controlar el despropósito.¹⁹

Diez años después, el 1º de mayo de 2017, se produjo la inconstitucional convocatoria por decreto Ejecutivo de otra Asamblea Nacional Constituyente²⁰ - usurpando el carácter del pueblo como depositario del poder constituyente originario - para supuestamente transformar el Estado, adoptar un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución buscando de nuevo constitucionalizar el Estado Comunal rechazado por el pueblo en 2007.²¹ Esta vez, además, en fraude a la voluntad popular y sin consultar al pueblo como lo exigía la Constitución (art. 347),²² estableciéndose medios para elegir la Asamblea por

¹⁸ 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, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; *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.

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y César de Jesús Molina Suárez (Coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, Universidad nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, Tomo I, pp. 385-435

²⁰ Véase *Gaceta Oficial* No. 6295 Extraordinario de 1 de mayo de 2017

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65

²² Véase sobre ello lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, p. 64-66; y en *La Constitución de 1999 y la Enmienda constitucional No. 1*

sectores y territorios, contrariando a la propia Constitución que proscribe cualquier forma de representación grupal, sectorial, de clase o territorial. Y de nuevo, el Juez Constitucional fue el que se negó a controlar tal violación y usurpación de la soberanía popular.²³

En esta forma, la Constitución en Venezuela, desde su sanción, puede decirse que perdió todo valor de norma suprema producto de la soberanía popular, y 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, e incluso, para mayor tragedia, con la participación activa del mismo, mediante sentencias de interpretación constitucional todas hechas a la medida, o mediante mutaciones ilegítimas para “garantizar” que dichas actuaciones inconstitucionales no serán controladas.²⁴

En esta forma, lo primero que se ha vaciado en la Constitución Política de Venezuela, ha sido el principio del constitucionalismo y de la soberanía popular.

III. El vaciamiento del principio de democratización: La desdemocratización y la búsqueda de eliminación de la democracia representativa

La violación de la soberanía popular y la ausencia de separación de poderes y su concentración, por otra parte, ha sido el principal detonante, junto con otros, del proceso de desdemocratización del Estado, permitiendo no solo la usurpa-

de 2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 299-300

²³ Véase sentencia No. 378 de 31 de mayo de 2017. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-carías, “El Juez Constitucional vs. El pueblo como poder constituyente originario. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia avaló la inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, arrebatándole al pueblo su derecho exclusivo a convocarla,” en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Colección Estudios Jurídicos No. 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 481-494

²⁴ Véase sobre 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.

ción de la soberanía popular y la desconstitucionalización, sino la definición y aplicación, como política de Estado, de un proceso de desprecio del principio de la democracia representativa, propendiendo su sustitución por una llamada democracia “participativa.”

El principio democrático representativo está definido en la Constitución de 1999 (art. 5),²⁵ siendo imposible pensar en un régimen democrático²⁶ sin el principio de la representatividad, el cual es de la esencia de la democracia, y los vicios que la misma pueda tener lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla.²⁷

La consecuencia de la democracia representativa que, insisto, ES un derecho ciudadano,²⁸ es que los representantes que gobiernan siempre tienen que tener

²⁵ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente, Fundación de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, Tomo I, pp. 184 ss.

²⁶ Véase sobre la soberanía y la democracia representativa, Alla R. Brewer-Carías, “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*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional 2020, pp. pp. 15-39; Pedro L. Bracho Grand y Miriam Álvarez de Bozo, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 235-254; y Ricardo Combellas, “Representación vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un falso dilema”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 383-402.

²⁷ Las críticas a la democracia representativa deben ser para perfeccionarla, no para eliminarla y menos para sustituirla por la llamada “democracia participativa.” Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los elementos de la democracia como régimen político: representación y control del poder,” en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en <http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R>; “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; “Participación y representatividad democrática en el gobierno municipal,” en la Revista *Ita Ius Esto, Revista de Estudiantes* (<http://www.ita. iusesto.com/>), In *Memoriam Adolfo Céspedes Zavaleta*, Lima 2011, pp. 11-36; en <http://www.ita. iusesto.co. m/participacion-y-representacion-democratica-en-el-gobierno-municipal/>

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia,” en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias*

su origen en elecciones populares (art. 70) destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público (art. 136), mediante sufragio universal, directo y secreto (art. 63); lo que no impide que la misma deba perfeccionarse haciendo más efectiva la participación del ciudadano en los procesos políticos, lo que se logra con un proceso de descentralización política a los efectos de acercar el poder al ciudadano, mediante la estructuración de entidades políticas territoriales para hacer realidad el derecho a la participación.

Pero lo que no puede admitirse es que se pretenda sustituir la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa” que ha difundido el discurso autoritario del cual hemos sido testigos en Venezuela durante las dos primeras décadas del siglo XXI, confundiendo en general, indebidamente, la democracia participativa con elementos de democracia directa,²⁹ eliminando la descentralización del poder e impidiendo la propia participación política ciudadana.

Eso es lo que se ha logrado con el establecimiento de mecanismos de democracia directa que lo que persiguen es eliminar la representatividad, estructurando en paralelo a los propios órganos electos del Estado Constitucional para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando se lo está es sometiéndolo al control del poder central, como ha ocurrido en Venezuela con todo el entramado del llamado Estado del Poder Popular y los Consejos Comunales,³⁰ el cual

del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94.

²⁹ 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 Derecho 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 2019, 576 pp.

³⁰ 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.

una vez rechazado por el pueblo en el referendo de la reforma constitucional de 2007, se estableció inconstitucionalmente mediante la Ley los Consejos Comunales sancionada en 2006,³¹ y luego, en 2010, en las Leyes Orgánicas del Poder Popular y de las Comunas,³² y además, con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.³³ Con ellas, se estableció el marco normativo de ese nuevo Estado, paralelo al Estado Constitucional, desconstitucionalizándolo, denominado “Estado Comunal” o Estado del “Poder Popular,” que el Juez Constitucional se negó a controlar, y que conforme a la propuesta de Chávez en 2007 buscaba eliminar el sufragio y representación del país, es decir, establecer una “democracia” sin representación, que según lo que fueron sus propias palabras, supuestamente “no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.”³⁴

En ese nuevo esquema se configuró un sistema político estatal ignorándose la democracia representativa conducida por “voceros” de los Consejos Comunales, sin autonomía política, designados a mano alzada “en nombre del pueblo,”

³¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

³² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 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 N° 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*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

³³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28 de diciembre de 2010.

³⁴ 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

por asambleas controladas por el partido oficial y por el Ejecutivo Nacional. En ese esquema, además, las Juntas Parroquiales, de rango constitucional como entidades locales, fueron “degradadas,” 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 avallados por la Asamblea de Ciudadanos “de su respectivo consejo comunal” (at. 36).

A pesar de que todas dichas leyes fueron impugnadas, la Sala Constitucional ignoró los recursos, excepto el referido a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2010, el cual fue decidido por sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017,³⁵ en la cual simplemente y desconociendo el pilar de la democracia en Venezuela, que es la democracia representativa, la Sala admitió 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.

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 si 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.

³⁵ 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*, N° 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

Debe indicarse por último que de todo lo anterior, puede decirse que la primera víctima del Juez Constitucional ha sido el principio democrático representativo,³⁶ el cual ha sido, además, sucesivamente lesionado por el mismo, afectando el derecho político de los ciudadanos a elegir representantes en fraude a la representación proporcional (2006); avalando las inconstitucionales inhabilitaciones políticas que afectaron el derecho de ex funcionarios públicos a ser electos (2008, 2011); arrebatándole a una diputada en ejercicio el poder continuar ejerciendo su mandato, revocándose inconstitucionalmente (2014); revocando ilegítima e inconstitucionalmente el mandato popular a varios Alcaldes, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal (2014); demoliendo 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; eliminando la exigencia de sufragio para designación de autoridades municipales (2017); eliminando el sufragio universal, directo y secreto en la elección de diputados en representación de las comunidades indígenas (2020); y eliminando el carácter alternativo del gobierno (2009).³⁷

IV. El vaciamiento del principio de la separación de poderes: La concentración del poder

Luego de la demolición del principio del constitucionalismo, y el desprecio a la soberanía popular, en el caso venezolano lo siguió el vaciamiento del primer y fundamental pilar de la Constitución en un Estado democrático de derecho, que

³⁶ En este punto seguimos lo expuesto en 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.

³⁷ 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 Internacional, Caracas 2020, pp. 98-117.

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.³⁸

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.³⁹

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 público,⁴⁰ 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

³⁸ 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 N° 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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 N° 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.

y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.⁴¹

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).

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.⁴² 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 político por parte del Poder Ejecutivo,⁴³ funcionando

⁴¹ 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 N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49; “El principio de 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, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-43.

⁴² 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

⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición 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*,

como instrumento al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria; tal cual como aquellos jueces del horror del régimen nazi, repudiados en otra jurisdicciones.⁴⁴

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,⁴⁵ en el instrumento más utilizado por el régimen autoritario, para demoler el Estado de derecho y sus principios.⁴⁶ Para ello,

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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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 N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (*Quaestiones Juridicae* N° 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.

⁴⁶ 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*, N° 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*, N° 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 In-

incluso el Juez Constitucional se inventó un endémico “proceso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución”⁴⁷ 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,⁴⁸ usurpando así las potestades del poder constituyente originario.⁴⁹

vestigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188

⁴⁷ Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 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*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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, Caracas, 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 N° 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 N° 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, pp. 666; *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, N° 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), Edi-

Ese rol del Juez constitucional que ha propiciado la concentración del poder 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. 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 mediante una serie interminable de desafueros judiciales, que nadie puede controlar,⁵⁰ dando lugar incluso a que muchos procesos constitucionales, abandonándose el principio dispositivo, hayan sido iniciados de oficio por el Juez Constitucional.⁵¹

ciones 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, N° 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-recopilacion-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/2017/07/10/las-33-decisiones-de-l-tsj.html>

⁵⁰ 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.

⁵¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “The Unconstitutional Ex Officio Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annuling 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.

A partir de 2016, por tanto, la degradación de la Justicia Constitucional,⁵² 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;⁵³ 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;⁵⁴ a eliminar las funciones de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública; a imponer el visto bueno previo del Vicepresidente ejecutivo para poder interpellar a un Ministro,

⁵² 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.

⁵³ 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-carías.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%B3n%20de%20la%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley%20TSJ%202015-5-2016.pdf>.

⁵⁴ 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*, N° 145-146, (enero-junio 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 428-443

con preguntas que solo pueden ser formuladas por escrito;⁵⁵ a eliminar además, tanto la posibilidad de que la Asamblea para improbar los estados de excepción que se decreten, como la posibilidad de aprobar votos de censura a los Ministros;⁵⁶ 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.⁵⁷

⁵⁵ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios al decreto N° 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*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 120-129

⁵⁶ 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 N° 9 de 1-3-2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%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*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

⁵⁷ Véase el estudio de todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial*

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 Electoral 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 representantes del pueblo. Para ello, en efecto, mediante sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017,⁵⁸ 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 2017,⁵⁹ 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.⁶⁰ 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 2017,⁶¹ y la No.156

y perversión del Estado de Derecho, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016; edición española: Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

⁵⁸ Véase en http://hi.storico.tsj.gob.v.e/decisiones/scon/en_ero/194891-02-1111_7-2017-17-0001.HTML

⁵⁹ http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/en_ero/194892-03-111_17-2017-17-0002.HTML

⁶⁰ Véase en [his torico.tsj.gob.ve/decisiones/sc on/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML).

⁶¹ 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 parlamen-

de fecha 29 de marzo de 2017,⁶² 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 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.”⁶³ 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;⁶⁴ lo que

taria (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/>

⁶² Véase la sentencia No. 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gov.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/>

⁶³ Véase: “Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional,” *El Nacional*, 30 de marzo de 2017, en http://www.el-nacion.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=GoPIrveXFE>

⁶⁴ 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-sen->

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. 157⁶⁵ y 158,⁶⁶ 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.

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;⁶⁷ el Defensor del Pueblo, nunca ha

tencia s-155-y-156-monitorprod avinci/

⁶⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-14-17-2017-17-0323.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-correccion-C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158-.-4-4-2017.pdf>

⁶⁶ 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-correccion-C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158-.-4-4-2017.pdf>

⁶⁷ 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_noticias/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.

protegido los derechos humanos,⁶⁸ los cuales han sido impunemente violados como resulta de los Informes de la Alta Comisionada de los Derechos Humanos de 2019 y 2020; el Ministerio Público que ejerce la Fiscalía General de la República, 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;⁶⁹ 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,”⁷⁰ en violación abierta de la Constitución, habiendo dejado de ser el árbitro independiente en las elecciones.⁷¹ 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,⁷² como ocurrió por última vez en 2020.⁷³

⁶⁸ 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, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

⁶⁹ 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.wpengin.e.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A-4-elec.pdf>

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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 Internacional, 2020, 274 pp.

⁷² 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 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 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,

V. Vaciamiento del principio del estado de justicia, de legalidad y juridicidad: La deslegalización o desjudicialización generalizada

El sometimiento del Poder Judicial a control político del Ejecutivo Nacional, producto de la concentración del poder, provocó otra catastrófica consecuencia en el falseamiento del Estado de derecho, que ha sido la deslegalización o 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 la independencia y autonomía del Poder Judicial, que es la garantía de los ciudadanos para exigir el cumplimiento del 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 20 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 incluso habían expresado públicamente que su misión, antes que impartir justicia, era contribuir a la ejecución de la política socialista del gobierno.⁷⁴

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

Caracas, 2004, 172 pp.

⁷³ 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.

⁷⁴ Véase el Discurso de Orden de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, en http://www.tsj.gov.ve/informacion/misc/elaneas/Disc_ursodeOrdenAper-tura2014DeyaniraNieves.pdf.

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.⁷⁵ Además, como desde 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,⁷⁶ 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,⁷⁷ sin garantía de estabilidad; quedando la des-

⁷⁵ 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-A-4-elec.pdf>

⁷⁶ 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

⁷⁷ 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

titución 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 2013,⁷⁸ 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,⁷⁹ 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 la excelente legislación existente sobre el control de constitucionalidad de los actos estatales; el control contencioso administrativo de los actos de la Administración Pública; y el control por la vía del amparo constitucional de las violaciones a los derechos humanos; todo ello, lamentablemente, no es sino letra muerta ante el Estado totalitario, que ha secuestrado la otrora autonomía e independencia del poder judicial.

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

2019, 160 pp.

⁷⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html>.

⁷⁹ 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.

constitucional vinculante de la Constitución por la Sala Constitucional, la Constitución ha sido objeto de mutaciones, por ejemplo, para centralizar competencias que eran exclusivas de los Estados de la Federación;⁸⁰ para eliminar el principio de la alternabilidad republicana dando paso a la reelección indefinida;⁸¹ para asegurar el financiamiento de las actividades electorales del partido oficial;⁸² para impedir la revocación popular del mandato del Presidente de la República;⁸³ para ampliar las competencias de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo ocurrió en materia de interpretación abstracta de la Constitución⁸⁴ 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.⁸⁵ 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 amparo⁸⁶ o para establecer normas tributarias nuevas en

⁸⁰ 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

⁸¹ 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.

⁸² 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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 Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

⁸⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la in-

materia de impuesto sobre la renta;⁸⁷ 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 veinte 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,⁸⁸ el Ejecutivo utilizando al Tribunal Supremo de Justicia secuestró competencia de dicha Corte Primera y destituyó a sus Magistrados,⁸⁹ quedando la misma clausurada por más de diez meses.⁹⁰

constitucional 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 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, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp.545-563.

⁸⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente 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*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276

⁸⁸ 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*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

⁸⁹ 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 N° 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 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/decision/es/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

⁹⁰ Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y

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.⁹¹

Esta situación, ha conducido a que antes de existir un Estado de Justicia, lo que 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 líderes de la oposición, para inhabilitarlos políticamente.⁹²

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,⁹³ que en 2013 alcanzó la cifra de 24.773 personas asesinadas,⁹⁴ siendo considerado en 2014, como el país más inseguro del mundo,⁹⁵ y Caracas, la capital, como la segunda ciudad más peligrosa del Planeta;⁹⁶ pero donde dichos crímenes no se persiguen y quedan impunes.⁹⁷

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.

⁹¹ Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Política Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

⁹² 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

⁹³ Véase Editorial de Le Monde, 30- marzo 2014, en <http://www.eluniverso.com/nacional-y-politica/140330/le-monde-dedico-un-editorial-a-venezuela>.

⁹⁴ Véase César Miguel Rondón, “Cada vez menos país,” en *Confirmado*, 16-8-2014, en <http://confirmado.com.ve/opinan/cada-vez-menos-pais/>

⁹⁵ 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>.

⁹⁶ 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 In-*

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 1999,⁹⁸ lo que ha originado es un Estado totalitario que además de haber empobrecido aún más 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.

VI. El vaciamiento del principio de la primacía de los Derechos Humanos y la deshumanización del Estado

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 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

tegradas. Información, opinión y análisis, 16-1-2914, en <http://salad.einfo.wordpress.com/2014/01/16/ca-racas-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/internacional/2014/08/20/actualidad/1408490113_417749.html

⁹⁷ 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/>

⁹⁸ 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.

de 2019,⁹⁹ 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);

Sobre el derecho a manifestar el Informe, constató que las fuerzas de seguridad, en los últimos años, “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

⁹⁹ 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

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;¹⁰⁰ 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 [...] y otros actos inhumanos de ca-

¹⁰⁰ Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: [https:// www.ohchr.org/D ocuments/HRBo dies/HRCouncil/ FFMV/A_HRC_4 5_CRP.11_ SP.pdf](https://www.ohchr.org/D ocuments/HRBo dies/HRCouncil/ FFMV/A_HRC_4 5_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.).

rácter 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 destacar los relativos a la *represión política selectiva* (Capítulo 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:

“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 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).

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 desconstitucionalizó mediante sentencia No. 1492 del 7 de julio de 2003,¹⁰¹ 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.¹⁰²

La Sala Constitucional, en sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de 17 de octubre de 2011¹⁰³ negó el valor universal de los derechos humanos, proclamando que “*no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución,*”¹⁰⁴ pasando posteriormente a desconocer las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Específicamente, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 dictada en el Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*,¹⁰⁵ 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

¹⁰¹ Véase en Revista de Derecho Público, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

¹⁰² Véase Allan R. Brewer-carías, “La ilegítima 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.

¹⁰³ Véase en http://www.tsj.gov.ve/de_cisiones/sc_on/Octubre/1547-171_011-2011-11-1130.html. 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.

¹⁰⁴ Idem. Donde se hace referencia a un fallo anterior N° 1309/2001.

¹⁰⁵ Véase en Revista de Derecho Público, N° 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

establecidas en la Convención Americana, al haber sido destituidos sin garantías judiciales algunas de sus cargos.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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 Supremo de Justicia, el cual lamentablemente resultó ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país,¹⁰⁸ 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 2012.¹⁰⁹

¹⁰⁶ 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 Integração 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, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

¹⁰⁷ 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_4_1_esp.pdf

¹⁰⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 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*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

¹⁰⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los efectos de las presiones políticas de los Estados

VII. El falseamiento del principio de la descentralización política y de la participación ciudadana: La centralización, la desconstitucionalización y la desmunicipalización del Estado

Además del principio de la limitación del poder mediante su separación horizontal, para que el poder controle al poder, en la Constitución venezolana de 1999, como otra de las bases del Estado democrático de derecho, se estableció un sistema de descentralización política del poder (Estado federal descentralizado) distribuyéndolo entre entidades territoriales en dos niveles para posibilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, lo que solo se puede lograr acercando el poder al ciudadano. Incluso en la Constitución se proclamó que

“la descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158).

Todo esto, sin embargo, en la práctica ha resultado ser otra promesa incumplida y otra gran mentira, falseándose totalmente el propósito del Constituyente, habiéndose desarrollado en el país durante los últimos veinte años un Estado altamente centralizado en el cual se ha impedido el desarrollo de la participación política – a pesar del discurso autoritario de la llamada “democracia participativa” –, quedando reducida la misma al ejercicio del sufragio cada vez más inocho por el control del régimen sobre los procesos electorales.

En realidad, la Constitución, al referirse al Estado Federal Descentralizado buscó que se configurarse – aun cuando en cierta forma contradictoria ⁻¹¹⁰ un

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.

¹¹⁰ Ello lo advertimos apenas se sancionó la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; y “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en *Federalismo y regionalismo*, Coordinadores Diego Valadés y José María Serna de la Garza, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-

efectivo sistema de descentralización del poder con entidades locales con efectiva autonomía política, normativa y administrativa que pudieran desarrollar realmente su autogobierno. Pero sin embargo, al regularse la autonomía de las entidades territoriales se previó que los límites a la misma no sólo podían estar en la propia Constitución, sino también en la ley nacional posterior. Ello originó que en 2001 se dictase una ley nacional para regular el funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos de los Estados, (art. 162),¹¹¹ en contradicción con la norma constitucional que atribuye a los Estados la competencia de dictarse su propia Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164.1). Igual sucedió con la autonomía municipal la cual ya no solo está sujeta a lo dispuesto en la Constitución, sino a lo dispuesto en la ley nacional.

A lo anterior se suma el centralismo que caracterizó el sistema constitucional de distribución de competencias del Poder Público entre los entes político-territoriales, conforme al cual los Estados carecen en la Constitución de materias sobre las cuales ejercer alguna competencia exclusiva (art. 164),¹¹² siendo la mayoría en realidad competencia concurrentes con el Poder Nacional o con el Poder Municipal. Y en cuanto a una competencia que se habían descentralizado en 1993 y convertido en “exclusiva” de los Estados, como la administración y manejo de los aeropuertos y puertos nacionales ubicados en cada Estado, la misma fue centralizada o nacionalizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2008, mutando a tal efecto la Constitución.¹¹³

Adicionalmente, al vaciamiento del ámbito de competencias de los Estados por la política de centralización nacional, se ha sumado la política desarrollada por el Poder Ejecutivo nacional de neutralizar totalmente el precario rol de aque-

750.

¹¹¹ *Gaceta Oficial* N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

¹¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana” en *Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, N° 291, enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2003, pp. 163-200.

¹¹³ Véase sentencia de la Sala Constitucional, N° 565 de 15 de abril de 2008 (*caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/56-150408-07-1108.htm>. Véase los comentarios sobre esta sentencia, en Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262.

llos, mediante el establecimiento de estructuras nacionales paralelas a las de los Estados. Ello comenzó con la creación de “Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI),”¹¹⁴ a cargo de funcionarios nacionales denominados “Autoridades Regionales,” las cuales, además, tienen “Dependencias” en cada Estado de la República, que están a cargo de Delegaciones Estadales, cuyos titulares, todos, son del libre nombramiento del Vicepresidente de la República. Dichos funcionarios se regularon en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2014 con el nombre de “jefes [nacionales] de gobierno” (arts. 34, 41, 44).

Estos Delegados o jefes de gobierno, que ejercen sus funciones “dentro del territorio del Estado que se ha asignado” (art. 19), se los ha concebido como los “canales de comunicación” de los Gobernadores de Estado con el Poder Nacional y viceversa, del Poder Nacional con los Estados, teniendo además como misión “realizar las acciones tendentes a impulsar la integración y operación de las comunidades organizadas, instancias del poder popular, organizaciones del poder popular, los consejos de economía y contraloría comunal bajo su demarcación, en términos de la normatividad aplicable, cumpliendo con los criterios establecidos por la Autoridad Regional de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI)” (art. 20). En definitiva, estas Autoridades nacionales Regionales y los Delegados Estadales son los órganos administrativos del Poder Nacional montados en paralelo a las autoridades estadales, con el objeto de asegurar el vaciamiento de sus competencias y la neutralización del poder de los Gobernadores de Estado, particularmente si no son miembros del partido oficial. Dichas autoridades, en todo caso, también encontraron regulación en noviembre de 2014, en la *Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socio-productivo de la Patria*.¹¹⁵

Ese proceso de ahogamiento y neutralización de las entidades territoriales de la República, además, fue particularmente agudo respecto de las entidades existentes en la Región Capital, donde en 2008, en el Distrito Capital en violación

¹¹⁴ Véase Resolución N° 031 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establece la Estructura y Normas de Funcionamiento de los órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI), en *Gaceta Oficial* N° 40.193 de 20-6-2013. Todo esto se ha regulado en noviembre de 2014 en la Ley de regionalización Integral para el desarrollo socioproductivo de la Patria, publicada en *Gaceta Oficial* No. 6.151 Extra. De 18-11-2014.

¹¹⁵ Véase Decreto Ley N° 1.425, en *Gaceta Oficial* N° 6.151 Extra. de 18 de noviembre de 2014.

de la Constitución, se crearon autoridades totalmente dependientes del Poder Ejecutivo mediante la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital.¹¹⁶

Por otra parte, en cuanto a los municipios la Sala Constitucional “interpretó” que la “libre gestión de las materias de su competencia” que les garantiza la Constitución no es más que “una *libertad condicionada*, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estatales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados.”¹¹⁷ Ello, por lo demás, es lo que ha permitido que se haya venido implementando mediante ley, en paralelo al régimen municipal, para destruirlo, el antes mencionado Poder Popular, con el que se dio inicio más bien al proceso de desconstitucionalización¹¹⁸ y desmunicipalización del país.¹¹⁹

¹¹⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.156 de 13 de abril de 2009.

¹¹⁷ Véase sentencia N° 2257 de 13 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

¹¹⁸ 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, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Las leyes del Poder Popular dictadas en Venezuela en diciembre de 2010, para transformar el Estado Democrático y Social de Derecho en un Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, No. 1, Madrid, Junio 2011, pp. 127-131; “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, No. 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101; y el estudio: “Introducción General al Régimen del Poder Popular y del *Estado Comunal* (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” en Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal* (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)

Proceso que se ha acrecentado precisamente mediante la creación de las Comunas y de los Consejos Comunales, como entidades con autoridades que no son electas mediante sufragio que forman el llamado Estado Comunal que se ha venido implementando al margen de la Constitución y en fraude a la voluntad popular que lo rechazó en 2007, mediante el vaciamiento de las competencias de los municipios y su forzosa transferencia a dichas entidades del Poder Popular conforme a la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones (Decreto Ley N° 9.043);¹²⁰ limitado el rol del Municipio como promotor de la participación del pueblo a actuar sólo “a través de las comunidades organizadas,” destruyendo así el federalismo, la descentralización y el municipio, e imponer un nebuloso Estado comunal como expresión de tránsito hacia el socialismo.”¹²¹

Es decir, conforme he dicho este esquema de establecimiento del Poder Popular y el Estado Comunal, a los efectos de ahogar y estrangular progresivamente el Estado Constitucional, la primera de las instituciones territoriales afectadas por supuesto que fue el Municipio, el cual, siendo la unidad política primaria dentro la organización de la República, ha quedado desvinculado totalmente del proceso de desarrollo comunal y de la participación popular, y lo más grave aún, pretendiéndose establecer una “democracia” sin representación.

Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9-182. Véase más recientemente, Rafael Badell, *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021.

¹¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

¹²⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.097 Extra. de 15 de junio de 2012.

¹²¹ Véase lo expresado por José Luis Villegas M., “Hacia la instauración del Estado Comunal en Venezuela: Comentario al Decreto Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencia, Servicios y otras Atribuciones, en el contexto del Primer Plan Socialista-Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013,” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 127 ss.

VIII. El principio del gobierno civil y su falseamiento con la avasallante militarización del país al margen de la autoridad civil

Por último, otra de las muestras de falseamiento del Estado democrático en Venezuela ha sido el proceso de descivilismo, es decir, de eliminación del régimen de gobierno civil que es de la esencia del Estado de derecho y de la democracia, mediante un avasallante proceso de militarización del Estado.

Dicho proceso comenzó en 1999, con el asalto al poder que se dio con ocasión de la elección a la Asamblea Nacional Constituyente la cual fue integrada por el grueso de los militares que habían intentado, junto con Hugo Chávez, dos fracasados golpes de Estado de 1992.

Ese asalto a la Asamblea Constituyente originó el diseño en la Constitución de elementos militaristas, como lo advertimos en 1999,¹²² al eliminarse del texto constitucional la formulación expresa del principio de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

El desarrollo del militarismo se efectuó, así, en los últimos lustros, por la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente, como se estableció en las Constituciones anteriores; la eliminación del control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, como se había regulado en el constitucionalismo histórico, siendo ahora un asunto exclusivo de la Fuerza Armada (art. 331); la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961, con lo cual el respeto a la democracia dejó de ser obligación constitucional de la Fuerza Armada; la eliminación de la otra obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes, “cuyo acatamiento - como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961 - estará siempre por encima de cualquier otra obligación.”

Todo ello fue la base para el desarrollo del militarismo en Venezuela, lo que se agravó entre otros factores, con la adopción en la Constitución de 1999 del

¹²² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000

concepto de la doctrina de la seguridad nacional, como globalizante, totalizante y omnicompreensiva, conforme a la cual todo lo que acontece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326)”; y la eliminación del principio del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961.¹²³

Todo ello abrió la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, y para que los militares, comenzar a deliberar políticamente, configurándose a la Fuerza Armada como un partido militar “chavista,”¹²⁴ luego de un proceso sostenido y continuo de destrucción del profesionalismo militar.¹²⁵ El proselitismo político de los militares, además, ha sido formalmente regularizado por sentencia de la Sala Constitucional de 11 de junio de 2014, mutando la Constitución,¹²⁶ resultando de todo ello que los militares han pasado a formar parte de un grupo privilegiado en la sociedad, con seguro acceso a bienes y servicios a los cuales los ciudadanos comunes no llegan.¹²⁷

¹²³ Véase lo que expusimos sobre el marco militarista de la Constitución en 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999; y en *Asamblea Constituyente y Poder Constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 1049-1050.

¹²⁴ El general Vladimir Padrino, Jefe del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada en el discurso de orden que pronunció en la Asamblea nacional el día de la Independencia, el 5 de julio de 2014, expresó: “Lo voy a decir con mucha responsabilidad atendiendo a la ética y a la gran política: esta FANB es chavista.” Véase en <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/jefe-militar-venezolano-asegura-que-fuerzas-armadas-chavistas.html>. Tres meses después, el 23 de octubre de 2014 apareció publicado el decreto mediante el cual se lo designó Ministro del Poder Popular para la defensa. Véase Decreto N° 1346 en *Gaceta Oficial* N° 40.526, de 25 de octubre de 2014.

¹²⁵ Véase Fernando Ochoa Antich, “Destruir el profesionalismo militar,” en *El Nacional*, Caracas 28 de septiembre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/D_destruir_profesionalismo_militar_0_490151147.html

¹²⁶ Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 651 de 11 de junio de 2014 (Caso Rafael Huizi Clavier y otros) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/165491-651-11614-2014-14-0313.HTML>. Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, “Una nueva mutación constitucional: el fin de la prohibición de la militancia política de la Fuerza Armada Nacional, y el reconocimiento del derecho de los militares activos de participar en la actividad política, incluso en cumplimiento de las órdenes de la superioridad jerárquica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

¹²⁷ Véase por ejemplo el reportaje publicado en *Bloomberg News*: “New Cars for the Army

Ese esquema militarista que se estableció en la Constitución de 1999, incluso se pretendió reforzar y reconstitucionalizar en la reforma constitucional presentada por Chávez en 2007,¹²⁸ afortunadamente rechazado por el pueblo, pero que sin embargo ha sido puesto en práctica de hecho durante los últimos veinte años, no solo con la creación al margen de la Constitución en 2008 de la Fuerza Armada “Bolivariana,” mediante la Ley Orgánica de la misma, sino con el nombramiento, además, de militares y exmilitares para ocupar la mayoría de los altos cargos públicos, y su elección, también, para los gobiernos regionales y locales, lo que ha conducido al apoderamiento casi total de la Administración civil del Estado por parte de los militares y por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

En esa línea, en septiembre de 2014, quien ejerce la Presidencia de la República entregó a los militares el control total de la economía al designar a militares para dirigir todos los órganos de la Administración Pública del sector económico,¹²⁹ designando incluso para dirigir y terminar de destruir a PDVSA, a mi-

as Venezuelans Line Up for Food,” 19 de septiembre de 2014, en <http://www.bloom-berg.com/news/2014-09-29/venezuela-army-enjoys-meat-to-cars-denied-most-citizens.html>
¹²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista*, Allan R. Brewer-Carías, Caracas 2007, 160 pp.

¹²⁹ Véase el comentario sobre los cambios ministeriales de septiembre de 2014 por Francisco Mayoigra, “Gustavo Azócar Alcalá, Los militares y la economía,” en ACN, Agencia Carabobeña de Noticias, 10 de septiembre de 2014, en <http://acn.com.ve/opinion/los-militares-y-la-economia/>. Sin embargo, la entrega de la conducción de la economía a los militares no es nueva. Véase por ejemplo lo escrito meses antes por: Patricia Claremboux, AFP, “Bajo el ala de Maduro, los militares toman control del poder económico de Venezuela. En sus primeros 9 meses de gobierno, el mandatario ya nombró a 368 uniformados en puestos políticos. Ahora, con la designación de un general del Ejército al frente del Ministerio de Finanzas, la militarización se extiende a la economía,” 20 enero de 2014, en <http://www.info.bae.com/2014/01/20/1538269-bajo-el-ala-ma-duro-los-militares-toman-control-del-poder-economico-venezuela>. Véase además el reportaje: “Maduro dejó en manos de un militar los problemas económicos de Venezuela. El presidente venezolano puso a Hebert García Plaza al frente del Órgano Superior de la Economía, creado para enfrentar la emergencia,” 13 de septiembre de 2013, en <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/maduro-dejo-manos-militar-problemas-economicos-venezuela-noticia-1630919>; y el reportaje: “Militares comandan economía en Venezuela,” en Agencia France Press, 20 de enero de 2014, en http://www.em.com.br/ap/p/noticia/internacional/2014/01/20/internacional_489796/militares-comandan-economia-na-venezuela-afirmam-analisistas.shtml. Véase además, Peter Wilson, “A Revolution in Green. The Rise of Venezuela’s Military,” en *Foreign Affairs*, 2014, disponible en <http://www.foreignaffairs.com/articles/142133/peter-wilson/a-revolution-in-green>.

litares recién retirados, sin conocimiento alguno del negocio petrolero.¹³⁰ Lo grave de este apoderamiento de la Administración Pública y del control militar de la economía, ha sido, además, en los últimos años, la creación de empresas públicas del Estado de carácter militar adscritas al Ministerio de la Defensa y manejadas exclusivamente por militares, como es el caso de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), creada por decreto N° 2.231 de 10 de febrero de 2016,¹³¹ creada en paralelo a PDVSA. Dicha empresa, contrariando la Constitución, ha resultado ser el instrumento más depredador del ambiente que pueda imaginarse, lo que ha quedado evidenciado en su participación como agente explotador en el ecocidio de la zona estratégica del llamado Arco Minero del Orinoco, establecida dos semanas después de la creación de dicha empresa militar.¹³²

Pero el militarismo no sólo se ha manifestado en la organización de la Administración, sino en el extraordinario gasto militar en que ha ocurrido Venezuela en los últimos años, no superado por ningún país de la región;¹³³ así como por la militarización progresiva de funciones otrora administrativas, como las de policía, lo que se ha visto en particular, con extrema gravedad en 2014, en la militarización de la represión a las protestas y no sólo estudiantiles, sino vecinales y sindicales.¹³⁴

¹³⁰ Véase Allan R. Brewer-carías, *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, N° 3, Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, 730 pp.

¹³¹ Véase en Gaceta Oficial N° 40.845, de 10 de febrero de 2016.

¹³² Véase el Decreto No. 2248 de 24 de febrero de 2016 de creación de la zona de desarrollo estratégico nacional Arco Minero de Orinoco. Véase Gaceta Oficial No. 40855 del 24 de febrero de 2016

¹³³ Véase Carlos E. Hernández, *Venezuela tuvo el mayor crecimiento en gasto militar de Latinoamérica*, en Notitarde.com, 6 de febrero de 2014, en <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-tuvo-el-mayor-crecimiento-en-gasto-militar-de-Latinoamerica/2014/02/06/303181>.

¹³⁴ Como lo destacó recientemente la destacada dirigente política, Paulina Gamus: “Con Chávez se inaugura no solo la militarización del gobierno, sino también la politización del mundo militar.” “La inspiración para ese modelo” agregó, está en “el culto a la personalidad, la transformación de los hombres de armas en la guardia pretoriana del gobernante y la presencia atropellante de militares en cargos públicos, con licencia para robar.” Véase en el artículo “Mamá, yo quiero un cadete. El apoyo de partidos de izquierda a los gobiernos militarizados de Chávez y Maduro en Venezuela es oprobioso,” en *El País*, Internacional, 14 de julio de 2014, en <http://internacional.laelpais.com/interna>

Este hecho de la militarización de las fuerzas de seguridad y orden público, incluso, fue particularmente destacado en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, de 4 de julio de 2019, en el cual mostró una “visión general de la situación de los derechos humanos” de enero de 2018 a mayo de 2019,¹³⁵ constatando cómo la situación de estado de excepción que existe desde 2016 y que se ha ido renovando cada 60 días, ha implicado “un aumento de la militarización de las instituciones del Estado (§ 31); y cómo

“Las medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han *aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa*” (§76).

Por último hay que destacar cómo, en forma absolutamente contradictoria con el militarismo avasallante, de hecho, y como política de gobierno, la Fuerza Armada, durante estos últimos lustros, sin embargo perdió el monopolio de las armas y de la fuerza, no sólo por la creación de la llamada Milicia, fuera de los componentes tradicionales de la misma, sino por la proliferación de armas en manos de toda suerte de delincuentes y la dotación de armas a grupos civiles urbanos (los Colectivos) con vínculos criminales, fuera del control de los propios militares e incluso de las policías.¹³⁶

Sobre ello, el mismo Informe Bachelet destacó en cuanto a los “*colectivos armados*,” a los cuales calificó como “*grupos armados civiles pro-gubernamen-*

[cional/2014/07/14/ac tualidad/140534_9965_9809_38.html](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx)

¹³⁵ 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

¹³⁶ Fernando Ochoa Antich, “Violencia y más violencia,” en *El Nacional*, 12 de octubre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/Violencia-violencia_0_49915_0202.html

tales” (§ 24), cómo han contribuido a ejercer “control social en las comunidades locales, apoyando a las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones y de la disidencia” (§ 32); y cómo los mismos, “también recurrieron a la violencia contra manifestantes, a menudo en coordinación con las fuerzas de seguridad. En muchos casos, estas acciones produjeron muertes y heridas graves” (§ 39); recomendando, en definitiva, que el Estado “Desarme y desmantele a los grupos armados civiles pro-gubernamentales (los llamados “colectivos armados”) y garantice la investigación de sus delitos” (§ 82).

Apreciación Final

Todo lo antes expuesto, lo que pone en evidencia, como ejemplo y estudio de caso en el Continente Iberoamericano es cómo en un Estado como Venezuela, a pesar de todo lo que dice la Constitución sobre el Estado democrático y social de derecho, descentralizado y de justicia, en la práctica ello ha resultado ser una gran mentira, habiéndose falseado completamente su contenido, con las ejecutorias de un gobierno autoritario que se instaló en el país desde 1999 cuando un grupo de militares golpistas fracasados, utilizando los mecanismos propios del populismo constitucional,¹³⁷ asaltaron el poder, para controlarlo.

Por ello, las violaciones a la misma, como se ha dicho, comenzaron a producirse desde el mismo momento en el cual la Constitución entró en vigencia, comenzándose a producirse con ello el falseamiento de todos los elementos y principios esenciales del Estado de derecho, así como de todos los elementos y componentes esenciales de la democracia como régimen político tal como los definió casi coetáneamente la Carta Democrática Interamericana de 2001.

¹³⁷ Véase sobre el tema mi estudio en Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

La subordinación del poder militar al Poder Civil^{*}

JUAN CARLOS ESGUERRA^{**}

Muchas gracias, quiero comenzar por expresar mi agradecimiento muy sincero a la **World Jurist Association** por conducto del doctor Javier Cremades, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia por conducto de sus presidentes los doctores Romero-Muci y Trujillo Muñoz, por esta invitación muy honrosa para mí y muy satisfactoria a participar en este panel de esta mañana en donde además he tenido la oportunidad de enriquecerme con las palabras de quienes me han antecedido y quienes habrán de seguirme en el uso de la palabra en la mañana de hoy.

Bien, el doctor Brewer-Carías destacó y además de él otros de los oradores la situación que se vive en Venezuela por cuenta de la relación de militares y el estado de derecho; se han tomado el estado de derecho, se lo ha tomado la fuerza pública. Han destacado también, quienes me han antecedido en el uso de la palabra, lo que se vive en Nicaragua y si nos adentramos en el tema tendríamos que concluir que prácticamente no hay país alguno que no haya tenido algún momento de una situación más o menos semejante, particularmente en el caso de América Latina en donde por cuenta del caudillismo y del militarismo desde los tiempos de la independencia se instituyó la posibilidad repetida de que los militares se hicieran con el poder y lo ejercieran al margen del estado de derecho. Eso por supuesto llevaría a la primera idea que sería decir que la fuerza pública, la fuerza militar, los ejércitos como se los llama en términos genéricos, constituyen la negación misma del estado de derecho y por consiguiente pues sería

^{*} Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Numerario de la Academia de Jurisprudencia Colombiana, Ex Ministro de Justicia, Ex Ministro de la Defensa de la República de Colombia y ex constituyente.

^{**} El presente texto, es una transcripción lo más textual posible de la exposición del conferenciante.

ideal para que se pueda volver, pensar en volver por los fueros del estado de derecho, que ellos desaparecieran.

Fue curiosamente una inquietud que se planteó desde comienzos del constitucionalismo moderno. Hay varios de los escritos que se hicieron con el nombre de cartas o papeles federalistas en 1787 por tres célebres constituyentes de entonces para explicar y vender en el buen sentido de la palabra la constitución que acababa de elaborar el congreso constituyente de Filadelfia para efectos de hablar de este tema sobre ejércitos o fuerzas militares y constitución o estado de derecho.

Hamilton le dedicó varios de sus escritos en esos papeles federales a este tema. Sostenía y con él el grupo de los que se llamaron federalistas, que era indispensable para la existencia y la subsistencia de un estado de derecho de una constitución, de un régimen nuevo que hubiera unos “*standing armies*”, es decir, unos ejércitos que estuvieran en pie, unos ejércitos permanentes. Los opositores, los antifederalistas, sostenían que allí se sembraba el riesgo que ocurrieran cosas como las que hemos descrito que han venido ocurriendo y siguen ocurriendo en el mundo entero unos ejércitos que se toman el poder, unos ejércitos que terminan en el gobierno bien porque el gobierno es ejercido directamente por ellos o es ejercido en nombre de ellos o es ejercido con su participación y por consiguiente que eso resultaba inaceptable.

Al final, prevaleció la tesis que en mi opinión tiene que prevalecer, de que no pueden no tenerse una fuerza pública en un estado de derecho. El estado de derecho necesita indispensablemente de la existencia de una fuerza pública para el cumplimiento de varios de sus cometidos fundamentales. El primero, la defensa de sus fronteras frente al riesgo de invasiones o de ataques que provengan del exterior y que naturalmente implica que el estado tiene que estar en condiciones de poder defenderse de ese riesgo, de los riesgos que vengan de afuera para efectos de mantener su integridad territorial y su soberanía política, ello es perfectamente evidente. En segundo lugar, de controlar las insurrecciones internas es decir, mantener el orden público y mantener al mismo tiempo la seguridad interior a través de fuerzas armadas, fuerzas armadas que ordinariamente para esos efectos son tareas que cumple la policía que es parte de la fuerza armada y que tiene el deber de mantener, de ejercer la fuerza en cuanto sea necesario para el cumplimiento de esas tareas. Al mismo tiempo es indispensable también la existencia de la fuerza para efectos de que el propio estado de derecho se cumpla, es decir, en el imperio de

la ley sea una realidad y no sea simplemente una quimera. El imperio de la ley requiere de la fuerza para efecto de poder mantenerse porque la sola coercibilidad de las leyes, el solo respeto que ellas inspiran, no es suficiente para esos fines.

Ahora, debe existir una fuerza armada no cabe la menor duda de ello, pero no una fuerza armada que se inmiscuya en las tareas del ejército, que participe incluso del gobierno o metida en ello. Así lo señaló en algún momento en un celeberrimo discurso el presidente de Colombia Alberto Lleras Camargo, recién elegido, para comenzar en los períodos presidenciales que se llamaron del Frente Nacional luego de que se derrocara la dictadura militar del general Rojas Pinilla en 1957. El pronunció un discurso muy célebre ante las fuerzas militares en mayo de 1958 en donde dijo que tienen que mantenerse separadas del gobierno las fuerzas militares y la fuerza armada ¿Por qué? porque su construcción, su definición es distintísima de la definición del gobierno. En la fuerza armada prevalecen por supuesto los términos mandar y obedecer, los términos disciplina, los términos no discusión, los términos aceptar aquello que viene de arriba, que son la negación de aquello que constituye las características propias del funcionamiento del gobierno en un estado de derecho. El gobierno en un estado de derecho debe darse sobre la base de la discusión, debe darse sobre la base de la controversia, sobre la base del debate, sobre la base que haya gobierno y de que haya oposición. En la fuerza pública eso resulta inaceptable, la fuerza pública debe tener una unidad absolutamente monolítica, una unidad de mando absolutamente monolítica, que constituye de nuevo la negación del funcionamiento del estado de derecho.

De modo que, es perfectamente claro qué al final debe concluirse en la necesidad indispensable de la existencia de una fuerza armada, de la fuerza, una fuerza pública del estado de derecho que además como dicen la constitución colombiana y la constitución venezolana, que conocen de experiencias de ese tipo, una fuerza armada que no debe ser deliberante dice la constitución colombiana, la constitución venezolana habla de sin militancia política. No pueden inmiscuirse en las tareas de la política, repito utilizando las palabras de Lleras Camargo, ni las fuerzas armadas pueden gobernar ni puede gobernarse en nombre de las fuerzas armadas, ello constituye un imposible y lo decía también Lleras Camargo un imposible físico, un imposible filosófico y además un imposible moral.

El concepto de “Desconstitucionalización”

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS*

Introducción

Constitucionalistas y politólogos han empleado con distintos sentidos la palabra “desconstitucionalización”, originada, al parecer, en Francia (*déconstitutionnalisation*). En otros casos, no se ha utilizado explícitamente esa palabra, pero sí nociones muy próximas a ella. El presente trabajo realizará una muestra elemental de esos significados y procurará reelaborar las notas distintivas de la desconstitucionalización, sus tipos principales y la calificación que merecen desde el ángulo de la estimativa jurídica.

I. Desconstitucionalización como reducción de la constitución

En esta versión del concepto, “desconstitucionalizar” importa ceñir la constitución a un conjunto de “reglas de organización”, relativas a la erección y funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la “parte dogmática” y reduciendo a la ley suprema, en verdad, a un “*code de procédure constitutionnel*”, o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno¹.

Desde esta perspectiva, la constitución, circunscripta a su “parte orgánica”, no se ocupa de enunciar los derechos de las personas, que en definitiva pasan a tener categoría legislativa, pero no constitucional. De esa manea, apunta Werner

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aire y Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

¹ Sobre esta acepción y su enunciado en Barthélemy y Duez, y en Esmein y Nézard, ver Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, trad. por Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid 2005, ed. Dykinson, págs. 140/1.

Kägy, el legislador goza de un enorme margen para determinar el contenido de las leyes, ya que no está condicionado, respecto a ese contenido, por derechos de nivel constitucional. Un ejemplo de ello pudo ser Francia, de 1875 a 1940, que tenía como “constitución” (inorgánica) un conjunto de leyes constitucionales que no describían derechos, sino que estructuraban a los poderes del Estado francés y determinaban las pautas de su interrelación².

Si bien cabe recordar que la primera versión de la constitución de Estados Unidos (1787) no contenía la descripción de derechos (aunque pronto se corrigió con las diez enmiendas iniciales, que instrumentaron el llamado *writ of rights* norteamericano), lo cierto es que una constitución sin derechos equivale a una constitución con derechos dejados a la discrecionalidad del Poder Legislativo y a las mayorías de turno. Eso puede conducir, como se ha dicho con acierto, a una “democracia absoluta”, pero no a una genuina “democracia constitucional”³.

II. Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo

Una segunda posibilidad es la de entender la desconstitucionalización como la pérdida de ciertos postulados clave del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de corte liberal, como el principio democrático, el régimen representativo, o la división de los poderes. Este fenómeno se produce, por ejemplo, en la primera posguerra, en los estados totalitarios y autoritarios entonces en boga (Italia, Alemania, Unión Soviética, etc.)⁴.

Segundo V. Linares Quintana, quien acepta ese concepto, detalla entre otras razones que provocaron la referida desconstitucionalización, las siguientes:

- a) la inseguridad de la paz y el estado latente de guerra que existieron apenas concluida la primera guerra mundial;
- b) lo que llama “la crisis de la psicología nacional”, o sentimientos regresivos desatados en diversas comunidades nacionales;

² Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob. y pág. cit.

³ Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob. cit., pág. 142.

⁴ Ver Posada Adolfo, *El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado*, en “La Nación”, Buenos Aires, 6 de mayo de 1935, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª. ed. (Buenos Aires, 1977), ed. Plus Ultra, t. 1 págs. 182/3.

- c) la falta de coincidencia entre los textos constitucionales y las realidades locales, vale decir, la contradicción entre la dimensión normativa del llamado "constitucionalismo teorizante o profesoral" (constituciones redactadas por catedráticos, al estilo de Alemania y Austria), y la dimensión fáctica o existencial;
- d) las luchas sociales, apuradas por las crisis económicas y falsamente resueltas por "los enunciados líricos y declamatorios incluidos en el papel de una Constitución";
- e) la crisis de los principios morales, devaluados por una sociedad materialista y maquiavelizada;
- f) el progreso de la ciencia y de la técnica, que ha contribuido al engrosamiento del poder del Estado, confiriéndole un poder de coerción inimaginable años atrás;
- g) el advenimiento al poder de las masas, que generó en muchos países un clima político demagógico y dictatorial;
- h) el factor económico y de prevalencia de intereses de ese tipo, sectoriales, sobre el bien común;
- i) políticas rutinarias y vegetativas en las democracias, inaptas para adaptarse a las nuevas crisis que se presentaron, y para formular respuestas útiles para solucionarlas⁵.

III. Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales

Parte de la doctrina francesa ha explicado que ante fenómenos de golpe de estado o revolucionarios, sobreviven jurídicamente no solamente las leyes anteriores compatibles con el nuevo régimen, sino también las normas constitucionales previas que no se refieren al régimen político (ciertas declaraciones de derecho administrativo o penal, por ejemplo, que al decir de Esmein, solamente eran constitucionales por la forma, al estar incluidas en la constitución, pero no por su objeto o naturaleza), aunque en este caso lo hacen solamente con fuerza de ley. A ello se llamó, explican Prélot y Boulois, "la desconstitucionalización por efecto de las revoluciones".⁶

⁵ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, ob. cit., págs. 183 a 193.

⁶ Cfr. Esmein Ademar., *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 7ª ed. (Paris 1921), Recueil Sirey, t. I pág. 580; Prélot Marcel y Boulois Jean, *Institutions politiques et*

IV. Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales

En ese sentido, se sostiene que el incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema⁷.

V. Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y “desmontaje de la constitución”

Interesa abordar situaciones que aunque no hayan sido etiquetadas como formas de desconstitucionalización, de todos modos guardan cercanía con esta última. Para Werner Kägy, el “desmontaje” de la constitución es un fenómeno vinculado a la *decadencia o desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad⁸.

Entre los indicadores de ese desmontaje constitucional, Kägy destaca los siguientes:

- a) el “derecho de emergencia” refrendado por una lectura de la constitución entrevista como la “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de controles y responsabilidades, y que magnifica un derecho de emergencia intra o extraconstitucional;

droit constitutionnel, 8ª ed., Paris 1980, Dalloz, pág. 197.

⁷ Hemos utilizado tal sentido de la palabra “desconstitucionalización”: Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª. reimpresión (Buenos Aires, 2004), ed. Astrea, pág. 358.

⁸ Cfr. Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob cit., pág. 54 y sigts., 62, 137 y sigts.

- b) la admisión de la doctrina del “quebrantamiento constitucional”, por vía consuetudinaria, y conforme a la cual es admisible que en un caso concreto se infrinja a la constitución, siempre que el precepto constitucional continúe rigiendo en el futuro⁹.
- c) la delegación de competencias legislativas, y la “concesión de plenos poderes”, al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”, traducido por ejemplo en la definición de la autoridad del *Führer* como poder “amplio, total, libre e independiente, exclusivo e ilimitado”¹⁰. En definitiva, se arriba a “una emancipación progresiva de la actividad estatal de las normas constitucionales”.
- d) una concepción de la “constitución política”, o “constitución viviente”, sustraída de la normativización clásica, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley, sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso individualmente por el *Führer*.
- e) la identificación entre derecho y política, y entre el ordenamiento populista y el derecho.
- f) La admisión de la reforma o cambio de la constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia constitución (hipótesis de “reforma despreciativa de la constitución”; y caso de las “mutaciones constitucionales”). También, la reforma “indirecta” o “tácita” de la constitución, por medio de la ley común opuesta a ella, pero no declarada inconstitucional, o de la costumbre opuesta a la constitución¹¹.

⁹ Sobre la aceptación del quebrantamiento de la constitución (infracción para un caso específico) en virtud de que “su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista”, “en interés de la existencia política del todo”, y como muestra de “la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad”, ver Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*, reimpresión (Madrid s/f), ed. Revista de derecho privado, pág. 125. El autor puntualiza que el quebrantamiento no significa una reforma constitucional, ya que el texto quebrantado continúa en vigor.

¹⁰ Así, se llegó a decir que “El *Führer* y Canciller del Reich es el delegado plenipotenciario y constituyente del pueblo alemán que, sin atención de los requisitos formales, determina la configuración de la forma externa del Reich como asimismo la política general... En el *Führer* se reúne todo el poder del pueblo alemán”, incluso “la máxima autoridad jurisdiccional”. V. Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...*, ob. cit., pág. 144, nota 154, con mención como fuente de H. Frank y Carl Schmitt.

¹¹ Cabe recordar que respecto de la constitución de Weimar, fue frecuente el uso de la llamada reforma “implícita”, que consistía en decidir una enmienda constitucional con la mayoría legislativa requerida por el art. 76 de aquel texto, pero sin expresar que se re-

g) evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de los conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos-válvula”), o la “fuga hacia las cláusulas generales”.

h) recurrir a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

VI. Desconstitucionalización y “desvalorización” de la constitución

Karl Loewenstein plantea el problema de la “desvalorización” de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina normativas, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable (no en la esfera de las constituciones nominales, cuya dosis de observancia es mínima, ni en el campo de las constituciones semánticas, que importan un simple disfraz constitucional para encubrir hipócritamente situaciones de poder)¹².

En concreto, define esa desvalorización como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia conciente de la constitución”, por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo esencial no es deliberadamente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue entonces formalmente vigente, pero permanece, explica, como *lex imperfecta*, o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución.

Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o (ii) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional ita-

formaba a la constitución. Por ello, no era claro determinar en múltiples casos, si mediaba o no reforma. Para terminar con esa práctica, algunas constituciones modernas, como la alemana, demandan que si se reforma la constitución, ello se diga expresamente en el acto reformativo. Ver de Otto Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, 1987), ed. Ariel, págs. 62/3

¹² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª. ed. (Barcelona, 1976), ed. Ariel, pág. 222 y sigts. Los subrayados son nuestros.

liana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las "resoluciones federales urgentes"). El listado es simplemente enunciativo.

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la "erosión de la conciencia constitucional" en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: "la masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante". Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la "revitalización de la conciencia constitucional" en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión hartamente difícil, que demanda, concluye, o acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional¹³.

En definitiva, el incumplimiento conciente de cláusulas constitucionales importantes por los operadores oficiales de la constitución, encuentra en la indiferencia u hostilidad popular hacia la constitución un excelente caldo de cultivo para el éxito de la empresa evasiva de la constitución. El producto final, la desvalorización de la constitución, bien puede configurar, entendemos, a la desconstitucionalización en sí, o al menos a una de sus manifestaciones más significativas.

VII. Desconstitucionalización y "falseamiento" o "fraude" constitucional

La expresión "falseamiento" de la constitución ha sido aplicada de distinto modo. A título ejemplificativo mencionamos algunos.

- a) Sánchez Agesta cita como primera manifestación del falseamiento constitucional la imposición de una constitución inspirada en valores o principios incapaces de vertebrar a una sociedad. El segundo caso ocurre cuando

¹³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pág. 231.

los valores originales de una constitución sufren una desviación histórica, pierden convicción comunitaria y terminan como una tradición muerta. De hecho se impone un nuevo orden, con otros principios y creencias, pero bajo el ropaje del mismo texto constitucional viejo, que concluye entonces falseado en el orden de las realidades. La versión extrema del falseamiento deliberado, sostiene, es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919¹⁴.

b) Maurice Hauriou empleó la expresión falseamiento de la constitución igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola¹⁵. Otra, a través de prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos, opuestas a la ley suprema.

VIII. Reexamen

Un nuevo encuadre del concepto de “desconstitucionalización” obliga recordar que el prefijo “des” denota negación o inversión del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una constitucionalización.

a) Un primer sentido de la “desconstitucionalización” es, consecuentemente, quitar rango constitucional a algo que tiene esa calidad. Eso puede producirse por vía de reforma expresa de la constitución, sea (i) eliminando del escenario jurídico a un instituto incluido en la constitución (así, la reforma constitucional de la Provincia de Tucumán del año 2006 borró al Tribunal

¹⁴ Sánchez Agesta Luis, *Principios de Teoría Política*, 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

¹⁵ Hauriou Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª ed., trad. por Carlos Ruiz del Castillo, (Madrid s/f), ed. Reus, págs. 331/2. Debe recordarse que al escribir Hauriou su obra, varios países carecían de un sistema de control de constitucionalidad, motivo por el cual en ellos las leyes inconstitucionales aprobadas por el Parlamento, no podían ser declaradas por los operadores jurídicos como opuestas a la constitución. En tal hipótesis, la ley común del caso reformaba oblicuamente a la constitución.

Constitucional formalmente creado por la constitución local de 1990), sea (ii) manteniéndolo, pero en un plano subconstitucional (un ejemplo de ello es el tema del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina, punto tratado en el texto constitucional de 1853 (art. 91), que los fijaba en nueve, pero que a partir de la reforma de 1860 desaparece tal cifra de la constitución formal –actual art. 108- y se regula por ley). En esta última hipótesis, el asunto, de estar antes *constitucionalizado*, pasa a la condición de *legalizado*.

Todavía estamos, conviene aclararlo, dentro del marco de lo constitucional, en tanto la enmienda se haya realizado respetando a la constitución.

b) A los supuestos de los temas en que el propio constituyente los “baja” –*constitucionalmente*- de la constitución formal, hay que añadir los casos de derogación sociológica de reglas constitucionales, por medio de la costumbre constitucional abrogatoria, o desuetudo¹⁶. También ellos entran en el catálogo de los rubros desconstitucionalizados, pero por conductos no formalmente constitucionales. Ingresamos así en la dimensión inconstitucional de la desconstitucionalización.

c) la palabra “desconstitucionalización” puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado “desmontaje” (*supra*, parágrafo 6), “falseamiento” (*supra*, parágrafo 8) o “desvalorización” constitucional (*supra*, parágrafo 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada, pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, generalmente manipulativas de la constitución¹⁷, que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o “fuerza normativa”) del precepto constitucional sancionado en su momento. Uno o más tramos del mismo, en efecto, dejarán realmente de aplicarse, a veces incluso con sustitución del contenido constitucional, por más que el operador simule que los está haciendo funcionar a pleno.

¹⁶ No abordamos aquí el debate sobre la posibilidad de que la costumbre derogue una regla de la constitución formal. Nos inclinamos a la doctrina que así lo acepta: ver nuestra *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pág. 413 y sigts., adonde derivamos al lector.

¹⁷ Sobre la interpretación mutativa (que puede quitar algo al texto constitucional, agregárselo o realizar ambas operaciones: mutación por *sustracción*, *adición* y *mixta*), y en cuanto la interpretación manipulativa, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed. (Buenos Aires 2006), ed. LexisNexis, págs. 42 y sigts., 165 y sigts.

Ese vaciamiento puede referirse, cabe destacarlo, tanto a la letra como al espíritu (fines, principios, ideología) que anime a la cláusula constitucional. Como se anticipó, otra importante fuente de desconstitucionalización surge de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho, bloquean o anestesian a las reglas constitucionales que los contradicen¹⁸. La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone.

d) conceptualmente, una cosa es la “desconstitucionalización” de una norma constitucional (su vaciamiento o desmontaje, como vimos), y otra su “quebrantamiento”, ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica (v. supra, parágrafo 6, nota 9). Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o desvalorización (para hablar en términos de Loewenstein) de la constitución, puede perpetrarse tanto por quebrantamiento como por *desconstitucionalización* inconstitucional.

e) la superficie de la desconstitucionalización (ya en la letra, ya en los fines e ideología) es forzosamente variable. Hay constituciones con una baja cuota de desconstitucionalización, pero en otras los tramos desconstitucionalizados pueden ser enormes. Los episodios de fraude constitucional consignados supra, en el parágrafo 8 a, son indicativos de situaciones extremas.

e) la desconstitucionalización se consolida en el plano normativo, si el intérprete final (y por ende, definitivo) de la constitución la acepta, explícita o implícitamente, no excluyéndola del escenario de la validez constitucional, por más que se trate de una operación inconstitucional. Pero otro dato importante, en la realidad existencial, es el refrendo sociológico de la descons-

¹⁸ Cabe recordar que como enseña Kelsen, la ley inconstitucional vale como constitucional mientras no sea declarada inconstitucional. En realidad, agrega, es constitucional hasta que se produzca su descalificación como inconstitucional. Cfr. Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 3ª. ed., trad. por Eduardo García Maynez (México, 1969), UNAM, pág. 187.

tucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando, pero no siempre –volviendo a Loevenstein (supra, parágrafo 7)- de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución.

IX. Reflexiones axiológicas

Cabe inquirir si la desconstitucionalización, que en el plano ideológico se encuentra íntimamente vinculada a los valores, bienes y creencias jurídico-políticas, está signada solamente por el abandono de los principios políticos liberales (supra, parágrafo 3).

La respuesta a este interrogante depende de si se exige, para plasmar una constitución, la pertenencia a una concepción ideológica determinada, como es la liberal, o si puede haber constituciones y derecho constitucional no liberales. De hecho, los últimos han existido y existen. Si un país contaba con una constitución liberal y adopta una marxista, por ejemplo, se ha *desconstitucionalizado* en lo liberal, y se ha *constitucionalizado* en lo marxista.

En rigor de verdad, actualmente existe un principio de derecho constitucional que opera como recaudo de legitimidad de una constitución y de un derecho constitucional cualquiera: la adopción de las pautas del estado social de derecho. Desde esta perspectiva, un país que adopte hoy una constitución opuesta al mismo, se ha desconstitucionalizado ideológica e ilegítimamente. El estado social de derecho involucra a distintas variantes ideológicas, aunque exige ciertos recaudos indispensables y comunes: democracia, justicia social y respeto por los derechos fundamentales de la persona, entre otros¹⁹.

Por último: ¿es la desconstitucionalización un fenómeno positivo o negativo? Generalmente, la de tipo inconstitucional es un episodio nocivo, como muestra de desorden o falseamiento normativo, o decaimiento de ciertos valores clave.

No obstante, no toda desconstitucionalización es de por sí mala. Veamos algunas alternativas: si un Estado quita –respetando los trámites del caso- rango constitucional a cierto tema (la sede concreta de la capital, por ejemplo) y lo re-

¹⁹ Ello importa concluir que el derecho constitucional actual no es ideológicamente neutro. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la constitución*, ob. cit., pág. 107.

lega a una ley ordinaria (así lo hizo Argentina, con la reforma de 1860: el texto de 1853 indicaba en su art. 3º que la sede de los poderes era la ciudad de Buenos Aires), ello puede ser una opción discrecional para el constituyente, ni buena ni perversa.

En otro orden de ideas, si una regla constitucional notoriamente ilegítima es (felizmente) incumplida y termina derogada por desuetudo, o por una interpretación mutativa por sustracción, ese vaciamiento puede festejarse. Por ejemplo, los arts. 55, 89 y 111 de la constitución argentina demandan para ser senador, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, contar con un ingreso económico significativo (2.000 pesos fuertes de renta), y tal cláusula, de corte oligárquico, bueno es que haya quedado ahora desconstitucionalizada por una experiencia jurídica que prácticamente nunca la aplicó.

X. Colofón

A título de síntesis esbozamos estas proposiciones:

1. El concepto de “desconstitucionalización”, como tanto otros del derecho, ha tenido muchas versiones. No obstante, es posible rastrear ciertos elementos comunes en ellas e intentar algo para su precisión y determinación.
2. Visualizado en este trabajo como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la constitución, puede afectar uno o varios segmentos de ella y realizarse, de modo expreso o tácito, por distintos operadores constitucionales, actuando individualmente o asociados en esa empresa.
3. La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través –principalmente- de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.
4. La desconstitucionalización inconstitucional es, como regla, un fenómeno axiológicamente desvalioso, pero ocasionalmente no (si produce el vaciamiento de reglas o principios constitucionales notoriamente ilegítimos). La desconstitucionalización operada por vías de reforma constitucional es en

principio legítima, pero requiere que el procedimiento seguido y el nuevo escenario normativo sean a su vez legítimos.

5. La desconstitucionalización se consuma definitivamente cuando el intérprete supremo de la constitución la convalida, también de modo expreso o tácito. Tal es la consolidación jurídica de la desconstitucionalización. La sociológica ocurre cuando logra consenso en una comunidad.

El autoritarismo: perspectivas y balance

KARLOS NAVARRO*

I. En sí mismo, el autoritarismo no es un fenómeno nuevo en América Latina. Una breve hojeada a la ya amplia bibliografía sobre el autoritarismo en América Latina deja perplejo al lector.

Al autoritarismo se le ha dado múltiples adjetivos, como “dependiente”, “burocrático”, “corporativo”, “fascista”, “bonapartista”, “militarista”, “estado policial”, etc.

Lo cierto es que durante largo tiempo, el caudillismo y el militarismo han sido rasgos dominantes de la vida política en esta zona, en la que la democracia ha sido más una planta exótica que el resultado esperado de una tendencia a largo plazo.

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal, como producto de la existencia de una estructura económica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí. Todo ello impidió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

* Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES) de la Universidad Santo Tomás de Nicaragua. Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época ésta definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial. Es decir, en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económico-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las élites oligárquicas dominantes estaba orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, funcionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídico-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición llevó a que se levantara un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 –calco imperfecto de la norteamericana– fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado

El sistema presidencial fue adoptado en América Latina siguiendo el modelo americano, después de varios intentos de instituir sistemas ejecutivos colegiados. El modelo presidencial latinoamericano entroncó de manera perfecta

con una tradición cultural autoritaria y anti-pluralista; y esto garantizó la continuación de las tradiciones personalizada, caudillistas y autocráticas de ejercer el poder, y se aseguró que los poderes legislativos y judicial tuviesen una posición débil y subordinada frente al poder ejecutivo. Y, muchas veces esta relación Ejecutiva y legislativa, más que formar un sistema de “contrapesos”, se convirtió en una relación de mutuo bloqueo.

El siglo XIX, al tener un desarrollo histórico abrupto, inconclusa revolución burguesa que no pudieron dismantelar el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad y de paso, que lograra unificar el poder político y jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

II. A pesar de haber transcurrido varias de décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes, en Nicaragua no se logra descomponer del todo las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semi-feudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo que, a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las prácticas sociales y políticas de la oligarquía, se transformará en una característica esencial de la cultura política y, como tal, atravesará toda la historia política de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas.

Al ser parte de las prácticas políticas del régimen oligárquico, el clientelismo se expandió y desarrollo también en los sectores urbanos en el siglo XX, donde incluyó a funcionarios, administrativos, empleados de banca y de comercio, que eran incorporados al sistema de relaciones clientelares mediante su adhesión a las directivas del partido del poder y su adaptación, como valores propios, de los modelos de vida y de comportamiento que ofrecía el sistema político.

Más tarde, ya institucionalizado como práctica social, el clientelismo político se constituye en el instrumento más eficiente para recibir cualquier tipo de apoyo, a través de la promesa de dar u otorgar un beneficio a quien se compromete a brindarlo.

Su origen viene dado por la coexistencia de estructuras de poder desiguales y asimétricas, junto con el desarrollo de lealtades interpersonales basadas en el

favoritismo. Una vez institucionalizado como práctica cultural se convierte en un sistema de relaciones de reciprocidad, utilizado como mecanismo de intercambio comunitario y de integración social. En este sistema de relaciones de reciprocidad se conjugan el prestigio y el poder.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza, como en los gobiernos de Vargas en Brasil (1930 a 1945 y 1950 a 1954) y de Perón en Argentina (1946 a 1955), y se caracterizó por crear una coalición multiclasista de intereses urbanos e industriales, que incluye a la élite industrial y al sector popular urbano

En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la sustitución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo.

Es notable, y aún paradójico, el hecho que durante este período, poco a poco, el Estado fue ampliando sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo –hacia adentro, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado que será un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Para cumplir estos objetivos, la acción del Estado se hacía fundamental, en tanto era el único instrumento que podía generar una intervención capaz de crear las condiciones iniciales para el desarrollo, corrigiendo para ello la estructura social que impedía la expansión interna del mercado y, con ello, la emergencia de una sociedad moderna.

Es decir, ante la inexistencia de bases e instituciones sociales que pudiesen llevar por sí solas a cabo el proceso de modernización y desarrollo, se definió al Estado como el único instrumento capaz de generar las estrategias e implementar las medidas tendentes a crear y consolidar las prácticas sociales de una economía capitalista, así como de promocionar el desarrollo y regular la distribución de la riqueza.

El tipo de Estado que surge a partir de los postulados de la CEPAL es el denominado “Estado desarrollista”, y el modelo de desarrollo que se encuentra asociado a éste es el modelo de Industrialización por Sustitución de Importa-

ciones, que en términos generales buscaba la industrialización través de la sustitución de bienes de consumo “simples”, cuya elaboración no requería una alta tecnología, y cuya rentabilidad estaba asegurada por la manutención de un mercado cautivo a través de una alta tasa impositiva a los bienes importados.

A este sistema que se impone en los años 60, se le llama políticamente burocrático autoritario. Entre las característica principal de este sistema es que es “excluyentes” y tienen un énfasis no democrático.

Los actores principales de la coalición dominante son los tecnócratas de alto nivel -militares y civiles, de dentro y de fuera del Estado- que colaboran en estrecha asociación con el capital extranjero. Esta nueva élite elimina la competencia electoral y controla severamente la participación política del sector popular.

III. Los años ochenta en Nicaragua, vivió una guerra civil, que destruyo la económica, dejo miles de muertos, mutilados, exiliados, la destrucción de la infraestructura, una inmensa deuda externa. Sin embargo, la nota más característica de este período es que ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se dio una identificación política y administrativa del partido y del Estado, que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales.

El escritor y en ese momento Vice -presiden del país Sergio Ramírez, calificó este orden de cosas, como “feudalismo institucional”, es decir un grado de descoordinación entre instituciones que en muchos casos actuaban de espaldas las unas de las otras, sino en abierta competencia por esferas de poder. Escribe: “Esta identificación fue especialmente grande en el campo y en los sectores más alejados, donde los delegados del FSLN eran en muchas ocasiones la única presencia “institucional”. Lo que unido a su prestigio y peso político, hacía que la población se dirigiera a ellos para asuntos tanto de naturaleza política como administrativa. Esta identificación continuó más allá de los primeros años y en general se vio reforzada por la guerra, que impuso una mayor unidad del Estado, el Ejército y el FSLN, a través de lo que se llamó “mando único”, implantado a principios de 1985”.

De esta forma, el Estado y la Administración pública fue creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias,

lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, las duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

A lo que el Vicepresidente le llamo “mando único” no era más la expresión del Estado Burocrático-Autoritario, en donde el Estado se caracterizaba por anular todos aquellos mecanismos políticos y democráticos con el fin de imponer por la fuerza su control, pero con un discurso de izquierda.

En los años noventa, el resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los primeros años de gobierno, la Presidenta Violeta Barrios de Chamorro implementó un programa de reforma al Estado (Programa de Estabilización Económica y Ajuste Estructural de la economía, con la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Asociación Internacional para el Desarrollo (IDA) del Banco Mundial que centró sus esfuerzos en la estabilización y balance de los indicadores macroeconómicos, a partir del elevado déficit fiscal, resultado de aproximadamente 10 años de política expansiva de Estado.

Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionista. Este tipo de estrategia será la que se impondrá a nivel latinoamericano, y es llamada comúnmente como “ajuste estructural”. Sin embargo, estas políticas perseguía: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la liberalización del comercio, del sistema financiero, la reducción del gasto público, del déficit fiscal, la modernización del sector productivo, la descentralización y la privatización de los servicios públicos.

IV. El socialismo del siglo XXI fue un concepto originalmente formulado en 1996 por el sociólogo alemán Heinz Dieterich Steffan, que surgió como «producto de la reflexión sobre el socialismo soviético-oriental del siglo XX». El término adquirió difusión mundial desde que fue mencionado en un discurso por el entonces presidente de Venezuela, Hugo Chávez, el 30 de enero de 2005 desde el V Foro Social Mundial

A pesar del nombre, el modelo propuesto por los socialistas del siglo XXI sigue teniendo una fuerte carga de autoritarismo, apuestan por el proteccionismo, por liderazgos carismáticos, populistas y por rechazar las instituciones y la institucionalidad. Además, promueven la relación directa entre el líder parlamentarios y los partidos.

En América Latina el autoritarismo y el populismo ha demostrado tener, históricamente, gran capacidad de resistencia y habilidad para ir mutando a lo largo del siglo XX y el XXI.

De esta forma, el populismo ha ido mostrando su capacidad de resistencia a desaparecer, madurando en terrenos apropiados: las crisis políticas e institucionales, así como las crisis económicas y sociales que acaban siendo excelentes caldos de cultivo, ideales para que germinen, crezcan, se desarrollen e incluso muten.

En América Latina existe un caldo de cultivo que favorece tales fuerzas: el de la desafección e insatisfacción ciudadana hacia un Estado ineficiente y un sistema de partidos que no articula adecuadamente las demandas y que está bajo la sombra de la corrupción. Una ciudadanía, que ha progresado socialmente, pero que, con el bajo crecimiento económico

Y en América Latina existe un caldo de cultivo que favorece tales fuerzas: el de la desafección e insatisfacción ciudadana hacia un Estado ineficiente y un sistema de partidos que no articula adecuadamente las demandas y que está bajo la sombra de la corrupción. Una ciudadanía, que ha progresado socialmente, pero que, con el bajo crecimiento económico.

En realidad, lo que está aconteciendo en el panorama político latinoamericano es la cuesta abajo de una “cierta” forma de gobernar.

El catedrático Manuel Alcántara, ha concluido que el populismo autoritario ha regresado a América Latina producto de la desafección política, dudas en el modelo económico impulsado en los ochenta y noventa, creciente brecha social, reformas decepcionantes y fuerte desgaste y descreimiento de la ciudadanía con respecto a los partidos tradicionales.

El populismo crece en la medida en que las instituciones democráticas son débiles y el contexto de crisis propicia la emergencia de liderazgos demagógicos.

Los regímenes populistas han sesgado la libre competencia electoral, restringida la libertad de las asociaciones de interés y han incrementado el nivel de represión, unas políticas públicas de distribución de recursos estatales a sectores marginales, en forma de asistencialismo y alianza con sectores oligárquicos tradicionales y fuerzas armadas.

Lo cierto que como se le llame, el caudillismo y el militarismo siguen siendo regímenes dominante en la región, y la democracia una ilusión en el siglo XXI.

Reflexiones sobre el falseamiento del Estado de derecho*

LAURA CHINCHILLA**

Muchas gracias Humberto, es un gusto compartir con este panel tan destacado. Ciertamente mi participación creo que contrasta muchísimo con los abordajes sólidamente fundamentados en consideraciones jurídicas, lo que pretendo básicamente es contextualizar lo que estamos viviendo: entre otras cosas el deterioro de los estándares democráticos un poco lo que decía el doctor Aragón es tratar de abordar un poco más lo que son las garantías políticas y las garantías sociales y cómo se están expresando cosas que a su vez sin duda alguna está afectando al estado de derecho y trataré también de ajustarme al tiempo que según me habían indicado son diez minutos si puedo hacerlo en menos tiempo así lo haré.

Lo primero que corresponde destacar es algo que es muy evidente pero en estos tiempos hay que subrayar muchos de estos conceptos y estas nociones y es que la democracia y el estado de derecho son dos ingredientes indispensables de una misma ecuación ahí a donde se empieza a debilitar la democracia termina por arrastrar consigo al estado de derecho y viceversa. La democracia no es más que un conjunto de reglas de medios, que definen el cómo alcanzar ciertos fines en el marco de la convivencia social, de manera que gobernar en democracia es comprender que los fines que se pretenden alcanzar a través del gobierno cuentan tanto o más que los medios y que nunca pueden ser al revés.

Es decir nunca el fin puede justificar los medios y por eso usualmente la presa preferida de los políticos inescrupulosos o con débiles convicciones democráticas, como son los autócratas o los populistas que se han puesto desafortunadamente de moda, es esa presa preferida precisamente el estado de derecho; porque es lo que me incomoda es lo que me estorba y lo que se interpone entre

* Polítologa y Ex presidente de la República de Costa Rica.

** El presente texto reproduce lo más textualmente posible, la exposición brindada.

mi voluntad o los fines que percibo y el poder regulado a partir de esas normas. De manera que no hay la menor duda, sobre la importancia del tema que ustedes han estado tratando en tanto el estado de derecho es el más importante garante de la democracia frente a los excesos de la política y de quienes ejercen el poder.

Ahora ¿qué está pasando con ese marco más amplio de la democracia o lo que ustedes han llamado en este foro la des-democratización?, bueno, lo primero que hay que decir es que es un fenómeno global antes más de alguna manera enfocado o limitado a las más jóvenes democracias aquellas que surgieron en la tercera o cuarta ola democrática del mundo. Sin embargo en los últimos años, es un fenómeno global y eso que llamamos la recesión democrática está alcanzando también a las democracias más viejas o que creíamos más maduras del mundo.

Veamos algunos de los índices por ejemplo, la unidad de inteligencia de la Economics que trabaja uno de los índices sobre democracias más sólidas del mundo, analiza más de 160 países a través de cinco variables, y viene reportando un deterioro continuo de la democracia en el mundo desde hace aproximadamente seis años. Ciertamente algunos países concentran más ese deterioro como Hungría, Polonia, Rumania, Serbia, Turquía, India, Filipinas, Ucrania, Pakistán y en América Latina, particularmente los casos más evidentes son Nicaragua y Venezuela, este último es desafortunadamente el retroceso democrático más grande a nivel global que ha tenido lugar.

Por su parte otra institución muy sólida con la cual colaboro, que es la iniciativa democrática IDEA, en su informe de estado global de la democracia más reciente, nos recuerda que la proporción de democracias que se están erosionando, ha registrado un aumento constante y en frente a lo que acontecía en la década pasada, es decir en esta última década, se ha duplicado el número de democracias en el mundo que están evidenciando algún tipo de deterioro.

¿Cuáles son esas variables que vienen mostrando, el mayor nivel de desgaste el mayor nivel de deterioro? número uno, lo que alcanza el funcionamiento del gobierno y muy particularmente en los mecanismos del control sobre el gobierno de rendición de cuentas, de separación de poderes, del respeto a institutos fundamentales de la democracia como la independencia judicial, haciéndolo sobre esta última por la vía no solamente de los mecanismos más tradicionales, tales como nombramientos de magistrados, ampliación a veces de salas claves con tal de controlar la voluntad de esas salas judiciales, sino también por la vía

de la manipulación de los financiamientos a los poderes judiciales; pero también ahora, a través de las tecnologías digitales mediante la desinformación sobre los temas judiciales.

El otro componente son las libertades civiles y muy particularmente y no accidentalmente, la libertad de expresión muy asociada a un mecanismo fundamental del control del poder político como es la libertad de prensa, que reporta un deterioro muy grande en muchísimos países del mundo.

Finalmente el tema de los procesos electorales, en cómo se está definiendo la participación, vemos limitaciones en la misma pero también de manera muy destacada, los aspectos que tienen que ver con el pluralismo político y el acoso ante los partidos políticos que se oponen a los partidos oficialistas.

¿Por qué estamos viendo este proceso de des-democratización o deterioro de la democracia?, pues las razones son diversas pero por lo menos de los foros globales de los que soy parte, muchos de ellos que elaboran informes globales cada año, podríamos decir que hay unas cuatro causas especialmente importantes, a saber: primero el fenómeno de las desigualdades sociales y no solamente medidas en términos de asignación de recursos de acceso a las oportunidades, sino lo que llamamos también las desigualdades percibidas. La encuesta global de valores nos indica, que uno de las preocupaciones más grandes que tienen los ciudadanos en el mundo, es precisamente el percibirse muy rezagado en el acceso a las oportunidades frente a lo que denominan las élites políticas o las élites económicas.

En segundo término, la incertidumbre que se viene produciendo también a nivel global frente a la revolución tecnológica y su impacto especialmente en el mundo del trabajo que empieza a dejar evidentemente expuestos a muchos trabajadores, particularmente en el mundo de la post pandemia.

En tercer término el tema de la corrupción, cada vez son más las democracias con un alto nivel de corrupción, mucha de esa corrupción percibida, tiene efectos sociales y finalmente la masificación de los procesos de desinformación, recordemos que la desinformación existe desde que la información misma existe.

Las noticias falsas existen desde que las noticias mismas existen, pero las redes sociales se han convertido en una caja de resonancia que ha amplificado el efecto de todos estos procesos, el efecto más perverso que ha tenido todos estos factores que explican el deterioro de una serie de variables asociadas a la

democracia es precisamente, la erosión de la desconfianza ciudadana en las instituciones.

De acuerdo al informe de IDEA y cito textualmente, no ha habido un momento en la historia moderna o por lo menos desde la década de los treinta del siglo anterior, en que se haya cuestionado más el valor la viabilidad y el futuro de la democracia. En América Latina ya hoy, predominan los ciudadanos indiferentes, es decir aquellos que expresan decir o que dicen que les da igual si están viviendo en una democracia o en una autocracia; la caída en el apoyo a la democracia en nuestros países pasó de un 60 por ciento que la apoyaba a inicios de la década del presente siglo a prácticamente un 40 por ciento al día de hoy.

Esto a su vez también explica, el alarmante crecimiento del populismo de la retórica y comportamientos autoritarios en el liderazgo político, que sabemos son precisamente liderazgos con muy pocas o débiles convicciones democráticas y un enorme desprecio por las instituciones de la democracia, de manera que básicamente lo que tenemos es un cuadro complejo y cierro diciendo, porque ya más bien me pase que algo que tiene de particular los procesos de des-democratización que estamos siendo testigos en estos tiempos; frente a otros procesos del pasado.

Es que estos retrocesos democráticos, ocurren desde el interior del sistema democrático mismo, a través de reformas legislativas muchas veces y constitucionales decisiones políticas. Muchas veces avaladas ellas, por las mayorías mediante procesos referenciales y sin ningún tipo de eufemismo, bien podemos decir, que son golpes de estado que se gestan a la luz del día y en cámara lenta, que no se dan en un solo acto mediante asonadas militares sino en procesos continuos, pero con las mismas consecuencias que se han vivido allí en donde los golpes militares en el pasado mataron las democracias de muchos de nuestros países.

De manera que son momentos complejos, de gran desafío para muchas instituciones democráticas pero ciertamente también, para el estado de derecho.

El falseamiento de la legalidad

MANUEL ARAGÓN REYES*

I. Advertencia preliminar

He optado por redactar esta ponencia con fidelidad a su necesaria extensión limitada y al carácter coloquial y directo de su exposición. De ahí que renuncie a las citas doctrinales y jurisprudenciales propias de un estudio académico, así como a la extensión que éstos suelen tener. Además, creo que, de esa manera, el texto será más fácilmente comprensible por quienes, no siendo juristas, accedan a él, sin que su brevedad y la ausencia de citas merme en modo alguno la adecuada comprensión del texto por quienes sí sean juristas profesionales, pues tratándose aquí de temas nucleares y básicos de su saber, ha de presumirse que dominan sobradamente la materia y que dichas citas, por ello, serían ociosas por perfectamente conocidas por cualquier estudioso del Derecho bien informado.

II. El principio de legalidad en sentido amplio

Desde un punto de vista material, que identifica la “legalidad” con la “normatividad”, cabe entender que, en tal sentido, el principio de legalidad supone, de un lado, la sumisión positiva de los poderes públicos al Derecho, de manera que sus actos han de descansar necesariamente en las atribuciones que el Derecho les confiere y, de otro, la sumisión negativa de los ciudadanos al Derecho, porque no deben quebrantar las restricciones u obligaciones que el Derecho les im-

* Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

ponga. En este sentido amplio, pues, el principio de legalidad no es otra cosa que la base jurídica que sustenta al Estado de Derecho.

Como no existe, realmente, sumisión al Derecho si no se cuenta con garantías efectivas de su cumplimiento, el control aparece como condición imprescindible para que pueda hablarse, con propiedad, de Estado de Derecho. Controles de todo género: sociales, políticos y jurídicos, pero, en especial, control judicial, que es el control objetivo irrenunciable. No hay Derecho, ni derechos, sin jueces independientes que los tutelen. De ahí que la existencia de un control jurisdiccional llevado a cabo por una organización judicial independiente (condición para la objetividad de su control) sea un requisito necesario para que exista un auténtico Estado de Derecho. Su falseamiento, en consecuencia, puede producirse tanto cuando el Derecho no cumple la doble función que tiene el principio de legalidad en el sentido amplio que se está describiendo, como cuando se falsea el control jurisdiccional, bien porque los jueces no sean independientes del poder político, bien porque los jueces se extralimiten en el cumplimiento objetivado de su control.

Ahora bien, este examen amplio del falseamiento del Estado de Derecho es justamente el objetivo de la *Opening Session* que celebramos, y que se desarrollará mediante las diversas ponencias que en este acto se van a exponer. Entre ellas, las que me han antecedido, pues la primera consecuencia del principio de legalidad en sentido amplio es la sumisión a la norma suprema que encabeza el ordenamiento jurídico: la Constitución. Y, en consecuencia, el mayor riesgo que corre el Estado de Derecho es el falseamiento del principio de constitucionalidad.

Este falseamiento puede consistir tanto en que la Constitución no cumpla con la función que ha de desempeñar, porque no establezca una limitación del poder ni garantice la libertad (es decir, porque no sea una auténtica Constitución, aunque así se la denomine oficialmente: Constitución meramente semántica), cuanto en que, pese a tener la Constitución un contenido adecuado, no sea efectivamente cumplida por los poderes públicos (Constitución meramente nominal, es decir, en el fondo, como se ha dicho en frase célebre, una “hoja de papel que el legislador puede reescribir a su capricho”), sin que rijan las garantías jurídicas que aseguren dicho cumplimiento, bien por carencia de ellas o bien por la falta de independencia de los controles jurisdiccionales al servicio de dichas garantías.

A ello ya han dedicado, con solvencia, sus exposiciones los doctores Allan R. Brewer-Carías y Nestor Pedro Sagüés, y a los controles y, en especial a la exigencia de una justicia independiente, dedicarán sus exposiciones los ponentes que intervendrán después.

A mí me corresponde examinar un aspecto concreto del Estado de Derecho, el del principio de legalidad en sentido estricto, no en sentido amplio, así como a su falseamiento. Eso es lo que haré a continuación.

III. El principio de legalidad en sentido estricto

Considerado de manera restringida, al principio de legalidad ya no se identifica con la sumisión a la totalidad del ordenamiento, sino a uno de los tipos de normas que lo integran: las leyes, en su condición de normas primarias infraconstitucionales. En consecuencia, el riesgo que debo analizar no es el de la “desconstitucionalización”, sino en concreto el de la “deslegalización” o más exactamente, el de la degradación de la ley y del principio de legalidad que le acompaña. Y desde la perspectiva del control, tampoco trataré del falseamiento del control de constitucionalidad, sino del control de legalidad. Con una precisión añadida: no me referiré al falseamiento de ese control desde el punto de vista orgánico, pues a la justicia independiente se dedicarán otras ponencias, sino desde el punto de vista normativo, esto es, examinando cómo se falsean, a veces, por el poder político, las exigencias que en la producción de actos y de disposiciones impone el principio de legalidad.

Dicho lo anterior, conviene dejar claro lo que el principio de legalidad en sentido estricto significa, que es, como se sabe, la vinculación positiva del Ejecutivo y la Administración a la ley, de manera que sólo pueden hacer aquello que le ley les permite, y la vinculación negativa de los ciudadanos a la ley, de forma que pueden hacer todo (principio general de libertad que es la base de un ordenamiento democrático) menos lo que la ley les prohíbe.

De ahí se derivan una serie de consecuencias, primero en cuanto a la sumisión del poder a la ley, que son, de un lado, el entendimiento restrictivo de los supuestos de apoderamiento al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley, bien por delegación parlamentaria, bien en situaciones de urgencia y, de otro, la interpretación también estricta, de la subordinación del reglamento a la ley,

tanto porque no pueden entrar en materias reservadas a la ley, cuanto porque no puede modificar lo que las leyes hayan establecido sobre cualquier materia por ellas regulada. La reserva de ley y la subordinación completa del reglamento a la ley son, así, un requisito esencial del principio de legalidad.

Y en cuanto a la relación entre los ciudadanos y la ley, la consecuencia que se deriva es que sólo por ley pueden establecerse obligaciones ciudadanas, entre ellas, y no únicamente, las tributarias; que sólo por ley pueden limitarse (con apoyo constitucional, por supuesto, pues las leyes han de respetar su contenido esencial) los derechos de los ciudadanos; y que sólo por ley pueden establecerse sanciones, ya sean penales o administrativas.

También del principio de legalidad se deriva una condición respecto de la misma ley: en un Estado democrático de Derecho, la ley ha de ser producto de la voluntad democrática expresada en el parlamento, lo que significa, primero, que el parlamento ha de ser democrático, producto de elecciones por sufragio universal, libre, igual y secreto, transparentes, abiertas, sin restricciones, a la libre competencia entre partidos o agrupaciones ciudadanas, organizadas por una Administración electoral independiente y sometidas al control jurisdiccional; segundo, que en el procedimiento legislativo parlamentario no puede cercenarse el pluralismo político representado en la Cámara; y tercero, que los Gobiernos no pueden coaccionar, de ninguna manera, la autonomía legislativa de la Cámara.

Cuando cualquiera de todos estos requisitos, sobre la ley, y sobre las relaciones de la ley con el Gobierno y la Administración, se incumple, se falsea el principio de legalidad, que es lo que veremos a continuación.

IV. El falseamiento de la legalidad por su uso inadecuado

4.1. En las situaciones de emergencia. La pandemia del Covid-19 como banco de prueba

Las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia sanitaria que desde hace un año se ha extendido de manera global nos ofrecen un buen ejemplo de acerca de cómo, a través de dichas medidas, ha podido falsearse la legalidad, en unos casos por el uso abusivo del Derecho de excepción y, en otros,

cuando no se ha acudido a él, sino al Derecho de la normalidad para atajar la crisis, por el uso inadecuado de ese Derecho, pues ambos instrumentos jurídicos se han utilizado en determinados países en relación con la pandemia.

No voy a referirme con detalle a las condiciones constitucionales para la puesta en marcha del Derecho de excepción, pues ello sobrepasaría el objeto concreto de mi ponencia. Sólo advertiré que en el Estado constitucional y democrático de Derecho no son admisibles los apoderamientos constitucionales al Ejecutivo para actuar sin límites en situaciones de emergencia. Los plenos poderes, en definitiva la dictadura constitucional (la vieja dictadura comisoraria del Derecho Romano) para hacer frente a situaciones de crisis (naturales, sanitarias, sociales, económicas o políticas) que por su gravedad no puedan ser resueltas a través del Derecho ordinario, no son fórmulas compatibles con un Estado constitucional y democrático de Derecho.

De ahí que los controles políticos propios del Estado democrático no deban ser abolidos en situaciones de excepción, ni tampoco los controles jurisdiccionales propios del Estado de Derecho. De manera que, desde el punto de vista de una correcta teoría constitucional, el Derecho de excepción ha de estar limitado, material y procedimentalmente. Si en algún país esto no se cumpliera, nuestra obligación de juristas es denunciarlo y proponer, de *constitutione ferenda*, su reforma.

Dicho lo anterior, no me ocuparé de los defectos de constitucionalización que aún existe en determinados países acerca del Derecho de excepción, pues ello no es cometido de mi ponencia, pero sí a los defectos de legalización que, incluso cuando el Derecho de excepción está correctamente previsto en la propia Constitución, se han venido produciendo como consecuencia de que las medidas adoptadas han excedido de las previsiones constitucionales. Ello ha ocurrido en algunos países. Por citar el caso que mejor conozco, me referiré a España.

En España, efectivamente, el texto constitucional cumple fielmente las condiciones teóricas del Derecho de excepción ya aludidas más atrás. Las situaciones de emergencia (en España: estados de alarma, excepción y sitio) están previstas en la Constitución (art. 116) de manera material y procedimentalmente limitada: el Gobierno, para declarar cualquiera de esas situaciones y poner en marcha el Derecho de excepción, y prorrogarlo, ha de contar con la intervención del Congreso de los Diputados, intervención también necesaria para sus prórrogas; tienen unos plazos exactos de vigencia (salvo, por razones elementales, el supuesto

del estado de sitio); se asegura que durante la vigencia de esas situaciones no podrá disolverse el Congreso, ni interrumpirse su funcionamiento, así como tampoco el de los demás poderes constitucionales del Estado. Si bien, como es propio de las situaciones de emergencia, su declaración y prórroga pueden contener prescripciones limitativas de derechos fundamentales (e incluso de la distribución territorial de competencias), sólo mediante los estados de excepción y de sitio (no el de alarma) podrán suspenderse algunos (tasados) de esos derechos (art. 55.1 de la Constitución). Creo, de manera objetiva, que España cuenta con uno de los Derechos de excepción más adecuados a lo que la teoría constitucional exige.

Sin embargo, si examinamos las medidas de emergencia adoptadas en España para hacer frente a la pandemia (todas bajo la cobertura del estado de alarma) cabe detectar un criticable apartamiento de lo que la Constitución prescribe. Así, en el primer estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 y que, con sucesivas prórrogas, estuvo en vigor hasta el 21 de junio de ese año, no sólo se limitaron derechos, sino que también, a mi juicio, se suspendieron derechos (de libre circulación, reunión y libertad de empresa), que es algo que la Constitución no permite mediante el estado de alarma. Y en el segundo estado de alarma, declarado el 25 de octubre y aún en vigor, el Gobierno optó por delegar en las comunidades autónomas la determinación de las medidas limitativas a adoptar, algo que, en mi opinión, el Derecho constitucional de excepción no permite, además de que se haya prorrogado, no por quince días como la Constitución prevé, sino por ¡seis meses! hasta el 9 de mayo de 2021. No creo, además, que sirva, como excusa de esa exorbitante duración, el hecho de que el propio Congreso (por mayoría) la hubiera aprobado, pues la intervención parlamentaria cada quince días no es una potestad disponible por la propia Cámara, sino una obligación constitucional que a ella se le impone y por eso una potestad a la que no puede, en Derecho, renunciar.

Por otra parte, en el periodo intermedio entre esos dos estados de alarma, es decir, entre finales de junio y finales de octubre, en el que se optó por hacer frente a la pandemia mediante la utilización, no del Derecho de excepción, sino del Derecho de la normalidad, el Gobierno endosó a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de actuar escudándose en que el Estado carecía, en materia sanitaria, de competencias para ello, cuando resulta que eso manifiestamente no es así pues la Constitución, en esa materia, atribuye al Estado la competencia exclu-

siva para la legislación básica y la coordinación en todo el territorio nacional. Ello originó, además, la adopción, por reglamentos autonómicos, de medidas limitativas de derechos sin suficiente cobertura legal.

El control jurisdiccional capaz de corregir esos apartamientos de la Constitución está siendo ineficaz, pues, de un lado, en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del Derecho de la normalidad, las reclamaciones judiciales ordinarias dieron lugar a resoluciones contradictorias en distintos ámbitos territoriales; y en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del estado de alarma, los recursos de inconstitucionalidad (que son los que corresponde dada la fuerza de ley de las declaraciones y las prórrogas) que en su día se interpusieron aún están sin resolver por el Tribunal Constitucional, retraso que quizás podría ser reprochable, pero que también se explica por la carencia, en la Ley Orgánica del Tribunal, de un procedimiento especial, preferente y sumario, dentro del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, para las reclamaciones frente a la declaración y prórroga de los estados excepcionales.

Por lo demás, las consecuencias de todo orden (sanitarias, económicas y sociales) de estas actuaciones públicas (en uso de los poderes de excepción o de los poderes ordinarios), tan escasamente adecuadas a la Constitución, han sido patentes: un alto grado de ineficacia para hacer frente a la crisis. Cuando el Derecho se tuerce, el Derecho se venga, venganza que se traduce en inseguridad jurídica y, por ello, en inseguridad social por el incumplimiento de los fines a los que el Derecho ha de servir.

Pido disculpas por haberme extendido al examinar el caso español, pero me ha parecido necesario porque muestra un ejemplo de los defectos que, en plano de la legalidad, y para hacer frente a la pandemia, se han venido produciendo también en otros países, no de manera idéntica pero sí similar a lo sucedido en España, tanto si se ha hecho un uso no constitucionalmente adecuado del Derecho de excepción, como (y así ha sido en algunos países, entre ellos Alemania) si se ha acudido exclusivamente al Derecho de la normalidad (al Derecho ordinario). En ambos supuestos, estamos asistiendo, en el panorama internacional, a falseamientos, en mayor o menor grado, del principio de legalidad.

Cualquier jurista bien informado que haya observado con detenimiento las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia ha podido detectar, en la mayoría de los países, lo que antes acaba de decirse: tanto el uso inmoderado del Derecho de excepción, en unos casos, adoptando medidas que exceden

de lo que para ese Derecho la Constitución ha previsto, como, en otros, el desvío del Derecho de la normalidad, adoptando medidas de Derecho ordinario que se han apartado de las reglas que, para el Derecho de la normalidad, también la Constitución prescribe. En este último caso, limitándose derechos de los ciudadanos sin suficiente cobertura legal, o ampliando indebidamente las competencias del poder Ejecutivo, con ruptura de la división y equilibrio de poderes que la Constitución determina. Y, en no pocos países, hibernando al parlamento, que debe ser, sin duda alguna, el centro de legitimidad del sistema (sea éste presidencialista o parlamentario), y cuyos cometidos no deben burlarse, ni en el Derecho de excepción ni el Derecho de la normalidad.

4.2. En la legislación gubernamental de urgencia

Es común (o al menos, muy frecuente) que las Constituciones apoderen al Gobierno para adoptar normas con fuerza de ley por razones de urgencia. Esta figura, que no tiene nada que ver con el Derecho de excepción, pues pertenece al Derecho de la normalidad, precisa de garantías suficientes para que ese modo extraordinario de legislar no sustituya a la ley parlamentaria; así, respecto del presupuesto de hecho habilitante, la necesaria interpretación restrictiva de la urgencia y la necesidad de la posterior intervención parlamentaria, y respecto de las materias que pueden regularse, la exclusión de aquellas que afectan a las instituciones principales del Estado y a los derechos de los ciudadanos. Tales precauciones son indispensables para que el Gobierno no suplante al parlamento en la legislación y, en definitiva, para que esta legislación gubernamental no se convierta en un modo ordinario de legislar.

Sin embargo, sucede que en muchos países, desde hace tiempo, y no sólo con ocasión de la pandemia, se ha venido haciendo un uso abusivo de la legislación gubernamental de urgencia (en forma decretos-leyes o normas similares aunque no tengan esa denominación) con el indebido desplazamiento de la ley parlamentaria. La pandemia simplemente ha intensificado ese abuso, que venía de mucho más atrás. La conversión, de manera ordinaria, del Gobierno en legislador mediante el uso inmoderado de la legislación de urgencia supone, sin duda, un grave quebranto del Estado de Derecho, que, aparte de en la Constitución, descansa en la ley como expresión de la voluntad popular representada en las Cámaras.

Por acudir al ejemplo que más conozco, en España, al decreto-ley se ha acudido, en el último decenio, con una frecuencia igual o superior a la legislación parlamentaria, como he denunciado en mi reciente libro, *Uso y abuso del decreto-ley*; y en el último año, 2020, se han dictado 39 decretos-leyes frente a sólo 14 leyes parlamentarias. Estos datos de 2020 se refieren al Derecho ordinario, al margen del gran número de disposiciones dictadas en ejercicio de Derecho de excepción. El panorama de elusión del parlamento no puede ser más sombrío. Así como la suplantación del parlamento por el Gobierno no puede ser más reprochable. Cuando de manera usual y ordinaria el Gobierno se convierte en legislador, ese desvío del principio de legalidad resulta incompatible con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

4.3. En la legislación gubernamental por delegación parlamentaria

La posibilidad, constitucionalmente admitida en determinados países, de que, por razones, no de urgencia, sino de complejidad técnica, el parlamento delegue en el Ejecutivo la facultad de dictar normas con fuerza de ley, puede originar un falseamiento de la legalidad si la delegación parlamentaria no impone límites exactos, tanto temporales (plazo tasado para el ejercicio de la delegación) como materiales (fijación de las bases o principios de los que no puede apartarse el resultado de la delegación).

Estas condiciones suelen darse en la mayoría de los casos, pero no obstante, en algunos otros, puede observarse que la delegación parlamentaria es tan abierta que deja un amplio margen para la regulación gubernamental, con quebranto del significado de la ley (norma cuya capacidad de regulación no deriva de la voluntad del Gobierno, sino de la voluntad democrática expresada en el parlamento) y del sistema de división de poderes. Por supuesto que el falseamiento de la ley también se da cuando, existiendo tales límites en la delegación parlamentaria, estos no son observados por el Gobierno a la hora de poner en práctica dicha delegación.

De ahí la necesidad de que estén implantado los suficientes controles para remediar tales desvíos de la legalidad, en especial controles jurisdiccionales sobre la inconstitucionalidad de una ley parlamentaria de delegación sin límites y sobre la ilegalidad (y al mismo tiempo también inconstitucionalidad) de una regulación gubernamental que no cumpla con los límites de la delegación. El

problema es que dicho falseamiento de la legalidad quedaría sin remedio si el control jurisdiccional fallara, bien por su indebida aplicación, bien porque ese control no reúna las condiciones de independencia y solvencia técnica que le dan sentido. Y esto está sucediendo en algunos países.

4.4. En la degradación normativa de los preceptos legales

Otro modo, cada vez más frecuente, de falseamiento de la legalidad consiste en el desvalor normativo de la propia ley. Me refiero a la redacción de preceptos legales que no contienen auténticas normas jurídicas (precisas, directamente aplicables) o principios jurídicos (“derecho condensado” del que cabe deducir, objetivamente, consecuencias normativas), sino mera proclamación de intenciones, o proposiciones tan indeterminadas o abiertas que, de un lado, dejan un espacio prácticamente en blanco al Ejecutivo para desarrollarlas y, por otro, no sólo impiden su aplicación inmediata, sino que, además, dejan un margen (de discrecionalidad y a veces de libertad) tan amplio a su comprensión que convierte a la interpretación de las mismas en una tarea prácticamente impredecible. Estas leyes, programáticas o meramente didácticas, suponen un modo inaceptable de legislar, no sólo por la abdicación que realizan del correcto ejercicio de la potestad legislativa parlamentaria con el consiguiente debilitamiento de la división de poderes, o por quebrantar la buena técnica legislativa, sino, lo que es peor, por vulnerar el principio de seguridad jurídica. Los jueces, en esos casos, a la hora de interpretarlas, en lugar de ser los aplicadores de las normas se convierten, de hecho, en los libres creadores de ellas.

4.5. En el activismo judicial

En este caso no me refiero al activismo judicial derivado del carácter no estrictamente normativo de algunos textos legales, que hace que su interpretación sea una tarea prácticamente libre, que es lo que he examinado antes, sino al activismo judicial representado por determinadas actuaciones judiciales que, simplemente, no respetan la ley. Ello puede suceder cuando, sin apreciar su inconstitucionalidad, los órganos judiciales deciden no tener en cuenta a la ley en la resolución de los casos. Este es hoy un problema de muy especial relevancia y actualidad, porque, al margen de supuestos absolutamente criticables de libre

apartamiento judicial del deber de sumisión judicial a la ley, lo que más frecuentemente suele suceder es que dicho apartamiento esté relacionado con una comprensión inadecuada del principio de constitucionalidad o del llamado principio de “convencionalidad”.

El principio de constitucionalidad, correctamente entendido, significa que para que una ley no se aplique por considerarse injusta ha de apreciarse primero su inconstitucionalidad (bien por el poder judicial ordinario en los sistemas de control difuso, bien por la jurisdicción constitucional en los sistemas de control concentrado). De manera que, sólo por ser inconstitucional y razonarse así, la ley, en tales casos, puede ser inaplicable (o anulada). Si no se cumple esa condición, el activismo judicial que pretende, al margen de la ley, realizar “justicia material” (ateniéndose a las convicciones políticas o morales del juez) y no “justicia formal” (respetando la ley y las formas que del Derecho prescribe) ha de entenderse inconciliable con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

El llamado principio de “convencionalidad” significa el otorgamiento a los tratados internacionales (especialmente a los tratados sobre derechos humanos) de una fuerza similar a las Constituciones, de manera que el juez, ante la contradicción de una ley con uno de esos tratados, debe hacer prevalecer éste e inaplicar la ley que lo contradiga. Esta labor ha supuesto, sin duda, un paso adelante en la internacionalización de los derechos humanos, más aún cuando lo que se da es una “transnacionalización” de ellos por la existencia de convenios específicos de reconocimiento cuya fuerza de obligar está además garantizada por la existencia de tribunales a los que compete vigilar su interpretación y aplicación (casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Sin embargo, un uso inadecuado de ese principio puede llevar a desnaturalizarlo. Y así sucede cuando un juez nacional aparta a la ley por entenderla contradictoria con el tratado en supuestos no previstos exactamente por el tratado, o en casos en que la jurisprudencia de aquellos tribunales no está clara o no ha impuesto de manera incondicionada la solución que el juez nacional pretende extraer de ella. O cuando, al existir contradicción entre el tratado y la Constitución nacional, no ha apelado primero al procedimiento debido para salvar dicha contradicción.

En tales casos (no infrecuentes hoy), el principio de “convencionalidad” no debe amparar la postergación judicial de la ley, pues ello significaría incumplir los deberes que el Estado de Derecho impone.

4.6. En el uso de la potestad reglamentaria

Desde hace años el Estado de Derecho está siendo gravemente amenazado en determinados países por la indebida expansión normativa de los reglamentos. Con esto no me refiero a que el número de reglamentos sea superior al de leyes, que ello es perfectamente comprensible por razones derivadas de la necesaria capacidad de intervención y regulación que han de tener los Ejecutivos en el Estado democrático de nuestro tiempo.

Lo que debe denunciarse es otra cosa: la regulación reglamentaria independiente de la ley, esto es, no subordinada a la ley. Y eso sucede cuando los reglamentos invaden la reserva de ley, o cuando modifican materias reguladas por la ley. Y puede ocurrir en cualquier campo de la actividad normativa, pero con mayor gravedad aún cuando recae sobre un ámbito especialmente sensible para al Estado democrático como es el de los derechos ciudadanos. Si, sobre cualquier materia, el reglamento no puede tener capacidad reguladora si no está apoderado por la ley, cuando se trata de derechos, el reglamento no puede, de ninguna manera, regular, pues sólo la ley es el instrumento debido para ello, de manera que, tal materia, únicamente puede actuar, como complemento de ley, y siempre que la ley le haya habilitado expresamente para ello, en la regulación de cuestiones adjetivas y de detalle, no en cuestiones sustantivas. La ley no puede establecer habilitaciones en blanco a favor del reglamento.

Si la ley lo hiciere, estaría falseando el principio de legalidad. Falseamiento en el que también incurriría el reglamento si, con una habilitación legal vulneradora de ese principio, o sin habilitación legal alguna, introdujera reglas sustantivas en la regulación de los derechos de los ciudadanos. Este desprecio, por la misma ley de su función reguladora, o por el reglamento de la función de la ley que la Constitución determina, supone, como ante dije, una forma, lamentablemente extendida, de falseamiento del Estado de Derecho.

Y no cabe justificar esa actuación exorbitante de los reglamentos con el argumento (a veces utilizado) de que el poder ejecutivo recibe también una legitimación popular, ya que en el Estado constitucional democrático (ya sea

presidencialista o parlamentario), la potestad legislativa no reside en el gobierno (que en todo caso, directa o indirectamente, sólo descansa en una fracción de la representación: la mayoritaria), sino en el parlamento (en el que está representado el pluralismo político y por ello toda la sociedad). En definitiva, no resulta admisible apelar al principio democrático para justificar un poder reglamentario fuera de la ley, salvo que ese principio democrático se falsee y, con él, la división de poderes de la que no puede desligarse.

V. El falseamiento de la legalidad por abierta destrucción de la misma

5.1. La destrucción del Estado de Derecho

El análisis que se ha venido haciendo con anterioridad está referido al falseamiento del principio de legalidad en Estados que cumplen, al menos en cuanto a sus características generales, con la condición de Estados de Derecho, aunque, desde el punto de vista del principio de legalidad, fallen o tengan defectos que conviene subsanar. Cosa bien distinta es el de los países en los que el Estado de Derecho no es que tenga defectos, sino que no existe, por haberse destruido, pese a que la Constitución que así lo proclame no haya sido formalmente abolida.

Ello ocurre en las mal llamadas “democracias iliberales”, y digo mal llamadas porque un término así encierra dos afirmaciones contradictorias. Democracia iliberal es un oxímoron, dado que democracia sin libertad no es democracia. Por eso prefiero en esos casos hablar de dictadura, que no deja de serlo porque haya eufemísticamente una norma denominada Constitución, cuando resulta que esa Constitución ha perdido su vigencia por haber sido derogada, *de facto*, por un sistema de poder político que se sostiene y actúa en abierta contradicción con ella. Si la Constitución ya no es la norma suprema, por haberse eliminado los controles que garantizan tal superioridad, en especial el control jurisdiccional independiente, y, en consecuencia, no puede cumplir con eficacia su doble fin de limitar el poder político y garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que sucede es que ni hay Constitución ni hay Estado constitucional ni hay Estado de Derecho.

Aquí ya no nos encontramos con defectos de una realidad jurídica imperfecta que pueden, y deben, subsanarse, siendo nuestra obligación de juristas la

de proponer las mejoras convenientes para ello; sino ante situaciones que, por ser abiertamente contrarias a los mismos fundamentos del Estado de Derecho, deben, sin concesiones, denunciarse y combatirse, auspiciando, no reformas concretas, sino su radical transformación. Función que debemos asumir, de manera firme, y por supuesto pacífica: utilizando las armas de la razón que son las propias de nuestra condición de juristas.

En un Estado democrático el poder público no puede estar por encima o al margen del Derecho, por la sencilla razón de que sólo dentro del Derecho pueden garantizarse la libertad y la igualdad y asegurarse una paz ciudadana asentada en la dignidad de las personas. En definitiva, sin el Estado de Derecho, ninguno de esos fines puede conseguirse.

De ahí que el Estado democrático, social y de Derecho sea un sistema en el que no cabe prescindir de cualquiera de sus tres elementos. Sólo mediante el Derecho puede garantizarse la democracia. Sólo es legítimo el Derecho si es democrática su emanación y si el propio Derecho en sus contenidos cumple con la concepción material de la democracia. Sólo puede haber un Estado social efectivo si es, al mismo tiempo, democrático y de Derecho. Si así no sucede, lo que habrá, simplemente, será una dictadura, basada en la fuerza o disimulada bajo el manto de la demagogia. Hoy, aunque pervivan aún ciertos casos, no es ya la dictadura militar el modo más genuino de la tiranía, sino otro menos brutal, pero quizás más grave: el populismo, que es, por desgracia, una lacra extendida en el panorama político de nuestro tiempo.

Las consideraciones que anteceden están relacionadas con el principio de legalidad en sentido amplio y por ello no voy a extenderme más sobre ellas, pues exceden el ámbito concreto de mi ponencia. Sólo las he recordado porque el quebranto de la legalidad también se emplea como sinónimo del quebranto del Derecho, situación que históricamente pretendió eliminar el Estado constitucional, al propugnar que “el gobierno de los hombres” fuera sustituido por “el gobierno de las leyes”.

5.2. La destrucción de la legalidad

Ateniéndome, pues, al cometido de mi ponencia, de lo que ahora trataré es de la destrucción de la ley en su significación estricta, esto es, de la ley que debe emanar de la voluntad popular representada en el parlamento. En tal sentido,

no pueden revestirse con el nombre respetable de la ley aquellas que, por carencia de un auténtico parlamento democrático, se producen en las dictaduras que aún existen, lamentablemente, en algunos lugares del mundo.

Pero tampoco merecen el carácter de leyes las que se dictan en un Estado con parlamento auténticamente representativo si éste ha sido falseado, pues resulta obvio que la ley se destruye si el parlamento ya ha sido destruido, bien por desapoderarle de sus potestades propias (entre ellas, y muy principalmente, la legislativa), bien por haberlo suspendido o suplantado. Lo que sucede si el poder político evita la renovación del parlamento a través de elecciones parlamentarias democráticas, transparentes y abiertas o si el poder político, para desactivar al parlamento democrático, crea al margen suyo una cámara no democrática que lo sustituya o invalide. La ley, en sentido constitucional-democrático, habría sido destruida, pues a las decisiones tomadas por un poder que ha suspendido o amordazado al parlamento o por una cámara que ilegítimamente lo hubiera suplantado, ya no puede llamárselas leyes, aunque así lo pretendieran.

Esta forma de destrucción de la ley se produce hoy en algún país iberoamericano, destacadamente en Venezuela, a la que sólo, eufemísticamente, podría calificarse de Estado constitucional democrático. Y aquí se revela muy bien la exactitud de un axioma constitucional: que la destrucción de la ley no significa sólo la destrucción de una fuente del Derecho, sino la del Derecho en su conjunto, o lo que es igual, que en el Estado democrático no pueden separarse al principio de legalidad en sentido estricto y el principio de legalidad en sentido amplio, pues cuando el primero se vulnera, también, inevitablemente, se vulnera el segundo.

El Estado de constitucional y democrático de Derecho no admite compartimentos estancos: si la ley cae también está cayendo la Constitución; si cae el parlamento democrático también está cayendo la democracia; si la independencia judicial no está garantizada, el Estado de Derecho desaparece.

Una sabia máxima del Derecho Romano, aplicable tanto a las relaciones privadas como a las instituciones públicas, dice así: "*Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*". Esto es, "vigilando y no durmiéndose se protegen los derechos". Los juristas debemos no olvidarla en el ejercicio de nuestro particular saber: que no es otro que enseñar y practicar las exigencias que el Estado de Derecho impone. Sólo una vigilancia constante puede impedir que el Estado de Derecho se malogre. Esa es nuestra responsabilidad. La de ejercer una vigilancia perma-

nente para que la exigencias del Estado de Derecho sean observadas, por los particulares, pero sobre todo por los poderes públicos, denunciando los casos en ello no se haga y procurando su remedio, como nuestras propias y pacíficas armas, que no son otras que las de la razón.

VI. Conclusiones

Hoy el mundo está experimentando, en casi todos los lugares (aunque en algunos de manera más grave), un decaimiento de las razones del Derecho, o si se quiere, del buen Derecho, que no es otro que el constitucional-democrático. Cunden los extremismos, los fundamentalismos, los movimientos identitarios, la demagogia, en suma, pervirtiendo los principios nucleares de la democracia representativa y de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos. A ello se suma un decaimiento de la división de poderes reflejado en la atonía de los parlamentos y en la prepotencia de del poder ejecutivo. Es cierto que, en algunos países, se está reaccionando frente a esa deriva (por ejemplo, recientemente en los Estados Unidos de América) y que en otros la infección todavía no ha llegado a producirse con intensidad, pero también es cierto que ese mal se extiende, amenazando a la forma política (la democracia constitucional) que ha deparado, históricamente, las mejores oportunidades para el progreso y la convivencia pacífica.

Puede que la democracia constitucional esté en crisis, pero de ella no se sale pervirtiéndola, sino mejorándola por medio de reformas que la aproximen a las necesidades de nuestro tiempo. Reformas para mejorar el funcionamiento de los partidos políticos; la eficacia y centralidad de los parlamentos; la potenciación de los controles; la independencia, agilidad y eficacia de la justicia; la ejemplaridad de los políticos y de las instituciones; la consecución de la igualdad; y, en fin, la extensión entre los ciudadanos de la cultura cívica. Pero todo ello sin poner en cuestión los principios a los que la democracia constitucional no puede renunciar, so pena de desaparecer. Entre esos principios se encuentra uno fundamental: el del respeto al Derecho y, por ello, a la ley, cuyo cumplimiento han de garantizar unos tribunales auténticamente independientes.

Ese es el reto urgente que nuestro tiempo nos plantea, pues a la actual pandemia sanitaria (de tan graves efectos para la vida, la sociedad y la economía)

se ha sumado otra pandemia de mayor alcance y más difícil solución, a mi juicio: la pandemia política que cabalga a lomos de la demagogia (con ímpetu acrecentado gracias a las nuevas técnicas de comunicación, entre ellas las llamadas redes sociales). Para esta otra pandemia no existen más remedios que los derivados de la defensa de la institucionalidad y del Derecho, pues fuera del Derecho y las instituciones no puede haber seguridad, libertad, igualdad y prosperidad, sino el regreso al hobessiano estado de naturaleza caracterizado por la lucha de todos contra todos, donde los fuertes siempre triunfarán sobre los débiles y donde la sociedad estará condenada al miedo, a la desesperación y a la miseria.

Por ello, el Estado constitucional y democrático de Derecho no tiene alternativas. Defenderlo es hoy, pues, obligación de todos, y muy especialmente obligación de los juristas que ejerzan fielmente las funciones que su saber les ha encomendado.



**World Jurist
Association**
Peace Through Law

MEMBERSHIP:



Distortion of the Social & Economic Constitution

World Law Congress Colombia 2021
Opening Session • La Paz
May 12, 2021
11:00h La Paz | 17:00h Madrid



OPENING REMARKS



Javier Cremades
Spain

President of the World Jurist
Association Worldwide
President of the
World Law Foundation



Ramiro Moreno Baldivieso
Bolivia

President of the Academy
of Jurisprudence



Armando Andruet
Argentina

President of the Academy
of Jurisprudence of Cordoba



Augusto Trujillo
Colombia

President of the Colombian
Academy of Jurisprudence

DISCUSSION PANEL



**Bernardo Fernández
del Castillo**
Mexico

President of the Academy
of Jurisprudence



Cecilia Sosa Gómez
Venezuela

President of the Supreme
Court of Justice (1996-2000),
Academy of Politic
& Social Sciences



Encarnación Roca
Spain

Vice-President of the
Constitutional Court



José Luis Cea Egaña
Chile

President of the Academy
of Jurisprudence



Mario Castillo Freyre
Peru

Conference Director of the
Peruvian Academy of Law



Rafael Vergara Sandoval
Bolivia

Former General Director
of the Tax Authority,
Academy of Jurisprudence



Sergio D'Andrea Ferreira
Brazil

Secretary General
of the Brazilian Academy
of Legal Letters

Introducción a la Opening Session de La Paz (Bolivia)*

RAMIRO MORENO BALDIVIESO**

No pudo ser más propicia y oportuna la conferencia virtual en La Paz, Bolivia previa al verificativo del congreso de la World Juris Association – WJA que se llevará a cabo en Barranquilla, Colombia en diciembre de este año.

Con el ciclo de conferencias inaugurado en Caracas, se dio una continuidad importante a través de las distintas ponencias presentadas por eminentes juristas de esta parte del mundo.

Sin duda, un factor que llamo la atención y marcó la diferencia fue la discusión de fondo del *Falseamiento del Estado de Derecho* que viene aconteciendo en diversos países latinoamericanos. Los expositores supieron darle un contenido singular que se convirtió, por así decirlo, en un factor de reflexión sobre lo que está pasando en sus respectivos países.

Las conclusiones a las que los diferentes académicos expositores arribaron, fueron coincidentes en la objetivación del debate de fondo: la crisis legal/constitucional con el condimento político, por la que, atraviesan los diferentes países, en merito a múltiples factores que van desde una desnaturalización de las cartas políticas fundamentales, hasta concepciones de carácter populista vacías de contenido con el objeto de abrir las posibilidades de hacer cambios innecesarios de las estructuras legales de los países con una serie de propuestas que desnaturalizan la conformación del concepto de Estado de Derecho.

Puedo afirmar, que las reflexiones y los importantes aportes que hicieron en la Opening Session de Caracas, fueron complementadas con las expuestas en La Paz, trasuntando un conjunto de puntos de vista de difícil inobservancia, con la más certera realidad, de que estamos en una crisis en el contexto constitucional que influidas por posturas políticas demagógicas de diversa índole,

* Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia.

** Realizada el día 12.V.21.

coinciden entre ellos para penetrar en los cimientos de los principios y garantías establecidas en las constituciones políticas de los países latinoamericanos.

Así, frente a todos los hechos observados por los distinguidos panelistas, considero que dieron coincidencias en la perspectiva de contar con un diagnóstico para que podamos plantear el resurgimiento del constitucionalismo frente a los embates populistas y de política que tienen el propósito de debilitar, y por qué no decirlo de anular el Estado de Derecho, o en su caso, contribuir de manera lenta y asentada hacia el falseamiento del Estado de Derecho y sus instituciones con una anomia que cada vez es más pronunciada.

Es de conocimiento que en algunos países de la región se llevaron a cabo profundas reformas constitucionales. Mas de uno de ellos llevaron el sello de una parcial indefensión que apunta al debilitamiento de instituciones constitucionales con la introducción de supuestas instituciones modernizadoras del constitucionalismo, pero que, sin embargo, solo sirvieron en algunos casos para la perpetuación de una determinada corriente política partidaria en el poder.

Llama también la atención de que instituciones propias que ejercen el control de la constitucionalidad, se encontraban en la labor de causar todavía mayor confusión y desorientación por su comportamiento al servicio del órgano ejecutivo, llegando incluso al paroxismo de desconocer el resultado de una institución democrática de consulta, como es el referendo vinculante, para facilitar la re-re elección de manera indefina, poniendo incluso en peligro la estabilidad política de un país.

Sin embargo, en la actualidad y gracias al pronunciamiento oficial de instituciones internacionales, el panorama se clarifica, y es de esperar que no haya más despropósitos y sofismas jurídicos que lo único que hacen es contribuir al falseamiento del Estado de Derecho.

Finalmente, solo deseo expresar mi agradecimiento a nombre de la Academia Boliviana de Ciencias Jurídicas de Bolivia, a todos los panelistas por sus presentaciones a través de la utilización de la tecnología que impidió que los tengamos presentes por el azote de la pandemia del Covid 19, pero que no significo una desventaja, más por el contrario permitió el seguimiento de un número mayor de asistentes al mismo.

De igual manera va nuestro agradecimiento a los directivos de la World Jurist Association por su presencia y colaboración en el verificativo del evento.

Anomia de la constitución boliviana

RAFAEL VERGARA SANDÓVAL*

La anomia de la Constitución boliviana necesariamente pasa por el rol del Tribunal Constitucional, se puede decir que, en Bolivia se tiene un “*Tribunal Constitucional*” *al margen de la “Constitución”* como elemento importante que se resalta; al respecto, se tocarán tres tópicos importantes, esperando que en Cartagena de Indias en Colombia se pueda ampliar y debatir con mayor intensidad el tema.

El primer tópico, es la evolución del sistema de control de constitucionalidad a partir de la primera Constitución boliviana de 1826, con veintiuno reformas constitucionales al 2009. La primera constitución implementó un control político de constitucionalidad mediante la Cámara de Censores y posteriormente el Consejo de Estado. En 1883 de manera paralela se implementó un control de constitucionalidad difuso o norteamericano vigente hasta la reforma constitucional de 1994, que a través de un procedimiento rígido de reforma cumplió con el procedimiento de reforma constitucional; mediante la ley de necesidad de reforma y posteriormente con la ley de reforma constitucional. En esta reforma participaron dos destacados juristas iberoamericanos, por un lado, el profesor Carlos Santiago Nino, quien hizo labor de apoyo a Bolivia y falleció en 1992 al llegar a la ciudad de La Paz para asesorar en el diseño de control de constitucionalidad y por otro lado, el profesor Francisco Fernández Segado²⁰,

* Académico de número 22 de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Tributario y Argumentación Jurídica en Pregrado y Posgrado de la Universidad Mayor de San Andrés, Universidad Católica Boliviana y San Francisco Xavier de Chuquisaca, Miembro del IBET y es Director Principal del Estudio Jurídico Vergara & Asociados. Ejerció funciones de Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede central; Superintendente Tributario General y Director Ejecutivo de la Autoridad General de Impugnación Tributaria.

²⁰ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en la Reforma de la Constitución de Bolivia 1994*. En la Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, Dickinson, Madrid, España, 1997.

que dieron las pautas para que se implemente en Bolivia un sistema justicia constitucional concentrada de tipo europeo o kelseniano.

El segundo tópico es el diseño institucional en la reforma constitucional de 2009, que mantuvo el modelo concentrado de justicia constitucional con perversiones y desviaciones para asombro del mundo académico que vale la pena comentar, y es que, por primera vez en la historia del sistema de justicia constitucional concentrado se implementó lo que sus mentores *denominan legitimidad de origen*, mediante la elección de magistrados por voto popular²¹. Así en Bolivia se introduce la elección popular de magistrados, que se realizó por primera vez el año 2012 y por segunda vez el año 2017, con un rechazo mayoritario de los ciudadanos donde el voto nulo y el voto blanco superaron el 60% y 70% respectivamente, lo que implica que la legitimación de estos magistrados definitivamente es inexistente, además de muy cuestionada desde el punto de vista de lo que plantearon los mentores del *nuevo o (neo) constitucionalismo latinoamericano*²².

Nos quieren dar las pautas, que se ha discutido mucho en el constitucionalismo, de justificar ese alcance de lo que es la posición contra mayoritaria de los Tribunales Constitucionales, es decir, para estos mentores, mayoritario es democrático y contra mayoritario no es democrático, y Víctor Ferreres hace una excelente explicación académica en su obra denominada en *Defensa del control de constitucionalidad europeo*²³, tema que académicamente que no está agotado.

La anomia de la constitución en Bolivia, en este tópico se da por el improvisado diseño institucional del sistema de control de constitucionalidad implementado en el reforma constitucional de 2009, donde el constituyente boliviano asesorado por juristas y sociólogos europeos, indujeron a un terrible error al confundir el *principio de representación* que corresponde a los órganos de representación social con el *principio de independencia e imparcialidad* que co-

²¹ BOLIVIA, Constitución 2009, Ver el Art. 198: *Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional plurinacional se elegirán mediante 'sufragio universal', según el procedimiento, mecanismos y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.*

²² VICIANO PASTOR, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, *Fundamento Teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en Viciano Pastor, Roberto y Villabella, Armentol, Carlos (coord.) *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

²³ FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 153-154.

rresponde al órgano de justicia constitucional, que hasta en sus términos son contradictorios. Debido a que el elegir estos votos justificando esa legitimación de origen, genera un gran problema, hoy se tienen magistrados con aprobación casi inexistente y definitivamente poco o nada independientes y, muy poco imparciales, es un problema de diseño constitucional que se comenta y es un problema del debate.

El tercer tópico, es el uso que se hizo de ese diseño institucional que se convierte en un drama en el Estado Constitucional de Derecho, donde debe primar la rigidez constitucional es decir, que por el principio de *lex superior* no puede haber una *lex inferior* y una *lex posterior* que modifique esencialmente que es lo que caracteriza una constitución del Estado Constitucional y también una constitución normativista, que en esencia tiene que ser una constitución que más allá de ser un elemento de principios, tiene que ser una norma viva que todos los ciudadanos y las autoridades la cumplan.

El ejemplo del uso desviado del diseño institucional es la famosa Sentencia 84/2017 de noviembre de 2017, donde el denominado Tribunal Constitucional *plurinacional*, haciendo un paréntesis, debemos señalar que en Bolivia no existe un Estado plurinacional más aún cuando el art. 3 de la Constitución boliviana habla únicamente de la *nación boliviana*, no habla de muchas naciones y obviamente se confunden con los arts. 8 y 9 de la Constitución donde se habla de 36 lenguas o idiomas. Este paréntesis es importante, porque en la construcción se habla de la nación boliviana y no de varias naciones, debate inútil que tiene respuesta en la misma constitución.

Luego de este paréntesis, debemos resaltar que el uso que se hizo del perverso diseño institucional dio como resultado la nefasto Sentencia 84/2017 por el Tribunal Constitucional boliviano, dictada en noviembre de 2017, que en esencia tiene dos contenidos. El primero, referido a las normas constitucionales inconstitucionales y la segunda sobre el derecho humano a la reelección presidencial indefinida, que en palabras de Merton debemos entender como desviación del Tribunal Constitucional, con el único objetivo de pronunciarse sobre un pretendido derecho humano a la reelección presidencial indefinida, es decir, que a través de un fallo se deja inaplicable e inconstitucional el texto de la constitución aplicando preferentemente el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sorpresa que dio como resultado que la Constitución boliviana ya no es parámetro sino el objeto de control constitucionalidad, este es

un fenómeno jurídico digno de estudio, porque semejante desviación constitucional, nos permite concluir que para bien o para mal, sigue una ruta, que personalmente la identifico como la ruta del mal, que comenzó en Costa Rica el año 2003 corazón y sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que después de 20 años no se ha manifestado en absoluto sobre semejante decisión, desviación que se repitió el año 2010 en Nicaragua, el año 2015 en Honduras y, finalmente el año 2017 en Bolivia, que en este último caso nos permite concluir que nos encontramos ante “*Un Tribunal Constitucional*” al margen de la “*Constitución*” conforme se puede afirmar por las referidas sentencias espurias influidas por el *denominado nuevo (neo) constitucionalismo latinoamericano o andino*, reformarmando la constitución de facto o hecho, en evidente traición al pueblo soberano como explica Bobbio *ex parte principii* (desde la parte del llamado a mandar) *ex parte populi* (desde la parte del pueblo, los llamados a obedecer), poniéndose estas Cortes o Tribunales Constitucionales de parte del príncipe, esto es del gobierno de turno que pretendió perpetuarse en el poder, no obstante que en el caso boliviano por *referendum* del 21 de febrero de 2016, el pueblo boliviano rechazó la pretendida reforma constitucional de la reelección presidencial indefinida, traicionando la confianza del pueblo soberano para ponerse a favor del poderoso.

Estas reflexiones esperamos que nos permitan ampliar en la futura reunión de Cartagena. La única forma de garantizar el Estado Constitucional de Derecho, es que los juristas en estas actividades tengamos la mente clara y orientemos el debate para que este tipo de fallos que desvirtúan la naturaleza del control constitucional, y la esencia la defensa de las minorías del Estado de Derecho, es decir, del imperio del gobierno de las leyes y no de las personas, no se vuelva a repetir en otra parte de América Latina.

Desconstitucionalización del orden socioeconómico en Chile

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA*

Agradezco al Dr. Ramiro Romero Valdivieso, Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de la hermana República de Bolivia, la invitación que me ha extendido para intervenir en esta *Opening Session del World Law Congress*, que se realizará en Cartagena de indias en diciembre del presente año.

I. Participo con entusiasmo, preocupación y esperanza

Entusiasmo porque el fortalecimiento del Estado de Derecho es y debe ser, especialmente en esta época, la misión principal y esencial del estudio, crítica e investigación de cambios sustanciales y el futuro de esa institución, hoy en crisis en numerosos países, varios de Iberoamérica. Sin un Estado de Derecho legítimo en el marco de la democracia constitucional es inconcebible el respeto y promoción de la dignidad humana y de los derechos y deberes inherentes a ella.

Participo también con **preocupación**, pensando especialmente en Chile, mi país, pues desde octubre de 2019 atravesamos por un proceso de deterioro progresivo de nuestro Estado de Derecho. En este momento me detengo nada más que a plantear esta tesis, la que confío desarrollar brevemente más adelante. Solo afirmo ahora que una Constitución sólida y democráticamente legitimada se torna imposible para forjar la convivencia civilizada, si no se la respeta siempre por gobernantes y gobernados, en su espíritu más aún que en su letra.

* Abogado, Master en Derecho y Ciencia Política y Dr. en Derecho. Es profesor titular de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad de Chile. Fue Presidente del Tribunal Constitucional de Chile y es presidente emérito de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales; fue Presidente del Instituto de Chile; autor de 15 libros y numerosas monografías en su especialidad. Es Doctor Scientiae et Honoris Causa múltiple.

Finalmente, estoy aquí para manifestar mi **esperanza**. Lo hago sobreponiéndome a los hechos que, al menos en mi país, inducen a pensar que el porvenir es bastante incierto. Los acontecimientos que singularizan al proceso constituyente en Chile son difíciles de armonizar con las violaciones, graves y reiteradas, que se cometen en contra de ahorrantes e inversionistas nacionales y extranjeros, en los más distintos ámbitos y jerarquías, sin sanciones oportunas y ejemplares. Debemos entender que Estado de Derecho y democracia vividos de acuerdo a la Constitución, son esenciales para entronizar un régimen humanista efectivo. Quiero sentir confianza, pero los acontecimientos que relataré son poco alentadores para ello.

II. Desconstitucionalización

Defino ese concepto diciendo que es la pérdida de vigencia, formal y sustantiva, de la Carta Fundamental en vigor.

La desconstitucionalización puede ser súbita y violenta, como en una revolución y su contraria; o ser parte de un proceso, lento y sostenido, que culmina en la ruptura del orden institucional previsto en la Constitución.

Son diferentes los hechos que llevan a una u otra de esas modalidades de desconstitucionalización. En la hipótesis de la súbita y violenta pérdida de vigencia nos hallamos ante la guerra civil, una revolución, una contrarrevolución, o un putsch o golpe de Estado, todo invariablemente cruento y devastador. En la hipótesis del proceso, lento y progresivo, la ruptura ocurre paso a paso, casi imperceptiblemente para la mayoría de la población, con asonadas, vandalismo, violencia, despliegue de trotskismo y cierto apoyo de los medios de comunicación. Se siembra, entonces, con paciencia y voluntad resuelta, esperando que germine el fruto crítico aguardado, o sea, la implantación de un régimen político y socioeconómico nuevo entre una población ya socializada en él.

La solidez del régimen institucional existente, o su fragilidad, una u otra dependiente de lo arraigada que se encuentre la Carta Política vigente, o su efímera existencia nada más que literal, explican los sucesos característicos de cada modalidad de desconstitucionalización comentada. ¿Por qué sucede una y otra de ellas? Tal vez, en las ideas resumidas se halla el principio de las respuestas, pero no se olvide que Latinoamérica, con más de 250 constituciones en su tra-

yectoria, es el continente que más experiencia ha sufrido en el tema y que, paradójicamente, menos lecciones ha aprendido.

III. Reconstitucionalización

Es el antónimo de la desconstitucionalización y tiene una energía poderosa, pero inferior a su opuesta. El éxito o fracaso de este proceso depende de la presencia real de líderes, de su voluntad de entendimiento sin exclusiones, en fin, de paciencia y resistencia para afrontar los cambios demandados con carácter súbito, por la oposición intransigente.

Supone, por consiguiente, el reencuentro de líderes y pueblo con el valor de la Carta Fundamental y el Estado de Derecho. Si hubo violencia y destrucción, ambas se hicieron para recuperar la paz, la libertad y la solidaridad. ¿Se entiende, por lo común, que es así?

Tal restauración del gobierno de las leyes es siempre difícil, conlleva una larga y generalmente accidentada trayectoria. La actuación de liderazgos sobresalientes, vuelvo a realizarlo, resulta ser determinante. Invariablemente conlleva retrocesos en el orden socioeconómico, pero con el paso del tiempo va renaciendo la prosperidad anhelada. Se torna obvio afirmar que es más fácil desconstituir un orden constitucional que reconstruirlo.

IV. Constitucionalización del orden socioeconómico

Recuerdo que, en 1978, publiqué un ensayo titulado La Constitución Económica de Chile. En él, planteaba el imperativo de superar el concepto de Constitución doblemente reductivo: primero, a su sentido político y jurídico; y segundo, nada más que formalmente concebido.

Anhelaba detenerme en el rol de la Sociedad Civil y en la necesidad de integrar los ámbitos público y privado para alcanzar el desarrollo humano sostenido. Abogaba por la subsidiariedad y, con mayor énfasis, por la solidaridad. Esos fueron mis ejes temáticos, acentuando que el primero de aquellos principios se torna inconcebible sin el segundo.

Recibí numerosas críticas a ese ensayo. Algunas objeciones formuladas desde la concepción insostenible del constitucionalismo germinal, quiero decir, el marco rígido, literal y estrecho de lo articulado según el Derecho positivo y delegando ampliamente el curso del progreso a políticas típicas de la democracia gobernada, sin participación verdadera de la Sociedad Civil. Otros me enrostraron la extensión desmesurada que suponía articular en la Carta Fundamental los principios del orden socioeconómico característico de un sistema libre, igualitario y justo.

A pesar de los obstáculos, las ideas que expresé en 1978 quedaron, en medida importante, incorporadas a la Constitución de 1980. Redactadas breves, claras y convincentemente fueron llevadas a la práctica durante 30 años, aproximadamente, erigiéndose en disposiciones claves de la transición exitosa desde el régimen militar a la democracia.

La Constitución chilena es la Carta Suprema vigente *más reformada del mundo en la actualidad*: 59 enmiendas que abarcan desde cambios orgánicos, como la regionalización; modificaciones para promover la participación de la Sociedad Civil en el desarrollo humano; incorporación de la transparencia en las conductas de los órganos representativos; hasta el reconocimiento de nuevos derechos esenciales, v.gr., sobre el derecho a la propia imagen y a la privacidad, la educación primaria, la gratuidad de la enseñanza en todos los niveles y el despliegue de las artes y la creación cultural. Pues bien, las normas relativas al orden público socioeconómico, todas novedosas, se mantienen intactas. Entre ellas, decisivas han sido la libertad de emprendimiento empresarial, la autonomía del Banco Central, la igualdad de trato en materia económica y el respeto del derecho de propiedad con función social efectiva.

V. Desconstitucionalización paulatina

Chile tiene reputación de ser un país con instituciones asentadas ya por más de doscientos años de vida republicana. Reconozco, sin embargo, que cada cuarenta años, más o menos, la República de mi patria entra en un proceso de tensión que llega a ser extrema, derivado de lo cual han sido las revoluciones de 1829 y 1891, y los golpes militares de 1924, 1932 y 1973. Lo concreto y decisivo es que Chile no ha tenido, desde 1810, un régimen político estable o definitivamente

institucionalizado. ¿Por qué siempre padecemos la crispación de ánimos entre *autocomplacientes* y *autoflagelantes*? ¿se sana ese flagelo excluyendo a unos u otros por quienes sean los triunfantes en las elecciones populares?

Se ha querido superar tal inestabilidad reforzando el presidencialismo, al extremo de configurar un Congreso Nacional (parlamento) con atribuciones disminuidas. Esa fórmula ha sido constantemente criticada por los *autoflagelantes* que exigen respetar el equilibrio de poderes entre las instituciones constitucionales y los frenos y contrafrenos de unas con otras. ¿Puede el semipresidencialismo ser la solución? ¿o en la raíz yace un asambleísmo de facto, inclinado al populismo?

El 25 de octubre de 2019 se congregaron en la ciudad capital de Santiago de Chile alrededor de 1.200.000 almas. No hubo ahí, ni existe hasta hoy, ni un solo líder político, social, religioso o de otra naturaleza. Fue una masa reunida pacíficamente y, casi con certeza, para formular reivindicaciones ante los evidentes problemas de miseria, pobreza, cesantía, endeudamiento por consumismo, imposibilidad de acceder a las acciones de salud y carencia de seguridad social digna de seres humanos.

Habían transcurrido treinta años de gobierno admirado en Chile y el mundo como ejemplar en el desarrollo humano; se había avanzado en la reconciliación por la aplicación de justicia, en la medida de lo posible, a las inauditas violaciones de derechos humanos en dictadura; el orden socioeconómico iba siendo impregnado de sentido social. Sin embargo, el asedio constante de los *autoflagelantes* seguía conquistando adeptos, más que nada en el centro del espectro político. En síntesis, nos encaminábamos a la segunda modalidad de desconstitucionalización ya explicada.

VI. Camino a una nueva constitución

Nada se dijo aquel 18 de octubre sobre la nueva Carta Fundamental. Una semana más tarde, sin embargo, reapareció la violencia, el terrorismo y el vandalismo en las ciudades y campos de todo el país. El gobierno actual, ya debilitado, manifestó su acuerdo en seguir el camino que lleva a la nueva Ley Suprema, seguramente asumiendo que así sería restablecida la paz en la sociedad. Tal presunción estuvo lejos de cumplirse, porque mi patria sigue sufriendo las asoladas de los extremistas urbanos y rurales. Desde entonces se vocea el eslogan del *libro*

en blanco para referirse a la edificación, desde los cimientos removidos, de la anunciada Constitución. ¿Era la Carta Fundamental responsable de ese mantra? ¿o, cómo otros pueblos latinoamericanos, nos encaminábamos al síndrome de un constitucionalismo mágico para resolver los problemas?

Llevamos repartidos 54 mil millones de dólares en gastos sociales desde el 18 de octubre de 2019. Hoy se debate implantar un ingreso mínimo, asegurado y universal, que bordea los US. \$1.000 mensuales y que eleva a \$64 mil millones la cifra recién señalada. El gobierno hace sus últimos esfuerzos por calmar el ambiente enrarecido llamando a la oposición radicalizada a actuar responsablemente. ¡Pero hay elecciones a la vista y nadie quiere perder el cargo! El 14 de junio el gobierno anunció un nuevo esfuerzo: US. \$26 millones adicionales para gasto social.

Atravesamos tiempos de ingobernabilidad. En parte, el relato precedente sirve para explicar las causas y el curso de los acontecimientos. Pero falta decir y espero hacerlo con energía y claridad, que es ineludible combatir el populismo y su hermana, la demagogia, elevadas a cimas – hasta hoy ignoradas- en mi país ¡Fuimos un país sobrio y dejamos de serlo! ¿Cómo volveremos a nuestras tradiciones legítimas? ¿seremos exitosos en ellos? ¿cuán opuesto al populismo devendría retirar cerca de US. \$90 mil millones, de los cuales hoy gozan el 11% de la fuerza laboral sin trabajo y sin deseo de trabajar?

VII. Asambleismo populista

Esas patologías sociopolíticas y económicas se practican violando el orden público socioeconómico articulado en la Constitución. Principalmente, se usurpan las facultades exclusivas del Presidente de la República en punto a defender la arremetida populista en favor de desembolsos fiscales desfinanciados. El Tribunal Constitucional, que tendría que resolver graves diferencias políticas mediante la Constitución, ha intervenido igualmente en este desorden proclamando que las violaciones a la Ley Suprema se resuelven mediante criterios extrajurídicos, es decir, políticas mal entendidas. Los jueces, en general, siguen la línea trazada en pro de la desconstitucionalización enunciada. El Banco Central, que es lejos la institución más prestigiada, advierte que la desmesura en el gasto público y el retiro de gran parte de los ahorros para previsión social, hará retroceder la situación de la población un siglo comparado con el presente.

VIII. Mirada al futuro

¿Puede concluirse que la nueva Constitución gozará del respeto que la Carta Fundamental hoy vigente, tan modificada, no ha logrado más de 40 años después de su implantación? Dudosa, al menos para mí, es la respuesta. No diviso la reconstitucionalización como un propósito fácil; ni siquiera se insinúa el tema.

La elección de la *Convención Constituyente*, el 15 y 16 de mayo de 2021, ha profundizado los enigmas que nos aquejan. Se anuncian paros nacionales si no se libera a delincuentes y terroristas actualmente procesados por vandalismo, saqueos, incendios de templos, museos o terrorismo. Se alega que son presos políticos, ignorando que en Chile a nadie se persigue ni encarcela por sus ideas políticas. Alarma el acceso a los medios de comunicación y a las redes sociales de convencionales que proclaman el rechazo a todo entendimiento con los partidos políticos. No se divisa, realmente, cómo se llegará en la Convención a los 2/3 de sus miembros para aprobar las normas del nuevo Código Político. Y, al finalizar, tampoco percibo reacción que detenga la desconstitucionalización que prosigue sembrando obstáculos al futuro, v gr., el retiro de todos los fondos previsionales para evitar su estatización por el que resulte ser el nuevo gobierno.

Ni se alude, pues tampoco se argumenta, a la inmensa tarea de reconstitucionalizar, al cabo de muchos años, de la nueva Constitución. ¿Será semejante a una planta que florece en el desierto?

A pesar de todo, quiero ser moderadamente optimista. Me fundo en que, 211 años de trayectoria democrática, en general impecable, llevarán a la ciudadanía por la senda a una nueva Constitución mediante la conducta responsable del poder constituyente derivado, hoy regulado en la reforma constitucional de diciembre de 2020. Estoy conciente de los obstáculos que se levantarán para ello, uno de los cuales ya se anunció con el desconocimiento de las reglas de esa reforma para, en reemplazo de ella, implantar la asamblea constituyente con el carácter de poder originario y, por ende, absoluto y soberano infalible.

El resultado de la elección de gobernadores regionales, efectuada el 13 de junio de 2021, nos reanima en la capacidad de resolver tantos enigmas, pues el extremismo asambleísta resultó derrotado, aunque por margen estrecho. Los comicios, presidencial y parlamentario, de noviembre y diciembre del presente año, demostrarán si podemos perseverar en la concreción de un régimen so-

cioeconómico de mercado o, por el contrario, seguimos en la ruta al populismo que culmina en estatismo.

El dilema, entonces, estriba en fortalecer la legitimidad del orden socioeconómico existente, con claro acento en la solidaridad, o seguir hundiéndonos en la desconstitucionalización, sin razones para suponer que la detengamos al menos antes de una generación.

El falseamiento del Estado de derecho en el Perú

MARIO CASTILLO FREYRE*

Antes de entrar al tema que me compete, debo precisar que esta intervención la hago a título personal, por la generosa invitación de ustedes y por la delegación que hizo en mí el señor presidente de la Academia Peruana de Derecho, doctor Raúl Ferrero Costa. Mis palabras, entonces, no representan a la Academia de mi país, ni a su presidente. Sólo me representan a mí.

La democracia en América Latina está en serios problemas.

Prueba de ello es, precisamente, la intensa labor que vienen realizando las Academias de Derecho de los países iberoamericanos sobre el tema central que viene motivando todos estos encuentros; a saber, el falseamiento del Estado de derecho.

Hace varios meses, la primera vez que leí el título del tema que acabo de mencionar como objeto de estudio de las Academias, sonreí, ya que me parecía que estaban hablando del Perú. Luego, me sorprendí más, cuando constaté que lo estaban haciendo con respecto a varios países de América Latina.

Exponer sobre este tema en quince o veinte minutos resulta complejo, en la medida de que la problemática es variada, pero lo intentaré.

Cada vez que se hacen encuestas sobre la democracia en América Latina y se exhiben las cifras relativas a cuánto cree la gente en ella, mi país es de los que peor salen en los ránquines. Sin duda, a más de la mitad de la población poco le interesa la democracia. Creo, además, que, tanto en el Perú, como en América Latina, no estamos viviendo, precisamente, una primavera y menos un verano

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Miembro del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

democrático, en la medida de que, además de la pobreza y las crisis de siempre, cualquier malestar social se queda corto con los devastadores efectos que viene teniendo la pandemia en la economía de nuestros países y en la de todos los hogares, pero, sobre todo, en los hogares más pobres. Ella no sólo ha arrasado nuestras economías y nuestros presupuestos, sino los empleos de millones y millones de personas.

Y en situaciones como ésta resulta muy fácil que los políticos demagogos echen la culpa a dos factores comunes en varios de nuestros países: a la constitución y al modelo económico recogido, precisamente, en la propia constitución.

La constitución no es otra cosa que el pacto social, las reglas de común convivencia que se establecen para ser aplicadas a un Estado y a su pueblo. Algunos países tienen la dicha de contar en su historia con sólo una constitución, como es el caso de los Estados Unidos de América, en vigor desde 1789. Otros, como el Perú, han tenido una docena (creo que tenemos el récord en América). Se imaginan, queridos colegas y amigos, doce veces en las que el Perú ha refundado el pacto de convivencia en su historia. Estamos a pocas semanas de cumplir, el 28 de julio, doscientos años de vida republicana, sin duda una de las últimas naciones en desligarse de la corona española, cuyo centro político y militar en América del Sur, estaba, precisamente, en el Perú.

Si hiciéramos un cálculo matemático, el mismo nos daría un promedio de una constitución cada 16.66 años. ¡Nada menos que una constitución por un período menor a la mayoría de edad de una persona!

Pero no sólo eso, sino que, al igual que en otros países de Sudamérica, algunos sectores políticos han tomado como bandera el cambio de constitución. Pero tal propuesta política no sólo obedece a que la actual carta política ya pasó por largo el promedio tolerado por mi país (pues tiene más de veintisiete años), sino por cálculos políticos que podrían conducir a la activación de mecanismos para perpetuarse en el poder.

Si tenemos una constitución que garantiza libertad política, pluralidad de partidos, elecciones libres, democracia representativa como modelo de gobierno y libre empresa, al igual que prensa libre, entonces la pregunta que corresponde formular es ¿qué es lo que se quiere cambiar en esa constitución? ¿Qué hay en ella de malo para cambiarla por otra?

Pues los políticos que promueven estos cambios, lo que sostienen para tal efecto son sofismas. El primero de ellos, referido a quién gobernaba el Perú cuando se elaboró y entró en vigencia la actual carta política de 1993. Pues, como era Alberto Fujimori, entonces ¡qué horror, un dictador!, motivo suficiente para derogar esa constitución. Ésta es una falacia absoluta. Y voy a poner ejemplos desde mis predios del derecho civil.

¿Quién gobernaba en Alemania cuando entró en vigencia el BGV de 1900? Pues nada menos que el Kaiser Guillermo Segundo. Se trataba de un imperio con cámaras de representantes, pero en el cual el poder de los militares era incontestable. En 1918, si bien formalmente Alemania siguió siendo un imperio, el emperador había abdicado y abandonado el país al perder la Primera Guerra Mundial, habiendo terminado el Imperio alemán, con la instauración de la llamada República de Weimar. Luego, en 1933 llegaron los nazis al poder y en 1949, Alemania terminó dividida en dos Estados: Alemania Federal (Estado democrático) y la República Democrática Alemana (Estado títere de la Unión Soviética). Por lo demás, a los Estados totalitarios siempre les ha gustado llamarse democráticos y falsear el contenido de esta palabra.

¿Quién gobernaba Italia, en 1942, cuando se promulgó el Código Civil, cuyas bondades traspasaron rápidamente sus fronteras y que sirvió de modelo a tantos otros cuerpos normativos, entre ellos, el boliviano de 1976, el peruano de 1984 y el paraguay de 1987? Pues nada menos que el Rey Víctor Manuel Tercero y Benito Mussolini. Y ese Código sigue vigente, y de él solamente se ha derogado los pocos preceptos que tenían que ver con las absurdas y abominables distinciones en torno a las razas. Y, nótese que Italia no es un reino desde 1946 y que el fascismo dejó de gobernar el último territorio que le quedaba bajo control en abril de 1945.

Y, por último, no sólo por quién gobernaba, sino, además, por quien fue el activo promotor del Código Civil de su país, Francia, entre 1803 y 1804, pues nada menos que el Emperador Napoleón Bonaparte, el hoy controvertido personaje, cuya figura ha sido recordada la semana pasada, al cumplirse doscientos años de su muerte. Francia, como todos sabemos, se rige hoy por la constitución fundadora de su Quinta República, promovida por el presidente Charles de Gaulle en 1958. Y, no obstante todo lo que ha cambiado el modelo político francés desde Napoleón, ella sigue luciendo orgullosa el Código Civil, que incluso lleva el nombre del famoso emperador.

Estos tres cuerpos normativos han tenido muchas reformas, pero en su estructura todos siguen vigentes y, a nadie se le ocurriría, hablando en serio, naturalmente, promover su derogatoria sólo por el hecho de que fueron promulgados por gobiernos que representaban signos políticos o regímenes ampliamente superados por la historia.

Lo mismo debería pasar con las constituciones. Nadie debería haber usado en Chile (a pesar de que se ha hecho con intensidad) el argumento de que la constitución de 1980 fue elaborada cuando gobernaba Pinochet o que hay que derogar la constitución peruana, porque en 1993 gobernaba Fujimori. Pero, lamentablemente, no estamos en el terreno de los Códigos Civiles, cuerpos normativos que no despiertan pasiones e iras, sino en el de las constituciones, las mismas que tienen que ver con el armazón político de los países, con los derechos que se reconocen a las personas y, fundamentalmente, con el poder.

Pero, aun así, cuando discutamos con alguien que proponga la sustitución de una carta política, lo primero que le tenemos que preguntar es si la ha leído. Estoy convencido de que el 99% de personas de nuestros países no ha leído ni siquiera parcialmente la constitución. Pero incluso si su respuesta fuera afirmativa, luego le tendríamos que interrogar acerca de qué aspectos de esa constitución considera que restringen derechos o constituyen preceptos verdaderamente antidemocráticos.

Lamentablemente, quienes proponen las reformas o sustituciones constitucionales en América Latina, no lo hacen en busca de mayores libertades para sus pueblos, sino para retener el poder y distorsionar el sistema democrático.

Pruebas al canto.

Si una constitución recoge un sistema abiertamente democrático con un congreso en el que los ciudadanos están representados; y se propone variar esa representatividad, otorgando mayores proporciones a determinados sectores sociales, pues esa propuesta será, abiertamente antidemocrática.

Si una constitución recoge actualmente la alternancia en el poder, la no reelección inmediata y se propone distorsionar ese modelo, sustituyéndolo por otro en el que sí quepa la reelección inmediata del presidente de la República, con todo el abuso del poder que ello implica en América Latina, no hay duda de que esa propuesta será abiertamente antidemocrática.

Si una constitución recoge un régimen económico de libre empresa y se piensa cambiarlo por otro en el cual el Estado se convierta en el gran empresario

y los ciudadanos, en materia de economía, pasen a ser una especie de súbditos, entonces, esa propuesta implicará una clara reducción de los derechos de las personas.

Si una constitución contempla un régimen de libertad de opinión y de libertad de prensa y se propone un modelo constitucional en el que la censura previa o posterior de parte del Estado reine en esta materia, no cabe duda de que estaremos perdiendo la democracia y estaremos instaurando un régimen dictatorial.

Si la constitución actual contempla un Poder Judicial independiente, un tribunal constitucional también independiente, y eso se quiere cambiar, entonces, esa propuesta implica perder libertades y derechos ciudadanos.

Si los jueces son elegidos por órganos independientes que se encargan de su evaluación y ello quiere ser cambiado para que los jueces los escoja el propio gobierno o la población, en voto directo, la justicia se volvería plebiscitaria, y ello sería lo más alejado de la justicia.

Todos los aquí presentes, pertenecemos a las Academias de Derecho de nuestros países, y las Academias están integradas por juristas curtidos en el juego democrático. Todos nuestros países han padecido dictaduras y varios de ellos las padecen en la actualidad. Entonces, a nosotros no nos van a engañar los ropajes democráticos de los lobos vestidos de corderos.

Siendo esto así, quiero formular una pregunta de difícil respuesta; y ésta es si los demócratas de América Latina debemos tolerar que participen en nuestras democracias, movimientos que planteen transformar las constituciones vigentes, es decir, llegar al poder con una constitución y asentarse en el poder con otra hecha a su medida, sin pasar por los cauces constitucionales que la propia constitución política prevé para su reforma.

Les confieso que nunca olvidaré el rostro compungido del presidente Rafael Caldera de Venezuela, en el acto de asunción de mando de Hugo Chávez, en 1999, en el que éste último prestaba juramento sobre la que él mismo denominaba como «moribunda constitución». Cómo se criticaba que esa constitución hubiese permitido un largo período de bipartidismo en Venezuela, como si ello hubiese sido malo. ¿Acaso la nueva constitución permitió siquiera la existencia de dos fuerzas políticas distintas que se pudieran alternar en el poder? Pues claro que no, si lo que se instauró fue una dictadura.

En esta materia, creo que la democracia tiene su punto más débil. La democracia es «tan democrática» que acepta que en ella lleguen al poder, por la vía de los votos, grupos que, precisamente, buscan aniquilar la Democracia e instaurar una dictadura.

Creo que los países deben hacer uso de las normas legales que les permitan, precisamente, poner fuera de la legalidad a aquellos grupos totalitarios que, si llegaran al poder, precisamente nos pondrían a todos los demás fuera de la legalidad. Yo lo veo como «o los totalitarios o los demócratas». Se trata de un tema de supervivencia. No se trata de un tema de votos, se trata de cómo mantener el sistema democrático a flote.

Se me podrá decir que cómo es posible mantener el sistema democrático a flote si, precisamente, los votos mandan que ganen las fuerzas totalitarias y eso habría que respetarlo.

Pues yo creo que la democracia es un valor tan sagrado, que es, precisamente, el único que nos permite a todos convivir en paz, sin dispararnos balas los unos a los otros. Estoy convencido también de que cuando las fuerzas totalitarias llegan al poder a través de los votos, lo que van a tratar de hacer es falsear el Estado democrático de derecho. Y ese nuevo régimen, amparado por una nueva constitución falsaria y verdaderamente antidemocrática, lo único que va a lograr es la cada vez mayor entronización de esos grupos en el poder y, a la corta o a la larga, la proscripción, sea de hecho o sea de derecho, de las fuerzas opositoras, a la par que la cancelación de las libertades ciudadanas y de la libertad de empresa y de la prensa libre, la misma que quedará relegada a transmitir por Internet, naturalmente, desde terceros países.

Entonces, qué hacer, cómo evitar que pase todo esto, cuyo libreto lo conocemos hasta el hartazgo, llevado adelante por dictadores que son, precisamente, los que más hablan de democracia en sus discursos, recordándonos la plena vigencia de esa vieja frase que reza: «dime lo que te sobra y te diré lo que te falta».

Por otra parte, creo necesario señalar que las democracias deben ser muy cuidadosas en no permitir la judicialización de la política. Esto, que ha venido ocurriendo en varios países, entre ellos el mío, ha determinado que desfilen por los órganos fiscales de investigación, una serie de políticos, de las más variadas tendencias, que no son acusados de recibir prebendas retribuidas por actos de gobierno, cuando estuvieron en el poder, vale decir, las típicas coimas. Me refiero a los políticos que están siendo acusados injustamente por haber recibido dinero

de empresas que hoy están cuestionadas por otros actos delictivos, y que contribuyeron a sus campañas electorales, precisamente, cuando eso no era delito y cuando sobre ellas no pendía cuestionamiento alguno. Todos ellos están siendo acusados de una multiplicidad de delitos, empezando por el alucinante delito de lavado de activos, supuestamente cometido por receptores de dinero que confiaban en la licitud de la procedencia del mismo y que no tenían razón alguna para dudar al respecto. Pero en otro momento hablaremos de la fungibilidad del dinero.

Bueno, queridos colegas y amigos, ¿saben qué ha ocasionado todo esto? Muy sencillo, que las principales fuerzas políticas del Perú o hayan desaparecido del plano electoral o se hayan visto reducidas a su mínima expresión, lo que ha dado lugar al ingreso a la política de una serie de aventureros, conocidos o desconocidos, sin ninguna vocación o arraigo democrático.

Esto ha determinado que, de los cinco primeros lugares en las elecciones presidenciales de este año, tres hayan sido ocupados por movimientos políticos aluvionales, que era la primera vez que participaban en estas lides; y que de los dos que han pasado a la segunda vuelta, uno de ellos sea uno de esos movimientos, por poco pasados a la ilegalidad por la judicatura (sin estar acusados por actos del gobierno de Alberto Fujimori, sino por recepción de fondos de campaña) y otro sea un movimiento integrado por personas y grupos de muy dudosa o nula trayectoria democrática y, además, con la clara vocación de cambiar de constitución por otra con todos los vicios antidemocráticos que he mencionado. No nos hemos dado cuenta, pero las elecciones sin partidos políticos de verdad y de trayectoria de respeto a la constitución y sin actores comprometidos con el sistema democrático, también constituye un falseamiento de la democracia.

La inmensa mayoría de medios de prensa, que durante los últimos cinco años hizo escarnio de las penurias judiciales de una candidata, terminó apoyándola, en la medida de que veían en ella la última tabla de salvación del modelo constitucional y del régimen económico de economía social de mercado.

Creo, entonces, que los medios de prensa siempre debieron ser muy cautos con respecto a la voracidad y protagonismo fiscal y judicial y dejar que esos procesos siguieran su curso, sin destruir a las figuras públicas comprometidas que nunca habían llegado al gobierno.

Por lo demás, también creo que es parte del falseamiento del Estado democrático de derecho la existencia de leyes que atemorizarían al propio Robespie-

rre, del abuso en materia de ominosas detenciones preventivas y de abusivas detenciones preliminares, las cuales, alegremente, pueden meter en la cárcel a personas que ni siquiera han tenido juicio previo, por dieciocho o treinta y seis meses. La democracia no puede abusar de sus poderes, ni hacer de los mecanismos de administración de justicia instrumentos de coacción de quienes no piensen como los gobernantes de turno, lo que, indirectamente, implica una complicidad para destruir a los enemigos políticos. Esto también es falseamiento del Estado de derecho, queridos amigos.

La democracia se debilita cuando parece un remedo del circo romano, en donde el público aplaudirá más cuando corra más sangre en la arena del coliseo. Esto tampoco es Estado de derecho. Esto es falseamiento del Estado de derecho. Y en el Perú hoy estamos pagando las consecuencias, de haber apoyado todo ese espectáculo mediático. En buena cuenta, todos estamos viviendo las consecuencias del falseamiento del Estado de derecho.

Y ni se piense que en esta futura segunda vuelta tendré intereses personales en juego. Nada más alejado de la realidad. Pertenezco a uno de esos viejos partidos neutralizados por la administración de justicia, sin haber gobernado un solo día, y que, en las últimas elecciones, incluso, ha perdido la inscripción, el Partido Popular Cristiano, la democracia cristiana de mi país.

Quiero terminar reflexionando acerca de algo. Y es que muchas veces nos sentimos cómodos en democracia, cuando ella favorece nuestros intereses o nuestros anhelos. Ahí exigimos el respeto de las reglas de juego. Pero cuando la democracia no nos favorece, en lugar de respetar el sistema, lo debilitamos a nuestra conveniencia. Lo minamos, para que el mismo se ponga a nuestro servicio. Como reza esa vieja expresión, de origen discutido, «A mis amigos, todo; a mis enemigos, la ley». Eso es falseamiento del Estado de derecho en su más pura expresión.

Como también lo ha sido el creer que cuando alguno de nuestros últimos presidentes cerró el Congreso de la República, se trató de una medida legítima y no de una burda toma del poder, poniendo como excusa el que no se le diera la razón en todo y una maniobra, de lo más desembozada, para impedir que el Congreso, en pleno ejercicio de sus funciones, elija a los nuevos integrantes del Tribunal Constitucional.

El mismo falseamiento del Estado de derecho se produjo, luego de que el nuevo Congreso, cuya elección tanto promovió ese presidente, lo vacó por in-

capacidad moral, momento en el cual sus seguidores, apoyados por la prensa, no tuvieron mejor idea que tomar las calles y precipitar la caída del nuevo presidente elegido por ese mismo Congreso; todo para que el Congreso tratara de reivindicar al defenestrado mandatario.

Sólo cuando vieron que ello era imposible, aceptaron que se nombrara a otra persona, como fue el caso de Francisco Sagasti, un académico que nunca pretendió ser presidente y que terminó asumiendo el cargo en la peor de las crisis, precisamente, como consecuencia de que en el Perú ya se había venido falseando el Estado de derecho hasta límites insospechados.

Entonces, como nos pasamos la historia falseando el sistema democrático y el Estado de derecho, no nos damos cuenta de que ello implica jugar con fuego. Es evidente que algún día nos vamos a quemar.

Venezuela: El falseamiento constitucional de los Derechos Económicos

CECILIA SOSA GÓMEZ*

I. El falseamiento constitucional

En Venezuela, el falseamiento constitucional se produce a partir de que se aprueba mediante referendo popular la Constitución de 1999, la cual establece un régimen político (democracia representativa y participativa); cuyo fundamento es el pueblo con autodeterminación e independencia; que garantiza la libertad y el ejercicio de los derechos humanos y, establece la división de los poderes y la jerarquía constitucional; sin embargo, de manera paulatina e inadvertida se le utiliza **para cambiar el rumbo hacia el llamado Socialismo del Siglo XXI** por quienes ejercen el poder político manipulando los mecanismos institucionalmente establecidos en la propia Constitución, deformándolos en su contenido, con el fin de destruir las instituciones y todo el andamiaje constitucional, terminando así con la democracia, dando la apariencia que la cumplen a cabalidad cuando la finalidad es instaurar otro modelo de Estado.¹

* Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ “El principio de separación de poderes”, en Allan Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (coords.), *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales*. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020.

En el marco de la actual crisis sistémica venezolana, tiene lugar un conflicto entre dos proyectos políticos que han dividido profundamente a la sociedad venezolana: uno de carácter democrático encarnado en la Constitución de 1.999 (El Estado Constitucional Democrático bajo la cláusula del Estado Democrático social de Derecho); y otro, de carácter hegemónico o totalitario, que postula la denominada “revolución” (Estado Comunal Socialista).²

Este proceso de distracción paulatina de la sociedad dirigido desde el Poder Ejecutivo Nacional con el apoyo estratégico de Cuba, comenzó a manipular las normas de la Constitución para destruir el principio de representatividad, ya que ahora los “electos” no están para representar a quienes los eligieron sino a los intereses del plan político en marcha, que, además, se transformó en una estructura que succiona todos los recursos del Estado y se expande a otros países, pervirtiendo el Estado de Derecho establecido.

El mensaje permanente, la propaganda política dirigida a los electores tiene siempre el trasfondo de ofrecer que el pueblo es dueño de su soberanía y tiene el poder que siempre se le ha negado; culpando a unos partidos políticos tradicionales que ellos son los que han malbaratado y robado el dinero del pueblo, y que tales representantes no han trabajado para la población, sino para su propio bienestar.

Así, el falseamiento se inicia mediante el discurso, aunque siempre acompañado de la toma de más poder político. Comenzó esta estrategia invasiva por apoderarse del Poder Electoral, haciendo ver que aplicaban los criterios y principios del respeto al voto y del logro de un sistema electoral limpio y transparente, no manipulado por los partidos políticos existentes para la época.

Al dominar la integración de los rectores del Consejo Nacional Electoral se inicia el distanciamiento del sistema político original consagrado en la Constitución. Todos los que se agrupan alrededor del poder de facto en Venezuela, tienen el descaro de expresar públicamente que nunca se han apartado de la Constitución. El proceso de falseamiento continuó con la Asamblea Nacional oficialista y se consolidó tomando posesión del Poder Judicial con el Tribunal Supremo de Justicia al mando.

² Constitución Fachada es aquella cuyos postulados son engañosos, además, sistemáticamente violados. Bajo un disfraz normativo, se oculta la verdadera identidad del proceso político que se pretende desarrollar. Giovanni Sartori, *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1.992, p. 21.

A medida que avanzaba el gobierno, utilizando la reelección indefinida, el presidente de la República asume cada vez más funciones y así llegamos a la era de Nicolás Maduro quien administra, legisla y sentencia directamente o utiliza los fieles servidores colocados en los poderes públicos, ignorando totalmente los trámites constitucionales y legales que eventualmente deberían cumplirse. No sería exagerado decir que la Constitución ha dejado de existir.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional estableció tres situaciones en las que a su juicio ocurre el fraude o falseamiento constitucional. Lo expresó en la sentencia No. 74 de 25-01-2006: 1) cuando **se destruyen las teorías democráticas “mediante el Procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”**; 2) cuando se **utiliza “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido**, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por La ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un Poder legislativo ilimitado”; y 3) cuando **se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma”**, concluyendo con la afirmación de que “Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional”. En este caso particular, toda la explicación fue para negar la acción intentada y razonar por qué no existía el fraude.

Los documentos emitidos por el Tribunal disfrazados de fallos, han trastocado a nuestro juicio lo que el profesor Jesús María Casal califica como el diálogo que debe imperar entre el legislador y la justicia constitucional.³

La patología descrita, ha hecho que las sentencias se las entienda como actos políticos revestidos con la formalidad de una decisión judicial, pretendiendo tener autoridad de cosa juzgada sin que medie una litis sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad de un acto jurisdiccional, administrativo o de hecho de un órgano del Poder Público; el fin de este engaño es revestir de legitimidad ju-

³ Casal Hernández, Jesús María. “Respuestas del legislador ante la interpretación judicial de la Constitución”. En: AAVV. Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas, 2015, pp. 469-490.

rídica las actuaciones de los poderes públicos siempre alineados con la “Revolución”.⁴ Desde 2013 los fallos judiciales del máximo intérprete de la Constitución se han convertido en instrumentos que no responden a los valores y principios republicanos y menos garantizan el ejercicio de los derechos humanos.

La sumisión en la que se encuentra la justicia venezolana al gobierno de facto de Nicolás Maduro, preocupa profundamente al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU), por las repercusiones que la misma tiene en las víctimas de violaciones a los derechos humanos.⁵

II. Cómo han sido desvirtuados los derechos económicos

2.1. El derecho a la libertad económica está obligado a insertarse en una concepción de Estado Social “comunal”

La libertad económica, consagrada en el artículo 112 de la Constitución, implica el derecho de participar libremente en una actividad económica lícita, la posibilidad de dedicar los recursos privados a un objetivo económico libremente escogido y, sometándose al ordenamiento jurídico que lo regule, realizar en atención a las demandas actuales y potenciales del mercado entendiendo que toda actividad empresarial y comercial tiene como objetivo obtener un lucro. El principio de libertad económica, también llamado libertad de empresa o libre ejercicio de la actividad lucrativa es una *extensión del principio general de libertad*. Es el reconocimiento expreso de la posibilidad que tienen la personas de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones o res-

⁴ Urbina Mendoza, Emilio J. La jurisprudencia del horror: las posturas argumentales de la Sala Constitucional ante el tema constituyente (marzo-mayo 2017). En estos dos párrafos cita a los autores Jesús María Casal y Ramón Escobar León, ambos individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Tomado de: http://www.ulpian.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDP_UB/149-150/r_dpub_2017_1_49-150_364-408.pdf

⁵ La falta de independencia de los jueces y fiscales fue una de las razones esgrimidas por la instancia con sede en Ginebra, Suiza (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas O.N.U.), para extender por dos años más el mandato de la Misión Internacional Independiente de Determinación de Hechos, que emitió un Informe en el cual acusó a Nicolás Maduro y a otros funcionarios de perpetrar presuntamente crímenes de lesa humanidad desde 2014.

tricciones que aquellas establecidas en la Constitución o en las leyes, debiendo éstas ser proporcionales al interés general, en el marco de la economía social de mercado.

Como la mayoría de los derechos y libertades, la libertad económica, como derivación del principio general de libertad, no puede definirse como un derecho absoluto y, por lo tanto, se encuentra sometido a varias condiciones, restricciones y limitaciones. Sin embargo, todas y cada una de esas restricciones, por ser excepcionales deben ser expresas e interpretadas de forma restrictiva, así como estar justificadas en razones imperiosas de interés general, debiendo ponderarse si el mismo resultado no puede alcanzarse a través de mecanismos menos coercitivos o acciones de hecho propugnadas desde el Poder Ejecutivo.⁶

De comprobarse la existencia de un interés general, la jurisprudencia ha exigido que la limitación impuesta no vaya más allá de lo necesario para garantizar la protección de dicho interés. En todo caso, evidentemente la libertad económica debe tutelarse judicialmente, lo que supone para llevar a cabo su ordenación, que la administración debe ajustarse a un conjunto de garantías jurídicas, so pena de resultar nulas sus actuaciones.

Así lo entendió la propia Sala Constitucional mediante sentencia de fecha 4 de mayo de 2004, señalando que:

*“de las normas antes transcritas se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe **destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador**, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar, por ejemplo, como “razones de interés social” limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la capacidad económica es flexible, dicha flexibilidad existe **mientras ese derecho no se desnaturalice**. En este sentido debe entenderse que mientras la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala solo ‘las previstas en esta*

⁶ Badell Madrid, Rafael. “Desconstitucionalización, Desdemocratización y Deslegalización en Venezuela desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Trabajo Inédito.

Constitución y las que establezcan las leyes...’ no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos, con independencia de la remisión legal a la que pueda aludir la Constitución. Lo que la Ley fundamental ofrece es un “estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitando de ningún complemento para ser operativo inmediatamente”. (destacado nuestro)

Es lo cierto que esta sentencia que se inscribe en las normas constitucionales y legales, se dicta en una etapa política en que la Asamblea Nacional estaba dominada por el oficialismo y, por tanto, tenían mayoría para aprobar las leyes que favorecieran “el proceso revolucionario”; de manera que estos criterios apegados a la preeminencia de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico daban legitimidad a lo que dijera el texto legal, de allí que no podamos considerarlo un cambio de criterio.

La Sala Constitucional desnaturalizó el derecho de libertad económica al darle un nuevo significado en el marco del Estado Social. Mediante sentencia del 23 de julio de 2009, caso “Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”, determinó que:

*“(...), los derechos fundamentales relacionados con la industria, el comercio y la producción deben sufrir un proceso de enriquecimiento, de humanización, de socialización (en el sentido de tomar en cuenta el carácter social del hombre). No se trata de que no se sigan reconociendo, **se trata de despojarlos de su impronta meramente lucrativa, de su obsesión por la eficacia, de su individualismo excluyente**”. (destacado nuestro)*

En esta oportunidad la Sala Constitucional decidió “socializar” el derecho de libertad económica y dispuso que cualesquiera limitaciones que el Estado pudiera establecer sobre éste no estaban vinculadas al interés social, sino a su relativización o ponderación con otros derechos sociales. La razón de este cambio era avanzar en la reforma constitucional rechazada por el pueblo, usando la “legitimidad” de una sentencia.

De esta forma, esta interpretación le quitó autonomía -libertad- al derecho de libertad económica, le sustrajo su elemento fundamental que es el ánimo de lucro y lo sometió a lo que el “Estado global” que significa definir el estado social (en la precitada sentencia) como aquel dispuesto a “*dirigir la marcha entera de la sociedad, y aun de modificar su estructura misma para hacerla más justa y para extender el bienestar a toda la población*” considerara “igualdad, equilibrio, justicia, promoción y protección de los derechos fundamentales”. “En suma, esta interpretación teórica del Estado social, postula la funcionalización social de la empresa privada, negando que ella pueda desarrollarse autónomamente conforme al principio de libertad, pues únicamente podrá atender las áreas que el Estado considere como anejas al interés social.”⁷

El desconocimiento de esta libertad económica, así como la imposición de un modelo socialista por parte del Tribunal Supremo de Justicia (S.C.) es violatorio de uno de los valores fundamentales que propugna el artículo 2 constitucional, el cual establece como valores superiores la libertad, la democracia, la preeminencia de los derechos humanos y el pluralismo político, entre otros.

2.2. El derecho a la libertad económica está obligado a insertarse en una concepción de Estado Social “comunal”

El Estado venezolano no garantiza, más bien ataca el ejercicio del derecho de propiedad, aun cuando lo consagra en el artículo 115 constitucional, salvo que se trate de proteger las propiedades o actividades económicas que se apropia el Estado o realizan personas cercanas o integrantes del centro del poder político, todas estas operaciones quedan en la sombra.

La Constitución dedicó en el Título VI normar “El Sistema Socioeconómico” identificando los principios que lo rigen: democracia, libre competencia, protección del ambiente, productividad, solidaridad y justicia social, para asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Agrega la norma que el Estado conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional para fortalecer la soberanía económica del país (artículo 299).

⁷ José Ignacio Hernández, “Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico”. En *Seminario de Profesores de Derecho Público*, Caracas, 2010, Disponible en: https://www.uma.edu.ve/admin_i/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf

En los últimos 21 años se ha producido la lesión del derecho de propiedad desde todos los órganos del poder público. El poder ejecutivo ha violado el derecho de propiedad a través de las vías de hecho, expropiaciones indirectas, apropiación de bienes, equipos, instalaciones y demás activos sin pago de indemnización alguna, sin intervención del juez y sin tomar en cuenta los derechos e intereses de los expropiados, abusando de sus facultades de poder público.⁸

Desde 2006 se impulsó el Proyecto de Ley de Propiedad Social, que después formó parte del texto de la Reforma Constitucional del 2007, presentada por el presidente Hugo Chávez y la que fue sometida a consulta popular y fue rechazada. Desde esa época se clasificaba la propiedad en siete tipos: pública, social, indirecta, social directa, colectiva, mixta y privada. La propiedad pública pertenece a los entes del Estado; la mixta, son combinaciones entre el sector público, el sector social, sector colectivo y sector privado; la propiedad colectiva, pertenece a grupos sociales o personas para su aprovechamiento, uso o goce común; y la propiedad privada pertenece a personas naturales y jurídicas, reconocida sobre bienes de uso, consumo, goce y disposición y medios de producción “legítimamente” adquiridos.

La reforma constitucional rechazada fue ejecutada en leyes dictadas por el presidente de la República utilizando las leyes habilitantes otorgadas por el Parlamento que participaba en transferir la potestad legislativa sin ningún control, a los fines de que se ejecutaran los contenidos en la reforma constitucional rechazada, incluyendo las leyes del Estado Comunal.⁹

Igualmente desde el poder legislativo se violentó el derecho de propiedad, mediante leyes que declaran abierta e indefinidamente la utilidad pública de bienes y servicios, dejando a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo Nacional la determinación de tales bienes; leyes que prescinden de la participación del poder

⁸ Véase la sentencia que La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por daños morales contra el portal la patilla.com”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. Disponible en: <http://allanbrewerarias.com/biblioteca-virtual/re-vista-derecho-publico-director-no-158-160-julio-diciembre-2019/>

⁹ La “... modificación de las relaciones sociales de producción... tiene que ver con la modificación sustantiva ...y en particular... el conflicto permanente en torno a la apropiación privada del trabajo, bajo la premisa del control por parte del capital de los medios de producción. Por lo tanto, en la definición de la propiedad de los medios de producción es un elemento central para diseñar un nuevo modelo productivo.” (*Exposición de Motivos de la Reforma Constitucional 2007*)

judicial en el procedimiento expropiatorio, en detrimento de las garantías, derechos e intereses de los particulares; leyes que regulan a la expropiación como mecanismo para sancionar infracciones legales; en general leyes que disminuyen los atributos de uso, goce y disposición de la propiedad.

Desde el poder judicial también se ha violado el derecho de propiedad, principalmente, por la abstención de la jurisdicción constitucional en decidir su protección, ante las constantes agresiones y perturbaciones promovidas por el poder ejecutivo y frente a las disposiciones legislativas inconstitucionales; la jurisdicción constitucional ha dictado sentencias interpretativas de la Constitución que desconocen y degradan el derecho de propiedad.

Dos afirmaciones públicas expresadas por el presidente Hugo Chávez marcan el rumbo descrito. La primera **“La propiedad social debe imponerse sobre los medios de producción...”** ...La tecnología, la mano de obra, la capacitación, la organización, las herramientas, las fábricas, **todo ello debe ser propiedad del pueblo, de propiedad social...**¹⁰ La segunda, ante la Asamblea Nacional a los diez años de la Asamblea Nacional Constituyente (25 de julio de 2009) expresó: “El proceso termina...cuando hayan sido depuestas las estructuras del Estado burgués para permitir la creación de las nuevas estructuras del estado proletario”.

Ahora bien, ¿Cómo el régimen concibe este nuevo modelo de relaciones de producción planteado desde el año 2013?

- El Gobierno obtiene la propiedad por medios de actos de hecho y no de derecho.
- Cambia el paradigma: ni más ricos ni más explotadores.
- El pueblo va a administrar esa propiedad en su beneficio, conservando el Estado el control total de las actividades productivas.
- Suprimir la iniciativa privada y el régimen de trabajo individual en actividades calificadas de estratégicas por el Gobierno.
- No es la producción lo más importante; “mañana” comenzarán a producir.

Nada de estas afirmaciones se han concretado, salvo la toma de propiedades y empresas privadas, de resto el discurso continúa bajo la expresión de Estado Comunal y ciudades comunales. La gran corrupción de los funcionarios del Estado dilapidó el sector económico público y utilizó al sector privado que pudo

¹⁰ Alocución del presidente de la República en cadena de radio y televisión nacional, en fecha **8 de mayo de 2009**, a la Clausura del II Congreso Nacional de Economía Social, realizado en el Teatro de la Ópera de Maracay. Estado Aragua.

para sus intereses, existe contradicción entre el enfoque teórico y el análisis real, el sector económico del régimen está devastado, hay carencia de articulación del modelo político y del económico, el ingreso no da para suplir la falta de producción.

III. El desafío de libertad y el Estado de Derecho

Todas las estrategias, tácticas y la simulación durante 21 años para cambiar la democracia por el desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción quedo atrás. La máxima de “Todo orientado por el principio de cada cuál según su capacidad, a cada quien según su trabajo” establecida en el llamado Plan de la Patria, ya no aparece hoy en los discursos del régimen.

El contraste entre las sociedades democráticas, en los que los agentes políticos se sienten identificados con el proyecto ideológico de libertad encarnado en la Constitución, y la ocurrencia del triunfo de una parcialidad sobre otra, provoca oscilaciones en el signo de las políticas públicas siempre con anclaje constitucional; ello difiere de las sociedades bajo regímenes hegemónicos, en los que los detentadores del poder no proponen programas electorales, sino, designios ideológicos dirigidos a preservar o profundizar su orden político.

Las turbulencias a las que ha estado permanentemente asociado el proceso político venezolano, ha tenido como rasgo distintivo la imposibilidad de resolverlo a la luz de la norma constitucional, ello debido a dos razones: (i) La Constitución de 1999, ha sido para los detentadores del poder una mera fachada (Sartori)¹¹, en la que subyace su verdadero proyecto político-constitucional (el Estado Comunal Socialista), de inequívoca vocación totalitaria, y; (ii) las élites opositoras han tenido una visión meramente política (no constitucional, no institucional, no económica) del conflicto político.

Debemos entonces pasar de la necesaria concepción filosófica, sus fundamentos y el diagnóstico de la realidad, a conjugarlos con la acción que exige **instaurar el sistema democrático en consonancia con las políticas públicas y el capital**; ello pasa por saber y determinar la justa medida que permita la coexis-

¹¹ Constitución Fachada es aquella cuyos postulados son engañosos, además, sistemáticamente violados. Bajo un disfraz normativo, se oculta la verdadera identidad del proceso político que se pretende desarrollar. Giovanni Sartori, *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1.992, p. 21.

tencia con los poderes legislativo y ejecutivo en un verdadero equilibrio con la garantía de los derechos humanos, toda vez que el exceso de cualquiera de ellos sobre el judicial lleva al despotismo; y, es precisamente esto lo que, en grado extremo, padecemos y vivimos en Venezuela.

Por lo tanto, es indispensable que dispongamos de un plan para el momento en que recuperemos la democracia liberal, en el cual se contemplen mecanismos y acciones que coadyuven a que ésta no sólo se mantenga, sino que, fundamentalmente se fortalezca. El Plan tiene como misión rescatar la vigencia de la Constitución con énfasis en el principio de independencia y autonomía del Sistema de Justicia. La visión del Plan se ubica en el restablecimiento de la institucionalidad democrática del Estado de Derecho, es decir conectar con los requerimientos ciudadanos y lograr que la Justicia sea su destinatario.

Que lo anterior sea realidad y la justicia sea para el ciudadano, la esencia es garantizar el acceso a la justicia, por cuanto es lo cierto que el acceso a la legalidad estatal normalmente supone un costo y una cultura a la cual no pueden acceder sectores mayoritarios de la población que son de escasos recursos. Así, capital y democracia es una relación que merece ser repensada y equilibrar sus objetivos.

En cuanto a la corrupción que impide lograr los anteriores objetivos, desde todos sus ángulos podrá ser neutralizada por los resortes que puedan detectarla y detenerla, es por ello que se trabaja por una justicia que responda a las exigencias esencialmente del ciudadano y del abogado, en tanto que éste coadyuva en su obtención.

Quisiera concluir estas ideas exhortándonos como Academias Iberoamericanas a atender las preferencias ciudadanas, a entender lo que divide a la ciudadanía, el por qué la reticencia al compromiso democrático, la preeminencia del enojo como emoción política, la acción reactiva de la población, la desafección, el declive del uso de los partidos políticos establecidos para la participación popular, de manera de contribuir, atendiendo las variantes propias de cada país, en orientar las ejecutorias que ayuden a la transparencia en el ejercicio del poder, la garantía de protección de los derechos humanos, la seguridad jurídica, la justicia alternativa, la defensa pública, todo en función de que los ciudadanos se desenvuelvan en un sistema que les proporcione estabilidad jurídica en cada acto cívico, en cada necesidad social, en sus relaciones con el resto de la sociedad y con Estado.

Continuemos la lucha por más justicia, libertad e igualdad.

Amazonia: ¿Paraíso perdido?

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

El Paraíso bíblico se perdió, debido a la práctica de un pecado capital; y la Amazonia, el Paraíso Verde, se está perdiendo por una sucesión de pecados. Algunos capitales, con efectos irreversibles.

La Amazonia abarca el territorio de nueve países sudamericanos. Sus maravillas naturales la convierten en la mayor cuenca hidrográfica del mundo, con 25.000 km de ríos navegables, es decir, el 20% del agua dulce de la Tierra; 1/3 de los árboles del planeta y el 60% de todas las formas de vida. En Brasil, por ejemplo, hay al menos 311 especies de mamíferos, 1.300 de aves, 273 de reptiles, 232 de anfibios y 1.800 de peces continentales.

Un elemento de la riqueza de la Amazonia es su biodiversidad. Su importancia radica en que comprende las formas de vida y los genes de los individuos; así como las interrelaciones de los ecosistemas, ya que la existencia de una especie afecta directamente a otra.

Las plantas están en la base de los ecosistemas, y como florecen con mayor intensidad en zonas húmedas y cálidas, la mayor densidad se encuentra en los trópicos, como el Amazonas.

En cuanto a Brasil, la importancia de la naturaleza queda patente en el propio nombre del país, ya que deriva del nombre de un árbol, “pau-brasil”; y el nombre gentilicio, “brasileiro”, significaba originalmente “el que trabaja con el pau-brasil”.

* Miembro de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas; del Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; de la Academia Brasileira de Ciências Económicas, Políticas e Sociais; y de la Academia de Letras, Artes e Ciências. Miembro efectivo del Instituto dos Advogados Brasileiros. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador Federal del Tribunal Regional Federal 2ª Região, retirado. Ex Miembro del Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Abogado e Consultor.

El Derecho Constitucional Socioeconómico ha traducido legalmente la salvaguarda de este paradisíaco bioma amazónico para evitar que el hombre lo destruya.

El Estado de Policía ha sido superado por el Estado de Derecho, aunque revive con fuerza aún hoy en muchas partes del mundo.

El primero se basa en los principios de “*princeps legibus ac magistratum imperio solutus*” (el soberano es inmune a las leyes y al poder de los jueces) y “*quod princeps voluit legis habet vigorem* (el deseo del soberano tiene fuerza de ley).

El Estado de Derecho se basa en los principios de “legalidad”, “*legem patere quam fecisti*” (cumple la ley que tú mismo has hecho) y de “separación de poderes”, confiando legalidad a la actuación del Poder Público y sometiendo a sus órganos y agentes al control judicial.

Su primera forma fue el Estado Liberal, en el que el sujeto se convertía en ciudadano, con derechos políticos frente al aparato de gobierno.

Es el ambiente de la democracia política, en pos del desiderátum de frenar los abusos y excesos del sector público.

La evolución condujo a la socialdemocracia, que añadió la igualdad material a la formal. Tenemos entonces el Estado Social Democrático de Derecho, con una matriz constitucional: la Constitución Social.

El Derecho Social se ocupa de la protección de los más vulnerables, de los derechos transindividuales y colectivos; y, también, de la defensa del patrimonio nacional.

El medio ambiente surge como un bien jurídicamente protegido, y dentro de él, el preciado espacio ecológico, la Amazonia, tal y como establecen las Constituciones de los países participantes.

Como parte del Derecho Social, existe el Derecho Económico, ya que el Mercado es un espacio social. De ahí que se identifique una Constitución socioeconómica. La defensa del medio ambiente es, a su vez, un principio constitucional del Orden Económico.

Estado y Sociedad, Nación y Poder Público, Sector Público y Sector Privado, Gobierno y Administración Pública, ciudadanos y empresas, tienen el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado; pero, por otro lado, el deber de defenderlo.

La realidad, sin embargo, evidencia la distorsión de la Constitución por parte de estos protagonistas. Hay varios factores que contradicen el binomio “preservación/conservación”, que conducen a la degradación y destrucción, con una pérdida sustancial de superficie forestal.

Las consecuencias destructivas alcanzan porcentajes importantes en muchos países. Así, Brasil perdió alrededor del 18%, Bolivia alrededor del 8% y Colombia el 12%.

Pero estas consecuencias nocivas se extienden más allá de las fronteras de la región amazónica, afectando a la función de la selva de distribuir la humedad, que contribuye a la regulación del clima en toda Sudamérica al absorber el dióxido de carbono que provoca el efecto invernadero. Incluso se dice que sin la Selva, en la parte del Continente hasta Argentina, se formaría un cuadrilátero desértico. Esto, independientemente de los efectos negativos para otras regiones de la Tierra.

Por parte del Estado, son deletéreos: la falta de políticas públicas adecuadas y la adopción de muchas perjudiciales; la reducción de los fondos públicos; la regulación deficiente e incorrecta; la lenidad en los requisitos para el otorgamiento de las licencias ambientales, llegando a prescindir de ellas para muchas actividades impactantes; la omisión en el rol fiscalizador y, lo que es peor, la presión y represión, por parte del Gobierno, a las autoridades e inspectores que cumplen con su deber. A esto se suma, en muchos casos, la complicidad del propio sector público.

En cuanto al sector privado, en el que participan multinacionales y grandes cadenas de distribución de carne, empresas mineras, madereras, aserraderos, el abuso de poder económico y las prácticas delictivas son constantes.

Estas manchas incluyen el uso de mano de obra esclava; el agronegocio agresivo y la ganadería extensiva; la deforestación, la quema, el acaparamiento de tierras, la explotación inadecuada de minerales; la ocupación ilegal de tierras públicas para la venta fraudulenta; la afrenta a los derechos de los pueblos, las naciones indígenas, conformadas por más de doscientos mil individuos.

En efecto, son alarmantes las cifras en cuanto al trabajo realizado en situaciones análogas a la esclavitud, que está estrechamente relacionada con la deforestación. Los trabajadores viven confinados en zonas aisladas, bajo la mano de hierro de los capataces; y sometidos a jornadas agotadoras, en condiciones degradantes, sin equipos de protección. El rescate de estos trabajadores ha alcanzado ya la cifra de más de cincuenta mil víctimas.

Por su parte, los incendios no sólo afectan al ecosistema, sino que también tienen consecuencias humanas perversas: provocan graves problemas respiratorios e incluso la muerte. Resaltemos la explotación minera depredadora en la atractiva zona, rica en minerales (oro, hierro, aluminio, manganeso). Y repitamos la falta de respeto a las reservas naturales, a las unidades de conservación y preservación, a las reservas de las naciones indígenas, con una amenaza, incluso, para su supervivencia.

El volumen del comercio interior y del mercado de exportación de “madera ilegal” es aterrador, y mueve miles de dólares. Además, como ya se ha indicado, en la región amazónica existen grandes extensiones de tierras públicas que son objeto de una codicia sin escrúpulos.

Los ocupan temporalmente para venderlos ilícitamente a terceros, que los explotarán efectivamente. Este es uno de los negocios más rentables.

Una cuestión que merece la mayor atención es la que se refiere a la soberanía de los países amazónicos sobre la parte de su territorio ocupada por la Selva e históricamente codiciada por gobiernos y empresas extranjeras.

La ambición exterior se manifiesta en las reuniones internacionales y se materializa ya en el dominio de espacios que están más allá de la jurisdicción nacional; en la actuación de empresas, organizaciones supranacionales y misiones.

Recordemos que la tesis según la cual la Amazonia es el “patrimonio de la humanidad” se ha traducido en la figura del “Amazonas Hylean” (expresión introducida por el naturalista alemán Alexander Von Humboldt, en 1872). Se intentó crear el Instituto Internacional de la Región Amazónica Hilaean (Conferencia de Iquitos, 1948), patrocinado por la UNESCO.

No podemos contemplar la internacionalización de la Amazonia en el sentido imperialista: es internacional en la medida en que engloba a 9 países sudamericanos, que de hecho deberían unirse para una acción común. Hay que resistir el apetito imperialista y el avance del capitalismo rapaz.

Cabe destacar un aspecto positivo: la labor de las organizaciones de la sociedad civil en la denuncia de conductas abusivas y delitos.

Pero la Amazonia no es un Paraíso perdido; hay que buscar una sana sostenibilidad que, jurídicamente, es la garantía de los derechos adquiridos de las generaciones presentes y futuras.

Incluso se plantea la viabilidad de la deforestación cero para 2030, siempre que los actores respeten los principios y cumplan la legislación.

Como ya se ha destacado, Estado y Sociedad, Nación y Poder Público, Sector Público y Sector Privado, son los protagonistas del orden socioeconómico, y tienen plena responsabilidad en este ámbito.

Esto no es diferente en los asuntos específicamente relacionados con el medio ambiente y la preservación y conservación de la región amazónica. En esta tarea de garantizar el presente y el futuro de la Amazonia, los gobiernos son responsables, entre otras medidas, de: la correcta regulación; el fin de los subsidios a favor de los deforestadores; el fortalecimiento de la fiscalización y la represión, con énfasis en el mercado de la madera; el aumento y la defensa de las unidades de conservación y preservación; la demarcación de las tierras indígenas; el apoyo a las buenas prácticas.

Las empresas y los inversores son básicamente responsables de: la no deforestación, el respeto a la naturaleza y a las normas que la protegen; y también, por ejemplo, de boicotear a los frigoríficos que comercian con las empresas infractoras, para obligarles a mejorar el proceso de producción.

El papel de la sociedad es prestigiar la producción sustentable; desarrollar la fiscalización por entidades calificadas; la presión, junto al Poder Público, y la proposición de demandas, buscando el cumplimiento de las normas vigentes, la reforma de la legislación con su adecuación, el ejercicio riguroso de la fiscalización, para el castigo y la responsabilización de los infractores.

Sólo con buenas acciones efectivas nos redimiremos de los pecados cometidos; y podremos disfrutar del paraíso amazónico.

Está escrito en Génesis 1:26:

“Y dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza; que tenga dominio sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre las fieras, sobre toda la tierra y sobre todo animal que se arrastra sobre la tierra”.

Pero este dominio no es un sometimiento despótico y aniquilador, sino una administración consciente, con sujeción a las leyes, verdaderamente divinas, que presiden la naturaleza.

El falseamiento de la Constitución Social y Económica - Invasión de Poderes de la Unión

BERNARDO E. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO SÁNCHEZ*

El Estado de Derecho implica, el respeto al Orden Jurídico, conforme a la jerarquía legislativa de cada país, de manera que se establezca la exigencia de la democracia y la seguridad jurídica, con la supremacía del derecho, la limitación y racionalización del poder a través de la “división de poderes”; la protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, basado en los principios generales del derecho, de manera tal, que ningún; n individuo pueda ser privado de sus bienes derechos y posesión sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos, en los que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y, por lo tanto, todos individuos, tienen derecho de acudir ante los tribunales a que se les escuche y se les imparta justicia en forma pronta y expedita, por lo que todos están obligados a respetar el Orden Jurídico establecido en la Constitución y leyes que de ella emanan (Art. 17 Const. Mex.) y, en especial, las personas que deseen convertirse en servidores públicos, previo a tomar posesión del encargo, (Art. 128 Const.) están obligados a protestar (jurar) el respeto a la Constitución y las Leyes que de ella emanan, lo que implica que deben jurar respetar el Estado de Derecho plasmado en la Constitución y las leyes emanadas de ella.² Esto es, desde el más humilde de los trabajadores en

* *Presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.*

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Arts. 39, “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo...”; 40, “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal ...”; 41, “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores...”; 49, “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial ...”;

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Art. 1° “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 sus-

la Administración, hasta el cargo más alto como el de Presidente de la República.

Las autoridades están obligadas "...promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad..." (Art. 1º Const. Mex.), debiendo abstenerse de alterar derechos humanos, reconocidos por la Constitución, y en los tratados internacionales en que el país (México) haya sido parte..." (Art. 15 Const. Mex.).

penderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece..."; 5 "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos..."; 6 "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado..."; 7 "Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones..."; 9 "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito..."; 10 "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa..."; 11 "Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes..."; 13 "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."; 14 "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho..."; 15 "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte..."; 16 "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."; 17 "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...";

El Estado de Derecho implica, el respeto absoluto por parte de la autoridad, a los Derechos Humanos, y en consecuencia la autoridad tiene la obligación de velar porque se respete el derecho ajeno y, cuando sea este violado, se restituya al ofendido en los derechos menoscabados, de forma pronta y expedita, así como el respeto a las resoluciones judiciales y auxilio para que se dé cumplimiento a estas. Asimismo, están obligadas a actuar dentro del marco jurídico que regula sus funciones, ya que las facultades que le son otorgadas son limitativas.

El actuar de los individuos, y las relaciones interpersonales de convivencia se encuentran, regidos por el derecho y sometidos a él, es decir, el poder y la actividad se encuentran regulados y controlados por el derecho. Por ello “el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho positivo, pues sus órganos son quienes lo crean, a través de la función legislativa y le imprimen tal carácter, por la aplicación de una costumbre a la solución de los casos concretos”.³

De lo anterior, nos lleva a concluir que el “Estado de Derecho”, *contrasta* con todo poder arbitrario o totalitario, en el cual “la autoridad” ejerce el poder en forma discrecional para hacer frente a las circunstancias y, conseguir los fines que se proponga obtener.

Tanto en las sociedades regidas por un orden constitucional asentado en el modelo del Estado social y democrático de Derecho como en aquellas que intentan acceder a una democracia efectiva. La amenaza, en el primer caso, y el yugo, en el segundo, de la corrupción generalizada y del populismo, suponen uno de los ataques más terribles a los principios basales de la separación de poderes y de la plena protección de los derechos fundamentales.

El fenómeno -y el ataque- sin ser cuestión novedosa, en absoluto, adquieren, bajo distintos ropajes, un riesgo nuevo, de grandes magnitudes, en el mundo actual. Tanto en Europa como en Latinoamérica, los ejemplos son bien conocidos por lo que el tema parece especialmente idóneo para este Congreso Mundial de Jurisconsultos. Como afirmaba el distinguido jurista, Don Leopoldo Tolivar Alas, Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, en su magistral conferencia sobre la “Defensa contra el populismo y la corrupción, en el Congreso de Academias de Iberoamérica, en Madrid.

³ Herman Heller, “Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica México, 1912, Pág. 211, citado por Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, 13ª. Edición Revisada. 1965. P.p. 97-98.

El “populismo” surge desde el año de 494, A.C., en Roma, los plebeyos se levantaron contra la aristocracia en, por considerar incumplidas las promesas y de sostener el peso de los conflictos bélicos a cambio de un nulo acceso a los cargos más importantes del Estado. obligó a las grandes familias aristocráticas a hacer concesiones ante el riesgo de colapso de la urbe, creando dos figuras que generaron una especie de Estado dentro del Estado: la asamblea plebeya y el tribuno de la plebe.

Hubo quienes, bien llevados por una ideología que buscaba la igualdad y la justicia, bien por su ambición personal, empezaron a seducir al pueblo para ganar sus votos. Estos políticos fueron conocidos como populares, y de entre sus filas surgirían los principales populistas de la historia de la antigua Roma. Resultando el primero de ellos un nieto de Escipión el Africano Tiberio Sempronio Graco.⁴

A lo largo de varios siglos, el populismo fue adquiriendo arraigo y de ser una había servido para obtener el poder, se había transformado en una forma de mantener la paz, se convirtió en una conciencia popular al grado de que se afirmó que al pueblo solo le interesaba el pan y el circo con lo que se enterró la democracia republicana hasta la caída del imperio romano.

Como consecuencia del renacimiento y la reacción al absolutismo real, la evolución del pensamiento, la Ilustración Francesa y la Independencia Americana, se recogen las tesis de la supremacía del derecho, de la división de poderes, de la protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, con los matices propios de la región y de cada uno de los países en contra del absolutismo y, en busca de la independencia principalmente en el continente americano, lo que implica una lucha en contra del absolutismo, y la estructura y establecimiento del Estado de Derecho.

Estas figuras de la Asamblea y Tribuna de la Plebe, permanecieron, prácticamente hasta la caída de Roma, y resurge a partir de la Ilustración, y cada vez va adquiriendo mayor arraigo, y así nos encontramos que a través de procedimientos legítimos y democráticos los populistas han ido adquiriendo mayor relevancia y ocupando altos puestos en los diferentes poderes en que se encuentra dividido el gobierno del país, con lo que se ha logrado obtener el control de las

⁴ Eugène Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción de la novena edición francesa, por D. José Fernández González. Editora Nacional (Edinal, S de R.L.), México, D.F. P.P. 34, 35, s.s.

Cámaras Legislativas, como son la de Senadores y Diputados, y ejerciendo una gran presión sobre el Poder Judicial, a través de las fuerzas militares.

Ante esta situación, hemos sido testigos como en diversos países del mundo, principalmente en Iberoamérica, se han ido desmantelando muchos organismos constitucionales autónomos, adicionales a la tradicional división de poderes, quienes sin formar parte de ninguno de los poderes, gozan de autonomía, presupuesto propio, y ejercicio independiente para el ejercicio del poder, sin embargo todavía persisten limitaciones como son el nombramiento y elección de los integrantes de dichos organismos, que son electos por las Cámaras de Diputados y Senadores en los que la propuesta se basa en las cuotas en base a la representación derivada de la elección y sin tomar en consideración a las Academias y Colegios de Profesionistas, lo que trae como resultado que a dichos cargos lleguen personas carentes de experiencia y formación profesional, con las consecuentes fallas en el servicio que se comprometen a asumir.

Igualmente, como mencionábamos antes, como consecuencia de estas lagunas en el ejercicio práctico de la democracia, y en absoluta colusión entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, se han hecho reformas para eliminar organismos constitucionales autónomos, que después de muchos años se lograron establecer para beneficio de la población, llegando al grado de que en el caso concreto de México, el titular del Ejecutivo Federal, en un afán de regresar a la dictadura de partido que rigió a México durante más de setenta años, ante la gran baja de aceptación de su ejercicio presidencial y la disminución de su popularidad, ha iniciado en forma permanente un ataque a la Institución del Instituto Nacional (antes federal) Electoral, bajo violando las normas que rigen todo proceso electoral e interviene denostando al propio Instituto como una organización que se encuentra realizando planeando un fraude electoral.

El tema es extraordinario y, se sugiere a este ilustre Congreso, que se reúna nuevamente para tratar con mayor profundidad este tema, pues ante el abuso de las instituciones debemos ahondar en el mismo y hacer denuncia pública y mundial de los hechos concretos de esta situación en la que se planeen los temas para evitar el abuso que se viene viviendo.

La protección de los menores, una asignatura pendiente

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS*

Basta una sola ojeada a los datos de las organizaciones mundiales sobre la explotación infantil para reparar en que los esfuerzos normativos desarrollados desde hace más de un siglo para proteger a los niños no despliegan la eficacia esperada. No, sin lugar a dudas, no bastan.

La conocida organización *Save The Children* ha identificado siete formas esenciales de explotación infantil. Así cabe citar: (i) La trata infantil, que mueve más de 23 millones y medio de euros al año, pues la pobreza y la globalización han provocado una demanda sin precedentes de menores trabajadores; (ii) La explotación sexual, que padecen cerca de 1,8 millones de niños con fines comerciales de prostitución, pornografía y turismo sexual; (iii) Los niños soldados, utilizados para la primera línea de batalla en países como Angola, Afganistán, Sierra Leona o Sudán del Sur, teniendo algunos solo 7 años de edad; (iv) El matrimonio infantil de más 100 millones de niñas; (v) El trabajo infantil forzoso por endeudamiento con el patrón, tan común en países como India, Nepal, Pakistán y Bangladesh; (vi) Ese mismo trabajo forzado en las minas de África occidental, donde se supera la cifra de 200.000 menores y de 1.000.000 en Asia y Sudamérica. Por su parte, el trabajo agrícola es una realidad para 132 millones de menores en todo el mundo, a veces, en condiciones reales de esclavitud; (vii)

* Catedrática de Derecho Civil (1978), siendo la primera mujer en España en obtener una cátedra en dicha materia. Desde el 23 de marzo de 2017 es Vicepresidenta del Tribunal Constitucional de España. Desde julio de 2012 es Magistrada del Tribunal Constitucional. Magistrada del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (2005), convirtiéndose en la primera mujer en acceder al alto Tribunal por el turno de juristas de reconocido prestigio, y la primera mujer Magistrada en dicha Sala de lo Civil. Desde noviembre de 2011, es académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Su discurso se basó en el tema "Libertad y familia". Con fecha 11 de junio de 2019 el Ministerio de Justicia resolvió concederle la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, que le fue impuesta el día 4 de octubre de 2019

la esclavitud doméstica de más de 40 millones de niños y niñas, de los que al menos 10 millones permanecen ocultos tras las puertas de las viviendas.

Como puede observarse, los datos son a la par que aterradores, altamente preocupantes. El total de niños trabajadores (qué eufemismo), según las últimas estadísticas de UNICEF, arroja la escandalosa cifra de 250 millones. No hará falta que advierta que su dedicación a la actividad económica, como mano de obra barata, les aleja de su formación escolar con carácter prematuro y en el mejor de los casos, si mantienen la esperanza de alterar el status quo y de luchar por un futuro mejor, les obliga a compatibilizar trabajo y formación escolar. En el peor de los casos, subrayaré, el trabajo infantil puede implicar la separación de los niños de su familia, la esclavitud o ser expuestos a actividades extremadamente perjudiciales para su integridad y su salud. Por lo demás, téngase en cuenta que hablamos de una explotación que se inicia generalmente a los 5 años de edad y en el que los porcentajes entre varones y hombres no difieren significativamente.

En definitiva, nada nuevo descubro afirmando que el trabajo infantil impide que los niños tengan una infancia plena, una buena educación y un desarrollo personal sano en un entorno seguro.

Año tras año, cada 12 de junio conmemoramos el **Día Mundial contra el Trabajo Infantil** para sensibilizar a la población de la obligación de acometer acciones positivas que implementen la protección de la infancia y de la adolescencia. Naturalmente, estas iniciativas son loables, porque tienen como objetivo que los países se comprometan a **crear leyes o reforzar las que existen para evitar la explotación de los niños**. Sin embargo, ¿qué es lo que realmente sucede?

El pasado 21 de abril, y tras diez largos años de recorrido parlamentario, el Congreso de los Diputados español aprobó la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que busca la protección de todas las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y a los menores de nacionalidad española en el exterior. Según reza su preámbulo, tiene como objeto “*garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia (...) estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida*”.

Es cierto que esta nueva norma incluye avances significativos como la creación de un registro unificado de violencia, el deber de denuncia por parte de instituciones y ciudadanos, la ampliación del cómputo del plazo de prescripción de los delitos cometido contra los menores que se extiende hasta los 35 años de edad, la previsión de un proyecto de ley para la especialización de juzgados y fiscalía de violencia contra la infancia, la prevención a través de la educación o los protocolos de actuación en cualquier ámbito en el que está involucrado un niño. De entre todas estas nuevas medidas, seguramente hay una que puede resultar eficaz, y es la posibilidad de denuncia del maltrato o la situación de violencia por el propio menor, sin necesidad de que se evalúe su madurez, con la introducción de **mecanismos adaptados, seguros y confidenciales**.

No albergo duda respecto de que cualquier iniciativa legislativa, cuyo objeto sea la protección del menor, ha de ser acogida con un efusivo aplauso. Sin embargo, en nuestro país existen más de 167 normas con rango de ley atinentes a los menores, cuya cita naturalmente les ahorro, pues basta consultar el BOE introduciendo en el parámetro de búsqueda la palabra “menor”. Cabe afirmar, por consiguiente, que, al menos en España, existe un verdadero estatuto del menor, que se ha ido construyendo con solidez desde la entrada en vigor de la Constitución española. Un estatuto que se basa en el reconocimiento del menor como titular de un amplio conjunto de derechos y cuya articulación jurídica requiere una interpretación integrada de los preceptos contenidos en la Constitución, especialmente los arts. 9, 39 y 49 CE, de la normativa del Derecho de la Unión Europea, tanto el originario como el derivado, y de los convenios y tratados internacionales ratificados por España, especialmente, la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁵.

⁵ Estas son algunas referencias básicas legislativas supranacionales e internacionales Unión Europea:

- Tratado de la Unión Europea, artículo 3, 3 y 5. Protección de los derechos del niño
 - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 79,2. d); artículo 83,1. Protección de los niños.
 - Carta de los Derechos Fundamentales
 - Directiva de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2011/93/UE)
 - Directiva de lucha contra la trata de seres humanos (2011/36/UE). Prohibición de la explotación laboral infantil
 - Directiva sobre libre circulación y residencia (2004/38/CE), artículo 2, apartado 2, letra c
 - Directiva sobre jóvenes trabajadores (94/33/CE), artículo 3
- Tratados y Convenios:

No cabe duda de que el alto grado de vulnerabilidad de los menores ha hecho necesaria la existencia de un estatuto del menor, en el que el interés superior de los mismos rige como principio básico informador, siempre, eso sí, respetando su propia autonomía, que debe quedar adaptada a la edad y madurez de cada niño.

Ahora bien, a mi juicio, con legislar no basta. Podemos llenar los ordenamientos internos de normas que proclaman la protección de los menores, que subrayan la necesidad de actuar conforme a su superior interés; podemos adherirnos a los convenios y tratados internacionales que garantizan que transcurrirán su infancia y adolescencia con una sana normalidad; podemos prometer y prometer, pero si estos estatutos no ofrecen a los operadores jurídicos –a todos los operadores jurídicos- herramientas efectivas y eficaces para la protección y respeto de los derechos de los niños, quedarán siempre en papel mojado.

La existencia de un estatuto jurídico del menor, de una profusa legislación tuitiva de la infancia queriendo o no, debe hacernos reflexionar sobre la efectividad del instrumento normativo, cuando no va acompañado de la acción positiva de todos los operadores y de la sociedad en su conjunto. No olvidemos que hablamos de un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, a los particulares y desde luego al poder judicial. Hago hincapié ahora en los órganos judiciales, porque son numerosas las resoluciones judiciales en las que leo que los juzgados y tribunales, los fiscales, la abogacía del Estado no tienen entre sus instrumentos la posibilidad de crear, o mejor de generalizar, un estatus de protección más amplio del previsto por el legislador, y que se ven limitados o constreñidos por la legislación. Sin embargo, sinceramente, no lo creo.

-
- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989
 - Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).
 - Carta Social Europea (revisada), artículo 7 (derecho de los niños y adolescentes a protección)
 - Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, artículo 4, letra d)
 - Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, artículo 3, letra a)
 - Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.
 - Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

Desde el Tribunal Constitucional hemos puesto de manifiesto en muy diversas ocasiones “la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (STC 141/2000, FJ 5)”. Pero es más, hemos insistido en que deben procurarlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2). En todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, hemos advertido que su interés superior “inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales” (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7). Hemos subrayado hasta la saciedad que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Constitución y las normas y tratados internacionales. Hemos declarado que cuando lo que está concernido es un niño no hay jerarquía de derechos: todos responden a su mayor interés y ninguno de sus derechos debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este principio rector. Es más, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por ello, basta ahora con recordar que dicha obligación constitucional va más allá de una mera declaración programática y que los poderes públicos y los órganos judiciales están obligados a actuar en los ámbitos familiar, social, laboral, cultural y económico del niño, y a dispensarle, en definitiva, una protección reforzada para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

En mi opinión, por consiguiente, cuando estamos en presencia de menores es indispensable leer conjuntamente los arts. 10, 24 y 39 CE, pues ello conlleva no sólo la obligación para el Estado y las comunidades autónomas de implementar políticas de acción positiva respecto a aquellos, sino que, de conformidad

con lo dispuesto en el art. 53.3 CE el reconocimiento, el respeto y la protección del principio de protección del menor deben informar la legislación positiva y la práctica judicial. En consecuencia, sobre los órganos judiciales también pesa tales obligaciones tuitivas, por lo que, en contra de la opinión sostenida por algunas resoluciones judiciales de las que antes hablaba, cuando lo que está en juego son valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional, como lo es el derecho a la dignidad de un menor, por encima de cualquier otra consideración o interés particular, el cumplimiento del mandato de protección de menores exige que sea efectivo y real, aun a costa de la atemperación de las normas procesales o del sacrificio de los legítimos intereses y perspectivas de terceros.

Finalizo ya recordando que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado este año, el 2021, como el Año Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. Intentemos, cada uno desde nuestra posición personal e institucional, que no quede sólo en una declaración programática y que en breve no tengamos que seguir aterrorizando o más bien avergonzando, con las cifras anuales que nos ofrecen los organismos internacionales.

Rule of Law in America: Judicial Independence and Political Control of Judges

World Law Congress Colombia 2021
Opening Session • Córdoba, Argentina
June 8, 2021
17:00h Madrid | 12:00h Córdoba



OPENING REMARKS



Javier Cremades
Spain

President of the World Jurist Association Worldwide
President of the



Armando Andruet
Argentina

President of the National Academy of Law & Social Sciences of Córdoba



Rafael Navarro Valls
Spain

President of the Permanent Conference of Ibero-American Legal Academies

DISCUSSION PANEL



Ruth Stella Correa Palacio
Colombia

Former Minister of Justice, Colombian Academy of Jurisprudence



Marisol Peña Torres
Chile

Former President of the Constitutional Court, Chilean Academy of Social, Political & Moral Sciences



Guillermo Barrera Buteler
Argentina

Dean of the Faculty of Law of the National University of Córdoba, National Academy of Law & Social Sciences of Córdoba



Edgardo Cáceres Castellanos
Honduras

Magistrate of the Supreme Court of Justice, National Academy of Law



Alfonso Santiago
Argentina

Director of the School of Politics, Government and International Relations of the Austral University, National Academy of Law of Buenos Aires



José Antonio Rivera Santivañez
Bolivia

Former magistrate of the Constitutional Court, National Academy of Legal Sciences



Augusto Trujillo
Colombia

President of the Colombian Academy of Jurisprudence

Introducción a la Opening Session de Córdoba*

ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (H)**

I. En el marco de las reuniones que las Academias Latinoamericanas y del Caribe, cumplieron a solicitud de la *World Jurist Association* para el Congreso Mundial de Derecho que habrá de ser realizado en la Ciudad de Barranquilla en la República de Colombia, a comienzos del mes de diciembre del año 2021, la gran mayoría de las Academias Iberoamericanas, bajo el liderazgo de la Academia de Jurisprudencia de Colombia, y la conducción de su Presidente Augusto Trujillo Muñoz, celebraron un nutrido conjunto de reuniones en las cuales se fueron delineando temas de presentación y Academias que se harían cargo de ser los anfitriones de las diversas reuniones que a manera de Opening Sessions se cumplirían.

Siendo el tema general, para el Congreso Mundial de Derecho el que se corresponde con ‘El estado de derecho’, las Academias lo precisaron al de **‘Estado de Derecho en América’** y las actividades se organizaron sobre tres temas centrales, a saber: 1) Falseamiento del estado de derecho, 2) Falseamiento económico y social del estado de derecho y 3) Independencia y Control político de los jueces en el estado de derecho.

También se definieron las Academias que serían las sedes virtuales para cada una de estas reuniones, siendo responsabilidad de cada una de ellas, la selección de los expositores y la determinación de los temas que serían abordados en orden al tópico central dispuesto para cada uno de los citados encuentros.

* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de Córdoba. Ex Presidente y Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

** Realizada el día 8.VII.21.

II. La República Argentina cuenta con dos Academias Nacionales de Derecho, la de Buenos Aires y la de Córdoba. Habiendo sido tomado el compromiso de las Academias Nacionales de Derecho de la República Argentina, de ser organizadores de alguna de las mencionadas reuniones, la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, delegó la realización, organización y sede virtual del evento en su homóloga de Córdoba. A dicha Academia Nacional de Córdoba, le correspondió organizar el evento que fue cumplido con fecha 8.VII.21 y que se corresponde con el tema 3 de los que antes han sido enunciados: 'Independencia y Control político de los jueces en el estado de derecho'.

Por otro lado, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezolana le correspondió lo concerniente a la primera de las reuniones y a la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia el tema segundo. De cada una de ellas, en este mismo tomo, se tienen las introducciones por parte de cada uno de sus Presidentes, Dr. Humberto Romero Mucci y Dr. Ramiro Moreno Baldivieso respectivamente; como así también, un buen número de las presentaciones que se realizaron en cada uno de los mencionados eventos.

III. Con la realización de la Opening Session de Córdoba se dio cierre a las actividades preparatorias que las Academias Nacionales de Derecho, en el marco de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas han cumplido como aporte al mencionado Congreso.

En la mencionada reunión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se hicieron presente, representantes de cinco Academias Nacionales, a saber: Buenos Aires (Argentina), Chile, Honduras, Bolivia, Colombia y Córdoba (Argentina) y con ello, sumadas a las representaciones de las dos sesiones anteriores de Caracas y La Paz, se ha podido constatar una participación de 11 Academias Nacionales de Derecho del continente americano, esto es, a más de las indicadas: Venezuela, Nicaragua, México, Perú, Brasil y España, todo lo cual, pone de manifiesto, el profundo interés que ha despertado para las Academias Nacionales de Derecho, sumar su aporte y reflexión al evento que sin duda, es el de mayor singularidad que en materia de derecho se ha cumplido al menos en lo que corre del presente siglo.

Que al paso hay que señalar también, la amenaza profunda que en sus estructuras básicas el estado de derecho está sufriendo los últimos años, muy especialmente en América Latina y el Caribe.

El listado completo de expositores y temas abordados en la Opening Session de la Academia de Córdoba ha sido el siguiente: Guillermo Barrera Buteler abordó el tema '*Amenazas a la independencia judicial y designación de jueces*'; Edgardo Cáceres Castellanos lo hizo sobre '*La despolitización en la selección y elección de los jueces y magistrados*'; Alfonso Santiago hizo su exposición sobre '*Responsabilidades de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales*'; José Antonio Rivera Santivañez abordó el tema '*Factores que afectan la independencia judicial*'; Ruth Stella Correa Palacio se ocupó de presentar '*El fracaso de los proyectos de reforma de justicia*' y por último Marisol Peña Torres sobre '*Responsabilidad de los jueces e independencia judicial*'.

A ello cabe agregar una palabra de introducción en el marco del Congreso Mundial de Derecho y por la World Jurist Association hiciera su Presidente, Javier Cremades; como también el Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Rafael Navarro Valls¹ y el pertinente cierre al evento y también a la totalidad de las actividades cumplidas por las Academias Latinoamericanas y del Caribe, Augusto Trujillo Muñoz.

En ocasión de nuestra presentación para la mencionada reunión, después de hacer un agradecimiento muy especial a todos los colegas Académicos que habían sumado su aporte para la mencionada reunión de Córdoba, consideramos importante destacar, que había una temática que si bien no había sido materia de expresa indicación en la propuesta; mas no por ello podía ser resignada de ser apreciada no solo como parte importante de todo planteamiento que referencie a la materia de la independencia judicial, sino que en rigor de verdad, se vuelve ella, consustancial y por ello constitutiva de la mencionada condición propia de los jueces que se nombran independientes y es la cuestión de la ética judicial². Puesto que sencillamente, sin una responsabilidad ética por parte de los jueces, no hay lugar alguno para la independencia judicial.

Ahora, mejoramos alguno de los aspectos que fueron señalados a tal respecto.

¹ Con algunos ligeros ajustes, lo hemos dispuesto a ello como palabras de apertura al presente libro (N.E.)

² Cabe agregar que en el Instituto de Filosofía del Derecho y Ética Judicial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tiene asiento el Observatorio Iberoamericano de Ética Judicial, desde donde se hace producción científica sobre el tema, además de la propiamente observacional.

IV. La sociedad civil contemporánea por un conjunto de razones que sería extenso analizar en esta ocasión, ha comprendido –como nunca antes lo hizo–, que la dimensión ética del comportamiento de los jueces, es una cuestión de la cual vale la pena ocuparse. Hoy se comprende que tanto la vida pública como la vida privada con trascendencia pública de los jueces, quedan expuestas a la sociedad y es ella, quien con razonabilidad y autoridad cívica, abrirá juicios aprobatorios o desaprobatorios por ellas³.

En la mayoría de los países que integran América Latina y el Caribe, existen instrumentos que de buena manera orientan la práctica ética de los jueces. A tal respecto solo cabe recordar que la mayoría de los nombrados Poderes Judiciales, se encuentran al amparo de la Cumbre Judicial de Iberoamérica, la cual en el año 2006 proclamó el Código Iberoamericano de Ética Judicial como orientación general para todos ellos.

Sin embargo gran parte de los mencionados Poderes Judiciales no han tenido ningún recaudo respecto a la manera de pensar en términos modernos y comprometidos, acerca de los mecanismos de cumplir la función judicial bajo condiciones de mayor eficacia y también, con criterios de mejor aceptación social y para lo cual, el mejoramiento de algunas prácticas corrientes que se cumplen es insoslayable, para con ello superar una imagen éticamente descomprometida de la práctica de la función y gestión judicial que en general sobrevuela el imaginario colectivo de las comunidades hispanoparlantes en el continente americano. Ello como tal, se torna insoslayable si acaso, se quiere pensar en un Poder Judicial que promueva mayor confianza en los ciudadanos.

La sociedad civil latinoamericana ha esperado pacientemente que sean los jueces, quienes huelga recordar, -siguiendo las tesis destacadas por Madison en *‘El Federalista’* se encuentran rodeados de garantías constitucionales: inamovilidad de sus cargos e irreductibilidad de sus salarios- puedan ellos construir desde el ejercicio de las nombradas garantías, una realización de ejemplaridad ciudadana y asumir entonces, las responsabilidades e integridad tanto en el ámbito de la función y gestión judicial como en los comportamientos públicos o privados con trascendencia pública que se espera contemporáneamente de cualquier magistratura comprometida con su labor.

³ ANDRUET, Armando (2018) *Teoría y práctica de la ética judicial*. Córdoba: Advocatus.

Sin embargo ello está muy lejos de cumplirse acorde al estado del arte en dicha materia en la mayoría de los países del continente hispanoparlante.

En particular, y colocando el acento en el Poder Judicial Federal de la República Argentina, hace muchos años que se encuentra sobre-diagnosticado de una enfermedad propia de aquellas Instituciones, en donde existe un nivel solo formal de control y una posibilidad de baja densidad a la hora de pensar en la desvinculación de sus actores del sistema judicial. Dicha patología, en realidad debería ser considerada como una especie de síndrome, que bien puede ser nombrado como el '*síndrome judicialítico*' y por ello, coexisten múltiples variables que lo explican. Entre ellas bien cabe señalar, que el capítulo de la ética judicial ocupa un lugar de relevancia en la construcción de la confianza pública⁴ y que es elemento gravitante para la determinación del mencionado desarreglo de la excelencia judicial.

Resultaría ilustrativo revisar cuidadosamente la totalidad de procesos de enjuiciamientos y destituciones que han existido, para comprobar que reflejan ellos, un número menor de casos; frente a la imagen devaluada y deteriorada – en todos los escenarios- que de la justicia existe⁵. Con ello se quiere indicar, no que deberían existir más destituciones de jueces, sino de que debería haber una mayor atención a los temas relativos a la responsabilidad ética de los jueces. Responsabilidad que no significa necesariamente destitución, sino que antes de ello, existe un espinel diversos de acciones que se pueden cumplir por parte del Consejo Nacional de la Magistratura o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para con ellos debilitar las prácticas judiciales que generan conductas indecorosas, impropias y/o inadecuadas por los jueces.

La responsabilidad ética de los jueces no es solo y necesariamente por aquellos comportamientos muy graves y que ocupan cada tanto, las portadas de los diarios y de reporte de agencias de noticias. La mayoría de esos casos rozan o son, comportamientos de naturaleza delictiva y por lo tanto, habilitan causales de enjuiciamiento y destitución sin mayor trámite. Y con ello se resuelven del modo que corresponde.

⁴ ANDRUET, Armando, *La administración de justicia y una metáfora médica – En búsqueda de la ejemplaridad judicial* en Revista La Ley, Bs.As., T. 2017-F; 944.

⁵ SANTIAGO, Alfonso (1998) *Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales*. En Santiago, A. (dir) *La Responsabilidad Judicial y sus Dimensiones*. Bs.As.: Ábaco, T.I.

Sin embargo, existen también hechos no delictivos que laceran la confianza pública y acerca de los cuales a nadie parece preocuparles –especialmente entre aquellos que tienen a su cargo el gobierno de esta materia-, y que son comportamientos impropios que afectan al decoro y la integridad judicial, como otros, mediante los cuales se ignora profesamente la restricción de la libertad de expresión que alcanza a los jueces, como también la prohibición de su presencia en determinados lugares o con ciertas personas. Todos ellos –en su medida- generan en la subjetividad del ‘*observador razonable*’ una apreciación de que dicho juez/a, está afectando con ello –o por lo menos en apariencia es lo que se muestra- el respeto a la independencia, imparcialidad e integridad que deben presidir su obrar y decir.

Consideramos que mientras los capítulos que hacen a la responsabilidad ética, sigan siendo analizados como propios de la responsabilidad administrativa disciplinaria y en consecuencia de ello, un comportamiento impropio de un juez/a –grave o simple- tenga que cumplir para su definición un trámite administrativo –que puede insumir desde unos cuatro meses a varios años-, para concluir en la aplicación de un apercibimiento, una multa o una suspensión de algunos días sin goce de sueldo; queda fuera de toda duda, que el proceso de deterioro y desintegración de la credibilidad en la magistratura continuará en un pendiente cada vez más pronunciada y terminará por ser la ética de los jueces, solo la preocupación por la cosmética judicial. Tal como se advierte en muchos ámbitos y ello lleva a la idea, de un estado de descreimiento de la función republicana de los Poderes Judiciales.

En el estado de derecho constitucional, el Poder Judicial tienen un rango incuestionado de control de los restantes poderes del Estado y dicha labor, la ejecutan los jueces y si ellos, carecen de autoridad moral en su misma función autoritativa; el debilitamiento que presentan hacia el exterior es notable y pueden con ello, en grado extremo, ser los jueces vectores de cooperación para un falseamiento de un auténtico y completo estado de derecho. La ética de los jueces, tiene centralidad en el diagrama de la construcción social y política de las instituciones y por ello, es de urgencia una reconstrucción del tejido ético de los jueces para el fortalecimiento de una mayor confianza social en la judicatura.

Por todo ello, es que hemos considerado que deberían pensarse estrategias a corto, mediano y largo plazo. Naturalmente que todas ellas están encadenadas con otros problemas de igual gravedad que aquejan al Poder Judicial Federal.

Nos estaremos refiriendo ahora, a los que alcanzan al ‘servicio de justicia’ y que se relaciona directamente con los comportamientos éticos de los jueces, tanto en lo público como privado con trascendencia pública. No abriremos juicio respecto al ‘*sistema de administración de justicia*’ –en donde se agolpan temas de infraestructura, competencia, jurisdicción y definiciones procesales-. El conjunto de ambos tópicos: servicio de justicia y sistema de administración de justicia, conforman el ‘sistema de justicia’.

El abordaje y las vías de reconstrucción ética de las magistraturas, supone la respuesta básica, nuclear y en rigor ontológica en este problema, a saber: ¿El Poder Judicial Federal, quiere cambiar para ser más confiable éticamente hablando?, o se siente cómodo siendo el que es y haciendo caso omiso, a una sociedad civil que descrea en términos globales del ‘sistema de administración de justicia’, pero especialmente focaliza su descreimiento en el ‘servicio de justicia’ de una parcela importante del Poder Judicial Federal. Hasta el momento presente, no se encuentran registros institucionales –sin perjuicio de jueces/zas federales que individualmente hacen una labor ejemplar, aunque no sean ellos tapa de ningún diario- que permitan reconocer que exista una voluntad transformativa para la realización de una justicia Federal con mayores responsabilidades éticas; el desafío es pensar, si ello puede seguir siendo de la misma manera mucho tiempo más.

Por de pronto cabe señalar, que en general los Poderes Judiciales provinciales de la República Argentina han tomado políticas más activas y comprometidas con los temas de la ética judicial –la mayoría de ellos han dictado códigos éticos-, sin perjuicio que todavía en algunas jurisdicciones se aguarda una puesta en realización de dichos cambios. En muchas ocasiones, dichas transformaciones han sido guiadas por la misma insistencia que los magistrados colocan a tal efecto sobre las cabezas del gobierno del Poder Judicial.

En otras provincias, se advierte una mejora de la realización de la ética judicial en dicho Poder Judicial –puesto que son jurisdicciones que poseen tribunales de ética judicial independientes de lo disciplinario-, lo cual no quiere decir, que no existan en ellos todavía, aspectos que deben ser remediados. Huelga decir, que aun con un eficaz modelo de atención a los comportamientos éticos de los jueces, tampoco se asegura que la totalidad de jueces/zas cumplan con el máximo estándar ético que se puede pretender; sino aspirar a que lo sea un buen número de ellos y que exista un cuidadoso control y seguimiento de los casos

fuera del estándar. Con ello, gozará de una inevitable fortaleza tal Poder Judicial. Sin ningún recaudo de este tipo, cada día, ese Poder Judicial sumará un nuevo descrédito.

Con ello decimos que sería oportuno, que el Poder Judicial Federal observara con ánimo de aprender de las justicias provinciales, especialmente en aquellas en donde se ha desmembrado la responsabilidad ética de la disciplinaria de los jueces, para emular –tanto cuanto le sea posible y quiera hacer- experiencias positivas existentes y demostradas en Poderes Judiciales provinciales. Pocas cosas en este orden no han sido ya probadas, en todo caso, habrá que encontrar los mecanismos para su implementación adecuada a la naturaleza del Poder Judicial sobre el cual se quiere trabajar dicha transformación.

De todas formas bien cabe indicar, que el activo ético no está ni en el instrumento que se puede formular o del tribunal que lo pueda implementar, sino en la utilización que de ambos insumos puedan hacer los jueces, y para lo cual se deberían fomentar estrategias de concientización ética de los jueces federales, mediante una capacitación específica y que no sea meramente teórica, sino fundamentalmente dispuesta desde la perspectiva práctica y que como tal, será el primer desafío que el gobierno del Poder Judicial Federal deberá transitar, si asume orientar un desarrollo orgánico de la senda ética de la magistratura y que no será otro, que hacer ver a la totalidad de la judicatura, que los temas éticos tienen gravitación social y esa incidencia cotiza en términos de valores morales de prestigio/desprestigio.

La sociedad argentina y seguramente también cualquier otra, aguarda con mucha esperanza a veces sin ningún optimismo en dicha espera⁶, que los Poderes Judiciales puedan hacer los giros copernicanos necesarios para que la vida decente de las personas pueda ser cumplida por todos y acorde a la medida de sus mismas condiciones.

Sin ello, no hay vida ciudadana decente, y la que se tiene, al fin no será otra cosa que una siempre al amparo de los comportamientos humillantes que los jueces que no cultivan entre sus prácticas la independencia, imparcialidad e integridad pueden imponer a todos los ciudadanos, menos aquellos, que integran la pequeña porción de los que resultan ser los inmerecidamente beneficiados de un comportamiento completamente impropio y digno del mayor de los castigos, por ser el ejercicio así cumplido uno que está en contra, de los cimientos del estado de derecho constitucional.

⁶ EAGLETON, Terry (2016) *Esperanza sin optimismo*. Buenos Aires: Taurus.

Independencia del Poder Judicial

GUILLERMO BARRERA BUTELER*

I. Introducción: Precisiones previas sobre el caso de la República Argentina

En primer lugar, aunque pueda parecer una obviedad, considero imprescindible recordar dos factores que inciden en la mirada que debemos tener para analizar el tema de la independencia del Poder Judicial en la República Argentina:

a) Que Argentina es una federación, por lo que el grado de independencia debe estudiarse, no de un Poder Judicial respecto de un Ejecutivo y un Legislativo, sino de una pluralidad de poderes judiciales locales (veinticuatro) y uno federal, respecto de los órganos ejecutivos y legislativos de cada ente miembro de la federación (provincias y Ciudad de Buenos Aires) y del Gobierno Federal, lo que ciertamente torna más compleja la tarea. Máxime si tenemos en cuenta que la función jurisdiccional ordinaria está reservada por la Constitución Nacional a los órganos judiciales locales y sólo excepcionalmente se les asigna competencia a los tribunales de la Nación en las materias y causas previstas como de competencia federal por la Constitución Nacional (arts. 116 y 121 C.N.). Se puede comprender la importancia de esta observación si a lo dicho añadimos que, por el sistema judicial difuso y oficioso de control de constitucionalidad que impera en nuestro país, los jueces locales pueden dejar de aplicar, en las causas sometidas a su jurisdicción, no sólo las normas locales contrarias a la Constitución federal o local, sino también las normas emanadas del poder cen-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular por concurso de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal en la misma Facultad. Director y profesor de la Diplomatura en Derecho Municipal de la Secretaría de Posgrado. Miembro del Comité Académico de la Carrera del Doctorado. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Decano de la Facultad de Derecho de la UNC desde del 1 de agosto de 2018.

tral (leyes, decretos y otras), de manera tal que una resolución de un juez provincial puede llegar a enervar una política del Gobierno Federal con sólo ejercer sus atribuciones.⁷

b) Que en el sistema de la Constitución Nacional Argentina el Poder Judicial y, dentro de éste, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asume un rol institucional preponderante, porque es a la vez un verdadero poder del Estado y un tribunal de garantías Constitucionales. En el sistema de pesos, contrapesos y controles recíprocos entre los órganos del poder el Poder Judicial tiene como inmensa fortaleza la potestad de controlar la validez de los actos del Legislativo (control de constitucionalidad) y del Ejecutivo (control de constitucionalidad y de legalidad). Entonces, aunque aparece *prima facie* como el órgano “políticamente más débil”⁸ es “el poder con más poder que los demás poderes”⁹.

Debo añadir que las veintitrés provincias argentinas han seguido -con matices y variantes por supuesto, pero conservándolo en su esencia- el mismo modelo de separación estricta de poderes y de control de constitucionalidad de la Constitución Federal. La Ciudad de Buenos Aires también lo hace, aunque en este caso por imperativo de la Constitución Federal¹⁰.

Por supuesto que este rol institucional destacado se muestra en grado máximo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que aparece como la cabeza de esta estructura compleja que es el Poder Judicial de la República Argentina en su conjunto, integrada como dijimos, por un conjunto de órganos que le están subordinados jerárquicamente (Poder Judicial de la Nación) y veinticuatro sistemas judiciales que actúan autónomamente. Los fallos de la Corte Suprema no son obligatorios, porque el sistema no adopta el *stare decisis*, pero evidentemente tienen una muy fuerte influencia sobre los tribunales inferiores¹¹, nacionales y

⁷ Así ocurrió, por ejemplo, cuando un juez provincial, suspendió los efectos de un decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo Nacional (DNU 522/2020) que disponía la intervención como paso previo a expropiar una empresa (Véase Res. Del 19/6/2020 del Juez de 1ª. Instancia y 2ª Nominación de Reconquista, Pcia. de Santa Fe en “Vicentin S.A.I.C. s/ Concurso Preventivo” SAIJ FA20099002). Finalmente, por Decreto 636/2020 se derogó el decreto cuestionado.

⁸ BADENI, Gregorio, “Tratado de derecho constitucional”, La Ley, Bs.As. 2010, Tomo III, pag. 692.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán; “La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales”, Ediar 1984, pag. 209.

¹⁰ El art. 129 C.N. le exige un “jefe de gobierno” que “será elegido directamente por el pueblo”.

¹¹ La Corte habla de “deber moral” o “institucional” de seguir sus lineamientos Fallos

locales, dado el carácter de “intérprete final de la Constitución Nacional” que este tribunal sostiene de sí mismo desde su jurisprudencia originaria¹² y que más recientemente ha reivindicado aún frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³

c) Esas afirmaciones respecto de la fortaleza del Poder Judicial parten de un presupuesto, explícito en las Constituciones Federal y locales: una auténtica y genuina independencia del Poder Judicial¹⁴. Sin ella, toda la construcción normativa no pasa de ser una fachada, un Estado de Derecho aparente que seguramente esconde un régimen político de otra naturaleza.

Ahora bien, un enfoque integral de la independencia del juez que se halle libre de cualquier factor que pueda ejercer presión sobre su voluntad al momento de resolver las causas, tanto los provenientes de los otros órganos del Estado, aún como de los externos (presión de la opinión pública, de los medios de comunicación, de grupos de presión, etc.). Pero las reflexiones siguientes se han de acotar a la independencia respecto de los otros poderes, porque ese es el condicionante del equilibrio propio de la república en un Estado de Derecho. Por otra parte, la mayor o menor permeabilidad del juez a las presiones y seducciones externas sobre su voluntad están vinculadas con sus condiciones personales éticas, aspecto de valoración inexcusable a la hora de la selección y designación.

La Constitución Nacional argentina ha explicitado con énfasis el principio de independencia, estableciendo la prohibición al Presidente de la Nación de ejercer funciones judiciales (art. 109 CN) y las garantías de inamovilidad “mientras dure su buena conducta” y de intangibilidad de las remuneraciones (art. 110 CN) y también lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8). Por otra parte, entre las condiciones para el goce de la plena autonomía provincial, el art. 5 CN les exige garantizar la independencia de la Justicia. Este principio y sus garantías aparecen reproducidos expresamente y reforzados en los textos de las constituciones locales. Aún cuando en alguna época, bajo la vigencia de las mismas normas constitucionales federales, existió en varias pro-

25:368 y 212:59).

¹² CSJN, 277971864, “Calvete”, Fallos 1:340

¹³ C.S.J.N.; 14/2/2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe”, Fallos 340:47

¹⁴ Karl Lowenstein dice que “constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho” (“Teoría de la Constitución”, Ariel, Barcelona, 1976, pag. 294).

vincias el sistema de designación de jueces por períodos, hoy se ha generalizado casi absolutamente¹⁵ en el constitucionalismo provincial el sistema de designación *per vitam*.

II. Principales factores que afectan la independencia del Poder Judicial

A) Factores imputables a conductas de los órganos ejecutivo y legislativo

- Fenómeno del liderazgo del Poder Ejecutivo: Este fenómeno, generalizado hoy en el mundo por razones cuyo análisis excede el marco de este aporte, ciertamente pone en tensión el equilibrio de fuerzas sobre el que reposa el Estado de Derecho republicano. Pero si al acrecentamiento de poderes en manos del Presidente se contraponen un equivalente fortalecimiento y rigurosidad en los controles, la república se preserva. Ahora, cuando ese fenómeno es aprovechado para favorecer la captación de voluntades de los jueces, sea por la fascinación que por sí produce el poder y los favores que puede acercar, sea por el temor a la pérdida del cargo, el liderazgo ejecutivo normal ha trocado en su modalidad patológica y espuria: el hiperpresidencialismo.

- Alteración del diseño constitucional originario sobre los tiempos para el recambio de los jueces: El diseño constitucional en Argentina, tanto en el orden federal como local, presupone como regla que los jueces permanecen más en sus cargos que los titulares de los otros poderes, porque si aquellos “duran en sus cargos mientras dure su buena conducta” difícilmente pueda darse el supuesto de que un Presidente o gobernador designe a un porcentaje considerable de los jueces que integran el sistema, ni -tampoco- a la mayoría de los miembros del órgano máximo de la judicatura. Pero, lo que el constituyente quiso evitar, ocurrió en nuestro país.

En efecto, el sistema funcionó como había sido diseñado durante ochenta y cinco años, desde los orígenes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el año 1947, a pesar de los golpes de estado de 1930 y 1943, porque los miembros de la Corte Suprema permanecieron en sus funciones. Pero a partir del juicio político a la mayoría de los miembros de la Corte en 1947, fue gene-

¹⁵ Sólo se mantiene la designación por un período de seis años en la Constitución de Salta para los miembros de la Corte Suprema de Justicia provincial (art. 156).

rándose la pretensión en los presidentes de tener derecho a nombrar su “propia Corte Suprema”. El gobierno constitucional de 1947 lo logró con el juicio político, el gobierno de facto en 1955 lo hizo removiendo de sus cargos por la fuerza a los ministros de la Corte anterior. Así la alternancia entre gobiernos de facto (1966/1973 y 1976/1983) y gobiernos de jure (1958/1966 y 1973/1976) traía aparejada en cada caso una renovación total de la Corte Suprema. Al iniciarse la restauración democrática también se designó una Corte nueva, pero a partir de allí las herramientas fueron distintas: en 1990 se elevó de cinco a nueve el número de miembros de la Corte¹⁶, que luego en 2006¹⁷ se redujo nuevamente a cinco¹⁸. En el año 2003, ante la inminencia de un fallo que declararía la inconstitucionalidad del régimen de pesificación asimétrica de los depósitos bancarios en moneda extranjera¹⁹, respondiendo a la arenga Presidente Kirchner, el Congreso promovió juicio político a miembros de la Corte Suprema, con lo que aquel pudo nombrar su propia mayoría²⁰ que tiempo después rechazaría el planteo de inconstitucionalidad.

En conclusión, durante el llamado “período de continuidad institucional” de la Corte (1862/1947), al cabo de ochenta y cinco años se hicieron sólo treinta y nueve designaciones de miembros de la Corte, mientras que desde 1947 hasta aquí, en setenta y tres años se han hecho setenta y cuatro, es decir un promedio de más de uno por año y el cuerpo se ha renovado de manera íntegra o mayoritaria en siete ocasiones (1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1976, 1983, 1990 y 2003)²¹. Eso sin duda no responde al diseño constitucional.

-Estructuras de poder personalistas consolidadas en algunas provincias:

A nivel de las provincias se reprodujo el problema generado por las reiteradas interrupciones del orden constitucional y retorno a éste, pero no las otras manipulaciones. Pero si puede advertirse con demasiada claridad en algunos casos, el dato fáctico de subordinación del Poder Judicial al Ejecutivo sobre la base de estructuras reales de poder consolidadas en torno a fuertes personalismos. En

¹⁶ Ley 23774.

¹⁷ Ley 26183.

¹⁸ Una experiencia similar se había dado en 1960, cuando el número se elevó de 5 a 7 (Ley 15271) y luego reducido nuevamente a 5 en 1966 por ley 16895.

¹⁹ Decreto 214/2002 P.E.N.

²⁰ Véase Telam, 20/5/2013, “El fin de la mayoría automática” ww.telam.com.ar/notas/201305/18285

²¹ Se ha tomado como fuente en este punto la obra dirigida por Alfonso Santiago (h) “Historia de la Corte Suprema Argentina”, tres tomos, ed. Marcial Pons, 2014.

esos casos, que generalmente coinciden con provincias cuyas constituciones admiten la reelección indefinida del gobernador y en las que suele haber un elevado porcentaje de la población ocupando cargos en la administración estatal, también ocurre que el mismo gobernador o sector político es quien ha designado a todos o la mayoría de los jueces, en especial los de los Tribunales Superiores o Corte Supremas locales. Todo esto bajo la fachada de ordenamientos normativos que declaman la independencia del Poder Judicial y redoblan en la letra las garantías de la Constitución Nacional.

-Manipulación en el ejercicio de potestades constitucionales: En ocasiones los denominados “poderes políticos” ejercen una clara manipulación al ejercer sus atribuciones constitucionales, valiéndose de ellas para subordinar al Poder Judicial (fin no querido por el constituyente), lo que claramente constituye desviación de poder. Mencionaré algunos casos:

Sin duda es atribución constitucional del Congreso Nacional fijar la estructura del Poder Judicial (número de órganos, competencias y procedimientos judiciales). Pero **incrementar o disminuir el número de miembros de la Corte Suprema para acomodar a su antojo las mayorías o crear simultáneamente una desmesurada cantidad de tribunales para aumentar el número de vacantes** que se puede cubrir con jueces amigos²² es un uso desviado de ella. Lo mismo ocurre cuando se desvirtúa el “equilibrio” de sectores en la integración del Consejo de la Magistratura.²³

Algo similar ocurre cuando no se cubren oportunamente las vacantes por el mecanismo constitucional²⁴. Demorar las designaciones indefinidamente o, peor aún, cubrirlas mediante procedimientos no previstos por la Constitución (traslados o subrogancias) hace que esos magistrados no gocen de inamovilidad, lo que menuda su independencia. Lo grave es que ese comportamiento se ha tornado “una constante”, un “endémico problema”, según la misma Corte Suprema, ya que en los últimos años el porcentaje de cargos en esa situación ha oscilado entre un 20% y un 30% del total de cargos de la magistratura del Poder Judicial de la Nación²⁵ y la demora promedio para cubrir una vacante es de 1327 días (3 años y medio)²⁶.

²² Véase Proyecto de Ley de Reforma Judicial del 30/7/2020, SAIJ NV25102

²³ Así la Ley 26080 cuya constitucionalidad fue cuestionada a la luz del art 114 CN.

²⁴ Según los arts. 99 inc. 4° y 114 INC. 1° Y 2° C.N. deben intervenir el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado.

²⁵ C.S.J.N., 3/11/2020 en “Bertuzzi, Pablo Daniel c/ E.N. – Amparo”, considerandos 27, 28 y 34.

²⁶ Idem, considerando 31.

-Abierta desobediencia a los fallos judiciales, incluso de la C.S.J.N.: Esta situación, la más grosera violación imaginable a la independencia e investidura del Máximo Tribunal, se ha dado en al menos un caso concreto. En el año 2009, la Corte Suprema ordenó a la Provincia de Santa Cruz a restituir en su cargo al Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia del que había sido indebidamente destituido,²⁷ pero la Provincia condenada no cumplió la sentencia. El 14 de septiembre del año siguiente, al subsistir el incumplimiento, la Corte puso en conocimiento del caso al Congreso de la Nación para que ejerciera sus atribuciones²⁸, pero éste no hizo nada.

B) Factores imputables al propio Poder Judicial

-Por defecto: El propio Poder Judicial contribuye a generar situaciones que afectan su independencia con algunas inacciones, entre las que podemos mencionar primero un uso abusivo de la doctrina de las cuestiones políticas, no como acto de prudencia, sino como evasión judicial²⁹ a eventuales situaciones de conflicto con los otros poderes, aún a costa de convalidar verdaderas lesiones a la Constitución. Así por ejemplo, con ese argumento se excluían del control judicial los procedimientos de juicio político³⁰ y ese fue el fundamento implícito de las acordadas del 10 de septiembre de 1930 y del 7 de junio de 1943 que reconocieron a los gobiernos de facto. Afortunadamente esta línea jurisprudencial está en claro retroceso.

Pero sí subsiste otra manera mucho más sutil de subordinación, que es el obrar con excesiva deferencia, más bien diría con complacencia, respecto del poder político. Un ejemplo es cómo la Corte argentina, echando mano de una jurisprudencia excepcionalísima que usó la jurisprudencia norteamericana en el contexto de la gran depresión de los años '30³¹, abrió una línea jurisprudencial³² convalidatoria de fuertes restricciones a los derechos, que mantuvo en las

²⁷ C.S.J.N., "Sosa", 20/10/2009, Fallos 332:2425 y 10/11/2009, Fallos 332:2502.

²⁸ C.S.J.N., 14/9/2010 Fallos 333:1771.

²⁹ HARO, Ricardo; "Constitución, poder y control", UNAM, México, 2002, pag. 173 y sgtes.

³⁰ CSJN, "Castellanos", Fallos 136:147.

³¹ 252 U.S. 416, 433; "Missouri v. Holland" y "Home Building v. Blaisdell".

³² A partir de "Avico c/ De la Pesa" (Fallos 172:21) la Corte entró a revisar las restricciones impuestas por sucesivos gobiernos invocando emergencia y, salvo muy pocas excepciones, siempre las consideró razonables y por ende válidas. Puede consultarse un completo

reiteradas y casi permanentes situaciones de emergencia que los sucesivos gobiernos han declarado en el país. El abuso de la emergencia como práctica habitual de gobierno casi constante fue posible gracias a la complacencia de los tribunales.

Otro ejemplo es la inexplicable demora de más de cinco años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en resolver los planteos de inconstitucionalidad de la Ley 26080 en cuanto a la violación del principio de equilibrio en la integración del Consejo de la Magistratura³³.

Por exceso: Paradójicamente, el Poder Judicial también por exceso contribuye a debilitar su propia independencia. Ese es el efecto que produce el hiperactivismo judicial, que lleva a los jueces a exceder la órbita natural de su función y pretender diseñar políticas públicas o lisa y llanamente legislar, dictando normas generales y abstractas allí donde no las hay o, peor aún, donde habiéndolas, no son de su agrado o contrarían su ideología. Esas actitudes en la mayoría de los casos vienen de la mano de una manipulación del juzgador que interpreta la Constitución haciéndole decir lo que en rigor no dice. Ese hiperactivismo favorece la judicialización de la política e invita a que las cuestiones que los políticos no pueden resolver en su ámbito, sean sometidas a decisión judicial y no puede negarse que la judicialización de la política trae aparejada su politización y ésta un menoscabo a la independencia del Poder Judicial.

III. Cuál sería el mejor mecanismo de designación y promoción de los jueces a fin de evitar su politización?

Podemos decir como principio general que cualquier sistema de designación y promoción de magistrados debe procurar garantizar dos cosas: 1) La selección por idoneidad para el desempeño del cargo³⁴ y 2) La igualdad real de oportunidades entre los aspirantes³⁵.

desarrollo sobre el tema en HERNÁNDEZ, Antonio M., "Emergencias, orden constitucional y Covid-19", Rubinzal Culzoni, 2020.

³³ "Col. Abogados C. Bs.As. y otro c/ EN" Recurso extraordinario contra Sentencia del 20/11/2015

³⁴ Art. 16 C.N.

³⁵ Art. 75 inc. 23 C.N.

La valoración de la idoneidad no ha de circunscribirse a los antecedentes y formación técnico-jurídica, sino que debe incluir prioritariamente la formación y valores éticos de los postulantes y sus condiciones personales para el desempeño del cargo (prudencia, ecuanimidad, capacidad de decisión, de conducción de equipo de trabajo, etc.).

La igualdad real de oportunidades, principio básico en todo Estado Constitucional de Derecho, ha de favorecer la más amplia concurrencia de postulantes, sin dar preferencias (ni explícitas ni tácitas) en función de sexo, condición social, filiación política, provincia o nacionalidad de origen, etc., salvo -claro está- los requisitos constitucionales para el acceso al cargo, en tanto sean razonables y compatibles con la Constitución Nacional³⁶.

No parece haber margen para dudar que importa un significativo avance el reemplazo del tradicional sistema de selección, librado puramente a la discrecionalidad de los órganos políticos, por otros en los que un órgano de integración plural -cualquiera sea su nombre- cuyos miembros (al menos la mayoría) tengan capacidad técnica para evaluar las condiciones de los aspirantes, con criterios que incluyan los antecedentes, formación y capacidad técnico-jurídica.

Las constituciones provinciales argentinas se anticiparon mucho al Gobierno Federal en incorporar el instituto del Consejo de la Magistratura, tomado de algunos sistemas parlamentaristas europeos. La primera fue la de Chaco de 1958 y desde allí se difundió en sucesivas provincias que lo adoptaron al reformar sus constituciones, hasta que la reforma constitucional de 1994 lo adoptó para el Poder Judicial de la Nación. A la fecha, dieciocho provincias y la Ciudad de Buenos Aires lo han incorporado en sus constituciones y las otras cinco lo han hecho por leyes o por decretos.

El panorama general en las provincias es muy amplio y variado. Algunas reproducen el esquema de la C.N., esto es, el Consejo elabora una terna en base a concurso y luego designa el Poder Ejecutivo con acuerdo senatorial o legislativo, en otras se elimina la intervención del Poder Legislativo³⁷, o la del Ejecutivo ya que designa el Consejo con acuerdo de la Legislatura³⁸ o esta última a pro-

³⁶ La C.S.J.N. declaró inconstitucional, ante el planteo de un argentino naturalizado, la exigencia de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de ser argentino nativo para acceder al cargo de juez de cámara. Caso "Hooft", Fallos:327:5118.

³⁷ C. de Santiago del Estero art.191.

³⁸ Chubut (art. 166), Neuquén (art. 239).

puesta de aquél³⁹. En otros casos designa el Tribunal Superior de Justicia a propuesta del Consejo de la Magistratura⁴⁰ o este último sin intervención de otro órgano⁴¹.

La integración del Consejo de la Magistratura es cuestión clave, si se quiere que contribuya a la independencia de la Justicia y no que pase a ser un instrumento de subordinación. Entre las constituciones provinciales hay gran diversidad, pero todas las soluciones contrastan fuertemente con la distorsionada integración que la Ley 26080 le ha dado al órgano federal, al establecer una clara mayoría de miembros que representan a los “órganos políticos resultantes de la elección popular”, en desmedro de los representantes de los jueces y de los abogados. Esa distorsión tiene particular gravedad porque importa un claro y evidente desconocimiento del mandato explícito del art. 114 C.N. de procurar el “equilibrio” entre las representaciones de los tres sectores, lo que es incompatible con una integración que asigna siete cargos a los representantes políticos (6 legisladores y 1 representante del Poder Ejecutivo) y seis a todos los demás en conjunto (3 jueces, 2 abogados y 1 académico). El planteo de inconstitucionalidad de esta ley, admitido en segunda instancia, hace más de cinco años está a consideración de la CSJN

En cuanto a la designación de los miembros de los órganos máximos del sistema judicial, tanto la Constitución Nacional, como las de la gran mayoría de las provincias y Ciudad de Buenos Aires han mantenido el sistema clásico de designación por el Ejecutivo con acuerdo del Senado⁴². Aquí es necesario resaltar el acierto de la Convención Constituyente de 1994 de exigir mayoría agravada de dos tercios para el acuerdo senatorial en estos cargos.

En cuanto al procedimiento de consultas y participación previo al pedido de acuerdo, establecido por el Decreto 222/2003 P.E.N., no parece aportar demasiado ya que su práctica puso de manifiesto que las objeciones, algunas en número considerable, que recibieron algunos candidatos no fueron ni siquiera atendidas por el Ejecutivo. La discrecionalidad del Presidente no se ha visto li-

³⁹ Ciudad de Buenos Aires (art. 118), San Juan (art. 206).

⁴⁰ Chaco (art. 158), Tierra del Fuego (art. 142).

⁴¹ Río Negro (art. 211 y 222 inc. 1).

⁴² Excepcionalmente le dan intervención al Consejo de la Magistratura también para estos cargos las constituciones de Chaco (158), Tierra del Fuego (142) y San Juan donde la designación la hace la Cámara de Diputados a propuesta del Consejo (206). Río Negro crea un Consejo ad hoc integrado por el Gobernador, abogados y legisladores.

mitada por este procedimiento que, en casos como el mencionado, más bien puede provocar un sentimiento de gratitud del juez designado hacia el Presidente que hizo oídos sordos a los cuestionamientos y eso trabaja en contra de la independencia.

IV. Cómo se pueden compatibilizar los mecanismos de responsabilidad de los jueces con el respeto de la independencia?

-Integración del órgano juzgador y del órgano acusador: En la medida en que la integración de los órganos juzgador y acusador refuercen la capacidad y formación técnico-jurídica de sus integrantes y se atenúe la presencia político partidaria, vamos a avanzar en la deseada compatibilización. Esta última no puede excluirse porque representa el interés colectivo, pero tampoco puede monopolizar el órgano. Así se ponen de manifiesto las deficiencias del sistema de la Ley 26080, que al contradecir el mandato explícito del art. 114 C.N. en cuanto a la integración del órgano acusador (Consejo de la Magistratura) y el espíritu del art. 115 C.N. en cuanto a la integración del órgano juzgador, subordina a los jueces a los poderes políticos. Con relación a los miembros de los órganos judiciales máximos, el rol institucional que desempeñan justifica su equiparación con el titular del Poder Ejecutivo en este aspecto (juicio político).

-Justiciabilidad de las resoluciones: Dijimos que la doctrina de no justiciabilidad de las cuestiones políticas está en franca retirada y tiende a circunscribirse a su punto justo, esto es el ámbito de lo que podemos llamar el núcleo discrecional de la decisión, los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. Sin embargo aún subsisten en los textos constitucionales normas que pretenden excluir la revisión judicial de las decisiones sobre responsabilidad política de los magistrados, tanto en la Constitución Nacional⁴³ como en las constituciones locales. La jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional⁴⁴ y de los máximos tribunales provinciales han avanzado mucho en ese sentido, pero es conveniente adecuar esas normas.

⁴³ El art. 115 C.N. cuando regula al Jurado de Enjuiciamiento, dispone que “su fallo ... será irrecurrible”.

⁴⁴ C.S.J.N., 1/6/2004, “Moliné O’Connor”, Fallos 327:1967.

-Exclusión expresa de responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias: Es un principio que doctrinariamente no se discute que el contenido de las sentencias no puede configurar jamás una causal de destitución, salvo la hipótesis de grave y manifiesta ignorancia del Derecho. Es que, dejando de lado este supuesto de excepción extrema, admitir que el Senado, la Legislatura o el Jurado de Enjuiciamiento puedan destituir a un juez por no estar de acuerdo con la doctrina jurídica que ha seguido o con los criterios de valoración de la prueba, o con la interpretación que ha hecho de la ley, la Constitución o los Tratados, equivaldría a admitir una instancia extrajudicial de revisión de las sentencias, lo que constituye la peor afrenta a la independencia judicial. ¿De qué tipo de independencia podemos hablar si el juez o tribunal puede quedar sujeto a que su decisión sea revisada por un órgano no jurisdiccional que, de no compartir su criterio podría incluso destituirlo? Reforzar esta regla, tanto desde la doctrina, como desde la jurisprudencia e incluso en los textos constitucionales sería una importante contribución a la independencia del Poder Judicial.

La independencia judicial

EDGARDO CÁCERES CASTELLANOS*

El artículo número 4 de la vigente Constitución de la República de Honduras, establece lo siguiente: *“La forma de gobierno es republicana, democrática y representativa-Se ejerce por tres poderes; Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación. -La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria. -La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria”*.

Quedan comprendidas en la anterior disposición constitucional los principios de Independencia del Poder Judicial y el de Separación de Poderes, que constituyen bases fundamentales del estado de derecho.

En la realidad, el sistema de justicia, para que mantenga su independencia, requiere de medidas que superen los principales factores que le afectan, como ser el mecanismo de selección, elección y separación de los Magistrados; los mecanismos de la responsabilidad de los jueces con respecto a su independencia; la falta de presupuesto adecuado.

En nuestro criterio, el mejor mecanismo de selección y elección de los jueces -para evitar su politización, debe sustentarse en el principio de méritos, cuyo desarrollo, presupone, como parte principal, la obtención de la judicatura por medio de la participación en concursos abiertos cuyas bases sean preparadas por entidades especializadas, en las que priven los valores de integridad, idoneidad y las calificaciones jurídicas sobresalientes.

* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Ex secretario permanente de la Conferencia Regional de Centroamérica y el Caribe de Justicia Laboral. Miembro Fundador de la Asociación Centroamericana y del Caribe de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Miembro Fundador de la Academia Nacional de Derecho. Miembro Fundador de la Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ex profesor de la Facultad de Derecho y ex secretario general de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

Como parte complementaria en su promoción, debe existir la permanente capacitación, encaminada a ejercer la judicatura con profesionalismo, independencia e imparcialidad, con conocimiento pleno de las reglas éticas que debe observar y sus obligaciones judiciales y además, tener la protección de su seguridad personal -en los casos pertinentes, la inamovilidad en el cargo hasta su forzosa jubilación, salvo las causas legales de inhabilitación o expiración del período en los casos de elección, con el goce de favorables condiciones de servicio y un suficiente y digno sueldo.

El Poder Judicial tiene la ineludible obligación, de establecer mecanismos de responsabilidad de los profesionales en el desempeño de la judicatura, que regulan su actividad, con el cumplimiento de sus obligaciones, las sanciones disciplinarias, garantías procesales y las causales claras de su destitución al no observar las reglas éticas que impone la función judicial, establecidas en Códigos de Conducta relativas a la integridad, imparcialidad, igualdad, diligencia y competencia.

En las causales claras de destitución de los jueces, debe establecerse las razones que configuren la incapacidad, notoria mala conducta y delitos que los inhabiliten en el desempeño de sus funciones, previo agotamiento de un procedimiento en que el juez debe ser oído y juzgado imparcialmente, con derecho a interponer los recursos procedentes en su defensa.

Cabe señalar que la destitución de los Jueces y Magistrados, solo debería hacerlo un órgano del Poder Judicial, legalmente facultado para ello, respetando las garantías de la función jurisdiccional, contenidas en los principios de buena fe, interpretación del derecho y la inmunidad personal por los resultados que surjan de sus sentencias o fallos.

Otro aspecto importante por considerar es la limitación institucional en los ascensos.

Hay profesionales que, por su espíritu y su conciencia, no son aptos para asumir las responsabilidades más elevadas de la magistratura judicial. No hay ningún problema en que haya jueces cuya formación y espíritu sean excelentes para servir como jueces de primera instancia. Y así ocurre en todas las carreras: militares, diplomáticas, eclesiásticas.

La carrera judicial es una pirámide a cuya cúspide deben llegar los más aptos, por sus méritos, su estudio y su sentido de responsabilidad para grandes decisiones que conciernen al Poder Judicial. Es mejor tener buenos jueces de

instancia que malos Magistrados, temerosos de asumir responsabilidades del Poder Judicial.

En el aspecto presupuestario podemos señalar lo siguiente:

1.- La falta de presupuesto adecuado.

La dotación al Poder Judicial de una asignación anual presupuestaria suficiente para atender sus necesidades funcionales y administrativas, en su actividad de impartir justicia y el ineludible cumplimiento de obligaciones de carácter internacional, constituye una condición esencial para lograr su independencia e imparcialidad en el mantenimiento del Estado de Derecho

La autonomía financiera asegura la independencia del Poder Judicial, de los demás Poderes del Estado.

La existencia de un presupuesto que no satisface las necesidades reales del Poder Judicial, se traduce en aspectos que afectan su independencia, tales como:

- a) Insuficiente personal jurisdiccional;
- b) Bajos sueldos;
- c) Limitada capacitación judicial;
- d) Retardo en los trámites procedimentales;
- e) Mora Judicial y
- f) Falta de estímulos a los profesionales pertenecientes a la carrera judicial.

Los escasos recursos financieros impiden adoptar medidas de protección integral a los Jueces y sus familias, que conocen de los casos del crimen organizado, la narcoactividad y la corrupción, así como de gozar de adecuados servicios de Seguridad Social.

En este factor que vulnera la independencia judicial, en nuestro país, hemos realizado diversas gestiones encaminadas a mejorar el presupuesto del Poder Judicial, incrementando el porcentaje constitucional del tres (3) por ciento del Presupuesto Nacional establecido en el Constitución de 1982, las que no han tenido resultado favorable, a pesar de que en conferencias como la centroamericana y del caribe de justicia laboral, celebrada en la ciudad de Tegucigalpa, municipio del distrito central, en el año del 2018, se ha declarado: "V.- Promover que en las Constituciones Políticas de los Estados Centroamericanos y del Caribe, se establezca una asignación no menor del seis por ciento (6%), de los ingresos corrientes de los presupuestos generales de ingresos y egresos de la República a los Poderes Judiciales, con entrega trimestral anticipada de las partidas presupuestas corrientes".

Para finalizar este corto trabajo sobre la independencia judicial, incluyo la iniciativa expuesta en el tema “la despolitización en la selección y elección de jueces y magistrados”, evacuado en la sesión de apertura, celebrada en la Ciudad de Córdoba, (Rep. Argentina), en fecha 8 del mes de junio del año en curso, que literalmente dice:

“en cuanto al aspecto, de la despolitización en la selección y elección de jueces y magistrados, que se me ha asignado, accionando el pensamiento platónico, me concretaré a exponer una iniciativa que elevaré a la Academia Nacional Hondureña, para su socialización y presentación al Congreso Nacional de la República, encaminada a fortalecer la independencia judicial, mediante reformas a la vigente Constitución de 1982, con la finalidad de no permitir la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en la conformación del Tribunal Supremo, para garantizar el principio de separación e independencia de los Poderes del Estado y proteger a los jueces de toda forma de injerencia política en las resoluciones que dicten, las cuales serán: Entre los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia: aumentar la edad de treinta y cinco (35) años a cuarenta y cinco (45); aumentar la titularidad de un órgano jurisdiccional de cinco (5) a diez (10) años; quince años (15) de ejercicio profesional y autopropose.

En relación a la junta nominadora, ésta debe ser integrada por representantes de instituciones o entidades académicas-científicas, como ser las Universidades de Educación Superior, las Academias Nacionales de Derecho y las Uniones de Notarios, debiendo ser su actividad, la elaboración de los protocolos de los Concursos Abiertos, evaluar los conocimientos, aptitudes y rendimientos de los postulados y de conformidad al principio de la meritocracia, seleccionar los quince (15) Magistrados que establece la ley, incluyendo institucionalmente entre ellos, un número de cinco (5) que hayan participado en la condición de Magistrados de las Cortes de Apelaciones del Poder Judicial, distribuidos en las diversas ramas jurisdiccionales, permitiendo que los Profesionales más aptos, por su estudio, mentalidad y sentido de responsabilidad, lleguen a la cúspide de la pirámide de la carrera judicial; nomina que presentará al Congreso Nacional de la República para el formal acto de su elección, quedando establecido constitucionalmente que únicamente podrán ser separados de su cargo por faltas graves disciplinarias o penales por parte del Pleno del Tribunal Supremo, conforme procedimiento interno previamente aprobado.

Cabe señalar, que en el Poder Judicial de mi país hay establecidas disposiciones para la selección de los Magistrados(as), de las Cortes de Apelaciones y Jueces (as) de Primera Instancia, mediante concursos públicos abiertos, respondiendo a principios generales básicos como ser la publicidad, transparencia, igualdad de oportunidades, establecimiento de criterios objetivos de calificación, rendición de cuentas y participación ciudadana.

La falta de independencia judicial, origina en el ámbito jurídico de la sociedad, perjudiciales consecuencias para el Sistema Democrático, similares a los de la pobreza extrema en la estabilidad social, lo que hace imperativo la participación de los académicos dando su aporte y esfuerzo por encontrar soluciones en el desarrollo sostenible de sus países y hacer prevalecer el imperio de la ley.

Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales

ALFONSO SANTIAGO*

Presentación del tema

No hace mucho alguien muy vinculado al quehacer judicial de nuestro país se atrevió a afirmar que si el XIX podía ser considerado el “siglo del Poder Legislativo” y el XX “el siglo del Poder Ejecutivo”, el siglo XXI sería el “siglo del Poder Judicial”¹.

Durante el siglo XIX la instalación del principio de la soberanía popular como fuente última de legitimidad de los sistemas de las democracias constitucionales y el desarrollo del racionalismo jurídico que veía en la elaboración de la ley el momento culminante de todo el mundo jurídico, contribuyeron a pensar en la primacía del Poder Legislativo como representante más genuino de la voluntad popular y de su producto principal que es la ley.

A lo largo del siglo XX, en particular a partir de la crisis de 1930, tiene lugar el fenómeno de la expansión del Estado intervencionista, regular y del Bienestar, lo que provoca un notable crecimiento de la Administración Pública cuya conducción y liderazgo ejerce el Poder Ejecutivo. De este modo, a lo largo de todo el siglo XX se advierte un notable crecimiento institucional del Poder Ejecutivo.

Hacia finales del siglo XX y en esta primera década del siglo XXI quienes más han crecido proporcionalmente su participación e incidencia en el proceso social y político han sido los jueces. Los ciudadanos y las organizaciones que

* *Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.*

¹ En una afirmación, con algunos puntos de contactos con lo que aquí se sostiene, señala Zagrebelsky que “así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional”, ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 36.

ellos conforman ya no sólo llevan sus demandas ante los órganos con representación política directa, sino que también las encauzan por medio de los estrados tribunalicios. La cultura jurídica de la posmodernidad es una cultura de derechos más que de normas generales y quienes están llamados a darles protección efectiva en situaciones concretas son los jueces integrantes del Poder Judicial. Por eso, se avizora proféticamente que el siglo XXI será el siglo del Poder Judicial.

Más allá de que se comparta o no esta audaz y atrevida predicción es indudable que en los últimos cincuenta años ha ido creciendo significativamente el protagonismo del Poder Judicial en el gobierno del Estado contemporáneo, tanto en nuestro país como en el resto del mundo. Se advierte una progresiva juridización y judicialización del proceso social y político. Los distintos problemas que aquejan al gobierno y a la sociedad, con mucha facilidad, se transforman en causas judiciales, cuya resolución final corresponde a los jueces².

Tras su aguda observación de la vida política norteamericana afirmaba con sorpresa Alexis de Tocqueville en su famosa obra *Democracia en América*: “No existe casi ninguna cuestión política que tarde o temprano no se convierta en una cuestión judicial”. Esa afirmación propia en su momento de la realidad norteamericana, bien hoy podría extenderse a los países donde está vigente y consolidado un sistema de democracia constitucional, ya que allí los jueces y tribunales constitucionales han aumentado de modo considerable su protagonismo institucional.

Este importante aumento relativo de la participación del Poder Judicial en el gobierno actual exigen tanto su propia mejora institucional, como la de los

² Describiendo la axiología social que con su actuación está llamado a garantizar, señala Julio Cueto Rúa que “el juez es un miembro de la comunidad, actúa como su órgano, y debe cuidar sus valores: imponer orden para facilitar la predicción de los acontecimientos y la programación del comportamiento humano; lograr y mantener seguridad para dominar los riesgos y preservar la integridad de la vida, y de los bienes; establecer condiciones pacíficas de convivencia para hacer posible el máximo despliegue de la personalidad; cuidar el poder para infundir en el seno del grupo social objetivos y finalidades comunes y para movilizar las energías requeridas para alcanzarlos; promover la cooperación para multiplicar la eficacia de la acción individual y enriquecer los medios operativos y los objetivos realizables; estimular la solidaridad para enlazar las vidas de los integrantes del grupo social de modo tal que la suerte resulte compartida, en las buenas y en las malas. Y, por último, hacer justicia, tratar a los iguales de la misma manera, remunerar en proporción a los méritos, y asegurar el equilibrio y la armonía del conjunto” CUETO RÚA, Julio, “*El buen abogado litigante*”, LA LEY 1988 C-712.

procedimiento de control, para equilibrar la ecuación constitucional que señala que “a mayor poder político, mayor responsabilidad institucional y mayor necesidad de control”³. También cabe señalar que a mayor poder también aumenta la conflictividad institucional con los otros poderes y grupos de interés que rigen en la sociedad política. El creciente protagonismo que adquiere el Poder Judicial lo transforma de “actor secundario”, en actor central de la vida política, institucional y social de su país.

El Estatuto del juez iberoamericano parece haber advertido este proceso de crecientes demandas y transformación del Poder Judicial cuando afirma en su Preámbulo: “la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades”

La responsabilidad judicial es un contrapeso necesario de la independencia judicial que la constitución garantiza a los jueces⁴. La independencia judicial encuentra su razón última de ser como garantía del justiciable, a quien se le asegura que las causas que él plantee serán resueltas por jueces independientes, imparciales y responsables. El Estatuto del Juez Iberoamericano señala los distintos sujetos ante los que se debe ejercitar la independencia judicial: los otros poderes y autoridades públicas (art. 2), los medios de comunicación (art. 3) y los superiores jerárquicos de los jueces (art. 4), a la vez que establece la necesidad del aseguramiento de los recursos presupuestarios para el adecuado funcionamiento de la función judicial (art. 6). Más allá de estas garantías institucionales, la independencia reposa en las convicciones personales que abrace el propio juez⁵.

³ “La responsabilidad de los gobernantes por sus actos y omisiones será mayor según sea más prominente la función de gobierno que ejerza, pues a mayor injerencia en la prosecución del bien común, debe corresponder mayor responsabilidad del funcionario ante la sociedad que lo ha investido”, Dictamen del Procurador General, en el caso Moliné O’Connor resuelto por la Corte Suprema el 1-VI-04.

⁴ “La independencia del juez llega hasta donde llega el Derecho, y traspuesto ese límite nace la responsabilidad: los jueces se encuentran únicamente sometidos al Derecho y ello determina a la vez un claro límite a la actuación del Estado a través de los jueces como garantía para los individuos”, voto de los Dres. Agendes, Basla, Roca y Sagüés en el caso Murature.

⁵ En este sentido, afirma Zagrebelsky: “Los jueces del Tribunal Constitucional están rodeados de altas murallas para defender su independencia: la prohibición de desarrollar actividades relacionadas con partido o asociaciones políticas; la incompatibilidad con

La Constitución española de 1978 parece hacerse cargo de la correspondencia y equilibrio necesarios entre independencia y responsabilidad judicial cuando en su art. 117 señala que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”

Sin responsabilidad institucional, característica propia de la forma republicana de gobierno, o sin mecanismos que la hagan real y efectiva, la independencia se podría convertir en un privilegio corporativo ajeno por completo a esa lógica republicana ya señalada⁶.

Tras su aguda observación de la vida y cultura norteamericana, el psiquiatra vienés Victor Frankl, sobreviviente de un campo de concentración en el que vivió durante la segunda guerra mundial, sugería a los ciudadanos de ese país que, así como habían sido capaces de construir la estatua de la Libertad en la costa este, deberían construir una estatua a la Responsabilidad en la costa oeste de su dilatado territorio. Libertad y responsabilidad son dos valores que se reclaman mutuamente para un adecuado equilibrio vital, tanto a nivel personal como social. De modo análogo independencia y responsabilidad judicial se reclaman mutuamente y son las sólidas bases sobre las que se deben asentar los poderes judiciales, de cara a los desafíos que se le presentan de cara al nuevo milenio.

cargos y empleos de cualquier género, públicos o privados; la inmunidad por la opiniones y los criterios expresados en el ejercicio de su función y la protección contra iniciativas judiciales vejatorias; la garantía del retorno al terminar el mandato al puesto de profesor o de magistrado que se ocupaba antes de asumir el cargo; el tratamiento retributivo más que adecuado para una existencia libre y digna, suyo y de su familia, etcétera. Todas estas disposiciones son importantes, pero sólo describen en un marco, un perímetro, dentro del cual hay un espacio vacío de controles e injerencias externas que toca al juez llenar de contenido en el ejercicio cotidiano de sus funciones”, ob. cit., pág. 89.

⁶ Ya Alberdi, en su proyecto de Constitución, se hacía cargo de la importancia de asegurar constitucionalmente tanto la independencia como la responsabilidad judicial, proponiendo la incorporación de los siguientes artículos al texto constitucional: Art. 94: Los jueces son inamovibles y reciben sueldo de la Confederación. Solo pueden ser destituidos por sentencia.

Art. 95: Son responsables de los actos de infidencia, corrupción o tiranía en el ejercicio de sus funciones, y pueden ser acusados.

Art. 96: Las leyes determinarán el modo de hacer efectiva esta responsabilidad, el número y calidades de los miembros de los tribunales federales, el valor de sus sueldos, el lugar de su establecimiento, la exención de sus atribuciones y la manera de proceder en sus juicios.

La indebida utilización de los procedimientos de responsabilidad judicial puede amenazar y dañar la independencia judicial. Por ello, con sabiduría institucional, el art. 19 del Estatuto del Juez Iberoamericano señala que “la exigencia de responsabilidad no amparará los atentados contra la independencia judicial que pretendan encubrirse bajo su formal cobertura”. El estudio y conocimiento de las buenas experiencias sobre el adecuado funcionamiento de los procedimientos de responsabilidad judicial en el derecho comparado, puede ser muy útil de cara a obtener ese adecuado equilibrio institucional. Habrá que estar prevenidos para que en el diseño y práctica de los procedimientos de responsabilidad judicial no se afecte la independencia judicial a la vez que se evite todo riesgo de corporativismo, en el que no existan posibilidad de que órganos ajenos al Poder Judicial pueda tener algún grado de participación en la tarea de control.

Independencia y responsabilidad no son incompatibles y es posible encontrar un adecuado punto de equilibrio entre sus exigencias. Si ello se consigue se refuerza notablemente la autoridad y el prestigio social del Poder Judicial. Para encontrar esos puntos de equilibrio es necesario ponerse en la perspectiva de las expectativas del “justiciable”, del ciudadano común hacia quien va orientado y dirigido el servicio de justicia. El reclama y exige unos jueces independientes que resuelva su caso según su leal saber y entender, superando las inevitables presiones a la que se ve expuesto todo decisor. Pero simultáneamente pide que, si los magistrados judiciales han defraudado con su conducta la confianza pública en ellos depositada, sean rápida y efectivamente sancionados y/o removidos, para de ese modo poder seguir creyendo en sus jueces y poder aceptar sus decisiones porque gozan de legitimidad.

Uno de los temas más debatidos en el ámbito de la responsabilidad judicial es examinar si los jueces pueden ser juzgados y responsabilizados por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales y cómo y de acuerdo a qué criterios debe realizarse esta tarea.

Este aspecto de la responsabilidad judicial plantea el delicado problema de encontrar un adecuado punto de equilibrio entre distintos principios básicos que informan la organización política de las modernas democracias constitucionales: la necesaria preservación de la independencia del Poder Judicial, la responsabilidad política de los gobernantes por los actos que deciden que es

propia de un régimen republicano⁷ y los principios de separación y control recíproco entre los órganos de gobierno.

En los últimos años el tema de la responsabilidad judicial por el contenido de sus sentencias ha estado muy presente en el escenario público tanto en nuestro país, como en el extranjero.

Siendo un tema complejo y debatido, conviene inicialmente exponer de modo claro y sistemático los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la posibilidad de responsabilizar a los jueces por el contenido de las sentencias.

A) Argumentos contrarios a esa posibilidad de que los jueces puedan ser removidos por el contenido de sus sentencias

a) necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces: así como para garantizar la libertad de actuación de los legisladores la Constitución les ha reconocido una inmunidad absoluta de opinión por sus dichos en ejercicio de su función legislativa, de modo análogo cabe reconocer a los magistrados una inmunidad absoluta por lo que ellos deciden en el ejercicio de su función jurisdiccional. Ello constituye una garantía imprescindible para asegurar la necesaria independencia judicial y a través de ella el Estado de Derecho⁸. Se trataría de una inmunidad funcional implícitamente establecida en la constitución para preservar la independencia de los magistrados judiciales. Ha sostenido Alfredo Palacios, defensor del juez Sagarna en el juicio político de 1947 “así

⁷ “La responsabilidad es la otra cara de la moneda de la independencia judicial. En la consecución de un adecuado equilibrio entre la real independencia de los jueces y magistrados, por una parte, y, por la otra, las formas de responsabilidad personal (civil, penal, disciplinaria y, en su caso, política) está la clave de la efectividad del poder judicial en el cumplimiento de sus funciones de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos y de control de los demás poderes”, DIEZ PICASSO, Ignacio, Poder Judicial y responsabilidad, La Ley, Madrid, 1990, pág. 9.

⁸ “La concepción de un “gobernante y laws” dominaba los pensamientos de los que fundaron esta Nación y dieron su Constitución, aunque sabían ... que las leyes tienen que ser hechas, interpretadas y aplicadas por hombres. Con ese fin, colocaron aparte un cuerpo de hombres, que habrían de ser los depositarios del Derecho y de los cuales por su disciplinada preparación y carácter y por estar libres de las sutiles tentaciones del interés privado, puede razonablemente que sean “tan libres imparciales e independientes como la naturaleza humana admita”. Tan preocupados estaban los diseñadores de la Constitución por asegurar el reinado del Derecho que dotaron a la judicatura de extraordinarias protecciones y prestigio”, Opinión concurrente del juez Frankfurter en el caso *US vs. United Mine Workers of America*, 330 US 258, 1947.

como ningún miembro del Congreso puede ser acusado, interrogado ni molestado por las opiniones que emita en el desempeño de su mandato (...) ni el Poder Ejecutivo puede atribuirse funciones judiciales (...) recíprocamente los magistrados no pueden ser enjuiciados por las doctrinas o convicciones que sustenten en sus fallos porque entonces desaparecería totalmente su independencia y quedaría abolido el principio de la separación de los poderes.”⁹

b) protección de la libertad de deliberación y decisión judicial: el establecimiento del principio de la irresponsabilidad política de los magistrados por el contenido de sus sentencias es sumamente conveniente para que el magistrado pueda resolver según su leal saber y entender los casos sometidos a su jurisdicción, sin temor a presiones actuales o futuras represalias por lo que decida en sus sentencias¹⁰.

c) zona de reserva judicial: el principio de división de poderes establecido en la Constitución Nacional reconoce una zona de reserva judicial que debe ser respetada por los otros poderes. Dentro de esa zona de reserva cabe considerarse incluida la inevitable libertad y discrecionalidad con la que los magistrados ejercen sus funciones, interpretan el derecho y deciden los casos sujetos a su jurisdicción.

d) no corresponde que se realice “la casación política de las sentencias judiciales”: admitir la responsabilidad política de los magistrados por el contenido de sus sentencias implicaría admitir la existencia de una casación política final de las decisiones judiciales¹¹. No corresponde que los órganos sin funciones jurisdiccionales formulen juicios de valor y juzguen sobre las cuestiones jurídicas

⁹ PALACIOS, Alfredo, *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, Ed. Jus, Buenos Aires, 1947, p. 252.

¹⁰ Así, la Corte Suprema ha expresado que “el fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia; fin que no se realizaría si los jueces carecerían de plena libertad de deliberación y decisión en los casos que se someten a su conocimiento. Que es obvio que este presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables...”, caso “Arigós”, Fallos, 274:415 (1969). En el mismo sentido, caso Vaccari, Fallos, 277:52; caso Anwategui, Fallos, 303:1172; caso Garzonio, Fallos, 303:1684; caso Pescio, Fallos, 303:1658, caso Lona, LL, 1979-C-466; caso Giletta, Fallos, 304:305.

¹¹ Sobre éste argumento y el mencionado en el acápite c) puede ser interesante la lectura de GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, Juicio político a los jueces de la Corte Suprema por el contenido de sus sentencias: ¿hacia una casación política de los criterios jurídicos?, LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 20-II-2004, pág. 60.

que se debaten en las sentencias. Si ello ocurre, cabe el grave peligro de que los jueces terminarían decidiendo antes o después lo que quieren los poderes políticos, ya que ellos podrían remover a los magistrados que no satisfagan sus pretensiones a la hora de la resolución de los casos judiciales. Sostiene Alberto Bianchi que “juzgar políticamente a los jueces por el contenido de sus sentencias es transmitir hacia el futuro una debilidad congénita al resto de los jueces. El juicio político ya no será entonces un elemento republicano de control del desempeño, sino una instancia revisora de las sentencias. Una suerte de corte suprema fuera del Poder Judicial”¹².

e) los errores judiciales deben ser corregidos a través de los mecanismos procesales ordinarios y no a través de los mecanismos de remoción de los magistrados: si en algún caso se detecta un error judicial manifiesto, el propio sistema judicial tiene previstos los mecanismos procesales adecuados para su revisión¹³. En ese supuesto, corresponde dejar de lado el acto lesivo o arbitrario pero no remover al magistrado que lo dictó¹⁴. Por otra parte, no sería posible encontrar una fórmula que permita identificar con certeza cuándo un juez ha adoptado un criterio acertado, desacertado o se ha apartado del derecho.

¹² BIANCHI, Alberto, “Los jueces juzgados por sus fallos”, *La Nación*, 24-VII-03.

¹³ En este, corresponde recordar que el Reglamento de Procedimiento Interno de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación -anterior al texto actualmente vigente, el que rigió hasta 1996- en su art. 11, segunda parte disponía que: “Las resoluciones judiciales que dictaren los magistrados, en los procesos sometidos a su conocimiento, no pueden ser invocadas por los interesados para fundar un pedido de juicio político. Los agravios que ellas puedan causar deberán ser subsanados en las instancias procesales pertinentes de la justicia interviniente”.

¹⁴ Sostiene Bidart Campos: “el mal desempeño no se puede fundar en las decisiones judiciales de las que ha sido autor el juez a quien se trata de imputarle no haberse desempeñado bien. Quiere decir que sus sentencias, comprensivas de toda clase de pronunciamientos emitidos en un proceso judicial, no pueden, ni aisladamente ni en conjunto, tipificar el mal desempeño, ni acaso, aunque la causa judicial haya merecido llegar a la Corte y la sentencia se haya descalificado por arbitrariedad. Tampoco si eventualmente la mayoría o todas las sentencias de un juez han sufrido ese reproche. Sentencias, malas, equivocadas, arbitrarias, inconstitucionales, no caen bajo posible enjuiciamiento político. Su corrección es privativa de los respectivos tribunales superiores y/o de la Corte mediante las vías recursivas pertinentes. Si al dictar una sentencia un juez ha delinquiró, la causal para promoverle juicio político no será el error o la falencia de su fallo, sino el delito que se consumó en relación con el fallo. Lo que esto significa es que el contenido en sí mismo de toda decisión judicial no habilita a tildar al juez que la dictó de haberse desempeñado mal”, *El daño moral inferido a un juez a quien se lo denunció impetrando su enjuiciamiento político*, ED, 137-203.

f) el art. 70 de la Convención Americana de Derechos Humanos, norma con jerarquía constitucional, señala que “no podrán exigirse responsabilidades en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones”: la aplicación análoga de esta norma de jerarquía constitucional lleva a concluir que tampoco los jueces nacionales deben responder por las decisiones que adopten localmente en el ejercicio de su función jurisdiccional¹⁵.

g) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: este tribunal, en el caso de la remoción de los integrantes del Tribunal Constitucional del Perú por oponerse a la tercera reelección del Presidente Fujimori vedada por la constitución de ese país, señaló que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiene como contenido necesario el ser juzgados por jueces independientes e imparciales que no puedan ser removidos por el contenido de sus decisiones judiciales. Esta pauta jurisprudencial de la CIDH, de acuerdo al criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina¹⁶, debe ser seguida por los órganos de gobierno locales.

h) el art. 14 del apartado B) de la ley 24.937 sobre Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento consagra expresamente “la garantía de independencia de los magistrados por el contenido de sus sentencias”: si bien esta garantía se reconoce en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, corresponde extenderla también análogamente, y aún con más motivos, a los casos de responsabilidad política.

¹⁵ El art.200 de la Constitución de San Juan dice, bajo el título “Inamovilidad e inmunidades” que “**Los magistrados y representantes del ministerio público...Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores.**” Es decir, no sólo la inmunidad de arresto (art.139 CP) sino también la inmunidad de opinión (art.138 CP) repitiendo el clásico texto: “**Los miembros de la Cámara no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones o votos que emitan en el desempeño de sus mandatos**”. A ello debe sumarse que el art. 200 de esa Constitución, ya citado parcialmente, finaliza diciendo “**Los jueces no pueden ser responsabilizados por sus decisiones, salvo en las excepciones especificadas por la ley**”. Interpreto que se refiere a las causas de remoción explícitamente previstas en la Constitución: “delitos en el cumplimiento de sus funciones”, “falta de cumplimiento de los deberes a su cargo”, “delitos comunes” (art.219 CP en los casos de juicio político) o, además, “desconocimiento reiterado y notorio del derecho”(arts.229 y 233 CP, en los casos de competencia del Jurado de Enjuiciamiento).

¹⁶ cfr., entre otros, casos Ekmekdjian, JA, 1992-III-199; Girolodi, LL, 1995-D-461; Bra-majo, LL, 1996-E-409; Brusa, CS, 11-XII-03; Arancibia Clavel.

i) la práctica institucional norteamericana: la práctica institucional bicentenaria de los Estados Unidos, desde el caso del juicio político del juez Chase de la Corte Suprema en 1804, ha establecido la clara inconveniencia para la independencia judicial de que los magistrados tengan que responder políticamente por el contenido de sus sentencias. Un criterio similar ha seguido la House of Law en Inglaterra: cfr. *Miller vs. Hope*, April, 1, 1824. También cabe mencionar aquí cuál fue el criterio que finalmente predominó en el caso *Romer Six* a fines del siglo XX.

j) la admisión de la responsabilidad de los magistrados por el contenido de sus sentencias promovería y alentaría indebidamente denuncias por mal desempeño por parte de los litigantes no conformes con el resultado del proceso: ello sería institucionalmente disfuncional e inadecuado por tender a abarrotar al Consejo de la Magistratura y a la Cámara de Diputados con denuncias improcedentes.

j) esta tesis es sostenida por la Unión Internacional de Magistrados y por la American Bar Association¹⁷ y está expresamente contenida en el Estatuto del juez Iberoamericano¹⁸ y en el Estatuto del Juez Europeo. También la Declaración de Campeche, suscripta por la Federación Latinoamericana de Magistrados en abril de 2008, señala con toda claridad en su art. 7 b.3) que los jueces “no podrán ser enjuiciados ni responsabilizados disciplinariamente por el tenor, contenido ni sentido en que adopten sus decisiones judiciales”.

B) Argumentos a favor de la posibilidad de que los jueces puedan ser removidos por el contenido de sus sentencias

a) un principio fundamental del sistema republicano es la responsabilidad de los funcionarios por sus actos de gobierno y siendo la sentencia un acto de

¹⁷ La recomendación de la American Bar Association suscripta el 4 de julio de 1997 sostiene lo siguiente: “El desacuerdo con un dictamen específico de un juez federal no es un fundamento adecuado para iniciar un juicio político. Los funcionarios públicos deben abstenerse de amenazas de juicio político fundadas en lo que consideran una interpretación errónea de la ley en una causa particular. Los jueces amenazados con un juicio político por dictámenes impopulares no deben desistir de recurrir a su criterio independiente ni de tomar decisiones acordes con la ley”.

¹⁸ El art. 4 del Estatuto del Juez Iberoamericano señala que “en el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales”. Si no pueden estar sujetas a las autoridades judiciales superiores, muchos menos lo podrán estar respecto de otra clase de órganos de gobierno.

gobierno no hay motivo para excluirlas de modo absoluto del ámbito de responsabilidad política de los magistrados que las dictan. “Estado de Derecho y Estado irresponsable son conceptos contrapuestos e irreductibles. En cambio, Estado de Derecho y responsabilidad son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera que sea el órgano estatal –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– causante del agravio o menoscabo, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del Estado, a cuya estructura pertenecen y en cuya personalidad se subsumen”.¹⁹

b) la independencia judicial que la Constitución busca asegurar al Poder Judicial no equivale a un “bill de indemnidad” que se reconoce a cada juez por su actuación jurisdiccional, ni protege sus abusos y excesos cuando ellos son manifiestos²⁰.

c) la Constitución no reconoce expresamente, como lo hace con los legisladores, una inmunidad absoluta a los jueces por el contenido de sus sentencias. Una decisión de este tipo sólo puede surgir del texto expreso de la Constitución Nacional y no de interpretaciones extensivas de un privilegio reconocido exclusivamente a los legisladores. Por otra parte, la inmunidad reconocida a los legisladores es sobre sus dichos, pero no sobre sus decisiones. Así, si los legisladores, en contra de los principios establecidos en el art. 29 de la CN, otorgan la suma del poder público o las facultades extraordinarias al Presidente, podrían y deberían ser penados por la comisión del correspondiente delito, sin poder ampararse en esa inmunidad de opinión.

d) siendo el dictado de sentencia la principal actividad que tienen encomendada los jueces, el mal desempeño guarda estrecha relación con el contenido de sus decisiones: excluir el contenido de las sentencias del concepto de mal desempeño sería excluir indebidamente uno de sus aspectos esenciales²¹.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, ED, 127-714.

²⁰ Señala González Calderón que “el principio constitucional de la inamovilidad no implica una situación de impunidad para los magistrados judiciales, a cuyo amparo puedan cobijarse los ineptos, los prevaricadores, los venales, con perjuicios irreparables para la sociedad. No significa que pueden sin responsabilidad cometer los mayores desaciertos, iniquidades, escándalos o errores de mala fe, sin que el pueblo tenga la facultad inmanente y propias del régimen representativo-republicano de revocarles el mandato que indirectamente les ha dado para administrar justicia. Una inamovilidad así entendida sería demasiado repugnante a la moral y al derecho para detenerse siquiera un momento en refutarla, y no ha sido jamás propiciada por los autores”, *Derecho Constitucional*, Ed. Kraft, Bs. As., 1960, pág. 538.

²¹ Afirma Rafael Bielsa, admitiendo implícitamente la posibilidad de que los magistrados

e) si los jueces pueden responder penalmente por el contenido de sus sentencias (p. ej., en el delito de prevaricato), no hay motivo para excluir la responsabilidad política que tiene cánones aún más amplios que la penal.

f) si los órganos encargados de juzgar la responsabilidad política de los magistrados no pudieran examinar el contenido de las sentencias de los magistrados, no podrían tampoco apreciar varios de los otros aspectos que forman parte de las causales de remoción previstas para los magistrados: comisión de delitos, desconocimiento del derecho, violación del deber de imparcialidad, fraudes procesales, procesos fraguados, resolución de casos para los que se carece competencia, etc.

g) el art. 15 de la ley 24.937 de organización y funcionamiento del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, que se refiere específicamente a la Comisión de Acusación del Consejo y, por ende, a la responsabilidad política de los magistrados, establece que “cuando sean los tribunales superiores los que adviertan la presunta comisión de ilícitos o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por parte de los jueces inferiores, dispondrán de un sumario que se remitirá con sus resultados, al Consejo”. Se advierte con bastante claridad que el Congreso ha establecido aquí un supuesto de mal desempeño relacionado con el contenido de las sentencias: el manifiesto desconocimiento del derecho aplicable²². También son varias las constituciones y leyes provinciales que consideran como causal de remoción el “desconocimiento notorio del derecho”, “la ignorancia manifiesta del derecho”, etc., y todos estos supuestos guardan una estrecha relación con el contenido de las sentencias.

h) la práctica institucional de nuestro país muestra que muchos jueces han sido sometidos a procesos de responsabilidad política, y aún removidos, por el contenido de sus sentencias²³.

respondan por el modo en que ejercen la función jurisdiccional que la CN les encomienda: “¿no puede promoverse el juicio político contra los responsables y hacer efectiva la responsabilidad común? Sí, efectivamente se puede hacer, pero no se hace. Y en punto a los jueces, ¿no interpretan y aplican, a veces la ley contra el interés público con un criterio de clase o de privilegio, o condenan a pagar una indemnización injusta?” Estudios de Derecho Público: derecho constitucional, T. III, pág. 118.

²² Ver en el mismo sentido, ARMAGNAGUE, Juan F., Procedimiento ante el Consejo de la Magistratura y Jurado de enjuiciamiento nacional, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 58.

²³ cfr. la recopilación de antecedentes contenidos en la acusación de la Cámara de Diputados en el caso Moliné O’Connor. También, se puede ver: Hidalgo, Enrique, Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados, Depalma, Bs. As., 1997, pág. 120.

i) en los procesos de responsabilidad política no se pretende revisar o revocar los actos decididos por el juez por medio de sus sentencias, sino juzgar la actuación del juez para ver si mantiene las condiciones de idoneidad para seguir ejerciendo su cargo. Por otra parte, ni los recursos procesales, ni la existencia de tribunales superiores encargados de la revisión, convierten lo que es arbitrario, injustificado e injusto en fundado, razonable y justo.

j) La Corte Suprema ha admitido, de modo excepcional, que los jueces pueden ser removidos por las decisiones adoptadas en una sentencia. La excepción estaría únicamente dada cuando las sentencias “constituyan delitos reprimidos por las leyes o traduzcan ineptitud moral o intelectual que inhabilite para el desempeño del cargo²⁴”. Sin embargo, más recientemente la Corte Suprema, en el ámbito de un sumario administrativo en el que se examinaba una actuación claramente exorbitante del Tribunal Oral de Formosa, extendió también a otros supuestos la responsabilidad política de los jueces por el contenido de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido ha dicho el tribunal que “si bien es cierto que, *como principio*, las opiniones vertidas por los jueces en sus fallos y las decisiones tomadas en ejercicio de su jurisdicción no justifican la aplicación de sanciones disciplinarias ni la apertura del procedimiento de remoción $\frac{3}{4}$ pues de lo contrario implicaría una suerte de revisión que sujetase las decisiones a criterios fijados por el Congreso o por los Tribunales de Enjuiciamiento, con desmedro de la independencia del Poder Judicial $\frac{3}{4}$ como también que un error aislado no implica el ‘mal desempeño’ a que se refieren los arts. 53 y 115 de la Constitución, ello es así en tanto la decisión no implique la comisión de un delito de derecho penal o suponga una extralimitación de poderes de gravedad institucional tal que afecte el régimen republicano y federal de gobierno que la misma Constitución establece. Así, por ejemplo, una sola decisión puede constituir el delito tipificado en el art. 269 del Código Penal o implicar un exceso de atribuciones de una gravedad tal que funde la sanción, como si un juez civil dictase una condena penal o un magistrado del fuero penal se pronunciase en una acción civil²⁵. Más recientemente, en el caso Belmonte del 3-VII-07, la Corte Suprema concluye su fallo señalando que “en el curso del proceso que motivó los planteos

²⁴ Fallos: 274:415

²⁵ CSJN, resolución 25/01 dictada en el expediente “T.O.F. de Formosa s/su actuación” del 28 de mayo de 2002, en relación a la causa S.566.XXXV “Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa s/solicitud en autos: Carlos Gerardo González, Mariano Franco y Rubén Spessot s/sumario administrativo”.

en examen el magistrado habría dictado pronunciamientos incompatibles y contradictorios. En razón de ello, se estima pertinente remitir copia de la presente al Consejo de la Magistratura a fin que se determinen las posibles responsabilidades que pudieren corresponder”. De estas afirmaciones de nuestro más alto tribunal se deduce la posibilidad de que los jueces puedan ser responsabilizados por el contenido de sus sentencias.

k) También distintos doctrinarios han admitido que los magistrados judiciales de modo excepcional pueden responder por el contenido de sus sentencias. Entre ellos, podemos mencionar las siguientes opiniones:

- Néstor Sagüés: los jueces responden únicamente por el contenido de sus sentencias si la decisión “trasunta...la indudable intención de resolver contra el derecho, o hace de éste una aplicación a todas luces groseramente infiel o desacertada, o el diligenciamiento de la causa muestra un comportamiento absolutamente inepto... es la misma Constitución... la que obliga... a adoptar mecanismos de saneamiento del Poder Judicial”.²⁶

- Enrique Hidalgo: la excepción estaría dada por los fallos que “*constituyen absurdos o presuponen la pérdida de imparcialidad, que pueden configurar la causal de mal desempeño*”.²⁷

- Gregorio Badeni: este destacado constitucionalista, actuando como defensor del juez Moliné O’Connor en el juicio política llevado a cabo ante el Senado, afirma en el alegato final en relación al punto que estamos analizando: “el pedido de remoción relacionado con una sentencia judicial solamente es viable si con ella se incurre en la comisión de un delito tipificado por la legislación penal, o si de su contenido se evidencia el deliberado propósito de beneficiar o perjudicar a alguna de las partes al margen de la ley. En este último caso, la prueba de ese propósito deliberado debe ser clara y contundente”.

- Rodolfo Barra: “nunca puede ser “mal desempeño” el contenido de las sentencias, salvo que éstas demuestren un desconocimiento absoluto de la ciencia jurídica, o denoten una debilitación en la salud mental del juez. Tampoco será mal desempeño las opciones intelectuales del juez, sus valores o principios jurídicos, morales, religiosos, filosóficos o políticos, aunque, como es natural se vuelquen en sus sentencias”²⁸.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los Jueces y sus sentencias”, en diario La Nación del 14/1/2000.

²⁷ HIDALGO, Enrique, “Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p.120 y ss.

²⁸ BARRA, Rodolfo, El juicio a la Corte, Dario Ámbito Financiero.

- Guillermo Borda: “los jueces sólo son responsables si se trata de actos irregulares hechos con malicia. Por el contrario, (no lo son) si se trata de simples errores subsanables por los recursos que la ley establece”²⁹.

- Soto Nieto: “La falibilidad humana puede tener sus correctivos y mitigaciones. Pero la deliberada e inexcusable conculcación de la ley, tan acusada como manifiesta, exige que el juez responda ante la sociedad del grave quebranto de la confianza en el depositada”³⁰.

k) Deben distinguirse las cuestiones opinables de derecho, y aun los comunes errores judiciales, respecto de las cuales no es admisible la promoción de juicio político al juez por el criterio que haya asumido, de los fallos que constituyen absurdos o presuponen la pérdida de imparcialidad, que pueden configurar la causal de mal desempeño.

Quedan así expuestos, de modo ordenado, los distintos argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado a favor y en contra de la posibilidad de que los jueces puedan ser juzgados por el contenido de la sentencia. Escuchadas “ambas partes”, en el Capítulo siguiente dictaremos la sentencia exponiendo, explicando y fundando una tesis que dirime la *quaestio* que hemos planteado.

C) *Formulación de la tesis*

Luego de planteado el interrogante acerca de si los jueces responden o no por el contenido sus sentencias y expuestos los argumentos a favor y en contra de esa posibilidad, corresponde proponer de modo claro la propuesta personal para resolver la *quaestio* planteada. Considero que:

“Los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o gravísimo”

Se parte de un principio general que reconoce la irresponsabilidad política por el contenido de las decisiones judiciales y se reconocen tres excepciones:

- El desvío de poder;

²⁹ *Manual de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986, pág. 560.

³⁰ “Responsabilidad penal de jueces y magistrados”, La Ley (España), 1987-I-93.

- El error judicial reiterado
- El error judicial gravísimo

Para explicar adecuadamente la tesis que sostenemos puede ser conveniente mostrar y explicar el siguiente cuadro:



Daremos una primera explicación al cuadro para luego profundizar en cada uno de los conceptos y categorías que allí se contienen.

La primera distinción que corresponde hacer es entre sentencias que resuelven de modo jurídicamente fundado un determinado caso eligiendo una de entre varias soluciones posibles (sentencias que resuelven cuestiones opinables), de aquellas que contienen decisiones que no pueden ser reconocidas como jurídicamente válidas (apartamiento del derecho). Así, p. ej., nos parece que es opinable el decidir si la tenencia de estupefacientes puede ser o no considerada una acción privada protegida por el art. 19. No lo es el considerar que de acuerdo a nuestra constitución un presidente puede ser elegido indefinidamente. No hay

método de interpretación jurídica que permita concluir o fundar en derecho esa decisión. La práctica judicial muestra y sostiene que no todo argumento y decisión puede ser “histocompatible” con un determinado sistema jurídico. Si no existiera esa histocompatibilidad carecerían de sentido el concepto de sentencia arbitraria, la figura penal del prevaricato, el recurso de revisión, la institución procesal de la cosa juzgada írrita, etc.

Desde nuestro punto de vista, en los casos en un juez resolvió una cuestión opinable utilizando algunos de los criterios jurídicos disponibles, por más que su decisión haya sido revocada por los órganos superiores y tal vez no haya sido la más apropiada, no es procedente que el Consejo de la Magistratura, ni el Jurado de Enjuiciamientos, ni el Congreso de la Nación intenten poner en marcha ningún procedimiento de responsabilidad política contra el magistrado que dictó la decisión cuestionada.

Por el contrario, sólo en algunos casos en que la incorrección de la sentencia esté fuera de duda y que objetivamente exista de modo evidente un apartamiento del derecho o clara “injusticia”, podrían activarse los mecanismos de responsabilidad política.

Entendemos que el ordenamiento jurídico no siempre nos brinda claramente una solución para un problema y por ello habrá que establecer si la resolución judicial cuestionada utilizó o no una de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico. Para ello habrá que verificar si existe un “argumento jurídico”, “canon interpretativo admisible”, “razón aceptable por la comunidad científica”, un desarrollo compatible con un “*a well functioning system of adjudication*”³¹ o, como quiera denominarse a las distintas fuentes del derecho³². En caso de existir esta fuente racional del derecho en que basar una decisión estaremos ante una cuestión opinable y por su independencia el juez no puede ser cuestionado por sostener una determinada posición jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando ella no exista estaríamos frente a un “apartamiento del derecho”.

³¹ Cfr. FERREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p.962

³² Aarnio define en sentido amplio este concepto como “toda razón que $\frac{3}{4}$ de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica $\frac{3}{4}$ puede ser usada como base suficiente de la interpretación”. Entiende que para que estas “razones” sean válidas deben ser “racionalmente” aceptadas por la comunidad, cfr. AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p.123.

Sin embargo, apartamiento del derecho no significa necesaria ni automáticamente mal desempeño. Por ello, debemos distinguir si la decisión judicial que se apartó del derecho fue producto de un actuar deliberado o uno negligente del juez que la dictó. Esta distinción tiene sentido desde el momento en que puede incidir en la ponderación del mantenimiento o no de las condiciones de idoneidad judicial. Habrá “error judicial” cuando el apartamiento del derecho fue producto de una actuación negligente y habrá “desvío de poder” cuando tuvo su origen en una conducta claramente consciente y deliberada.

Por error judicial, nos referimos a los casos en los cuales el juez actúa sin plena advertencia y, por tanto, sin intención de postergar al derecho en la resolución de un determinado caso.

Los errores judiciales pueden consistir en el desconocimiento de la vigencia de una norma que por ello no fue aplicada al caso, o ser el producto de un yerro en la actuación del juez. Por ejemplo, incluir una dirección equivocada en una orden de allanamiento provoca objetivamente un apartamiento del derecho, por cuanto se viola la intimidad de una persona sin indicios de que en su domicilio existan elementos vinculados con la comisión de un delito, que sería en el único caso que legalmente podía ser autorizado.

En base a las anteriores reflexiones, hemos propuesto distinguir entre tres situaciones diferentes: el error aislado, el error gravísimo, y la reiteración de errores.

Sobre el error aislado, postulamos que aquellos errores propios del quehacer judicial a los que están expuestas todas las personas no pueden configurar por sí solos mal desempeño. Allí seguimos la doctrina del Consejo de la Magistratura en torno a que “los errores de los magistrados en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, no constituyen por sí solos causales de mal desempeño que justifiquen su acusación”³³. En el mismo sentido, sostiene Kiper que “este manifiesto desconocimiento del derecho, en principio, debe ser reiterado, pues nadie está exento hasta de incurrir en un error grosero, salvo que se acredite mala fe -la que no se presume-, esto es, apartarse del derecho notoriamente aplicable a sabiendas de lo que se está haciendo, y sin brindar explicaciones suficientes. Se advierte, una vez más, que, en un caso de estas características, como en el de la comisión de un delito en ejercicio de la función, se está juzgando desde un punto de vista disciplinario la conducta de un juez más que el conte-

³³ Dictamen 10/99 de la Comisión de Acusación en el expediente 92/99.

nido de la sentencia. La sentencia será una de las pruebas necesarias, pero en principio considero que no puede ser la única; debe estar acompañada de otras pruebas, o al menos de presunciones muy serias y graves”.³⁴

Pero también sostenemos que no puede descartarse automáticamente el mal desempeño por un error cuando él ha provocado un daño gravísimo. La falta de intención no siempre puede ser invocada como eximente de responsabilidad política. La mera ignorancia no exime de responsabilidad a un juez que entrega una menor bajo en custodia a una persona de la cual existen indicios ciertos de que la someterá a maltratos. Estos son ejemplos de lo que hemos denominado “error gravísimo”.

Finalmente, también sobre la actuación negligente, debe distinguirse los casos en los cuales los errores forman parte del patrón de conducta del juez. Nos referimos a los “errores reiterados”, aquellos que, sin ser graves, su repetición resulta un indicio claro para inferir la insuficiente de preparación técnica para desempeñar el cargo o la falta de los mínimos dotes para llevar adelante su tarea con eficiencia.

Por otro lado, hemos denominado como “desvío de poder” al “apartamiento del derecho” consciente y deliberado.

Aclaremos que la determinación de este conocimiento en el caso concreto no ofrece mucho problema porque generalmente se desprende de las resoluciones cuestionada.

Los casos de desvío de poder merecen un mayor reproche que el error judicial y la sanción del juez que incurre en él corresponde en todos los casos. La práctica del desvío de poder impacta sobre la aptitud para desempeñar la función, específicamente, sobre el conjunto de principios de ética judicial sobre los cuales descansa la legitimidad del juez, como pueden ser su sujeción a la Constitución —que le confirió poder y determinó su rol—, su imparcialidad o su honestidad.

Esta actuación configura un “desvío de poder” porque se utiliza una potestad que le otorgada para resolver conflictos conforme a derecho con una finalidad distinta que según el caso puede ir desde imponer su particular visión de la sociedad hasta favorecer o perjudicar una persona determinada.

³⁴ KIPER, Claudio, *Responsabilidad disciplinaria de los magistrados*, Ed La Ley, Bs. As. 2002, pág. 115

Por último, en los casos en que el “desvío de poder” tuvo como finalidad favorecer una de las partes consecuentemente perjudicar a la otra, la destitución se impone, pues la imparcialidad perdida radicalmente no se recupera y ella es claramente imprescindible para el buen desempeño.

Una postura muy similar a la aquí expuesta parece derivarse de las pautas que en materia disciplinaria ha elaborado el Consejo de la Judicatura de la Federación mexicana, según puede verse en los criterios número 82 y 8 que ha elaborado:

Criterio n° 82: “Improcedencia de la queja administrativa. cuando se controvierte el criterio jurídico sustentado en una sentencia dictada por mayoría de votos. Cuando el promovente pretende que se examinen los criterios jurídicos en que se sustentó una sentencia aprobada por mayoría de votos, afirmando que los argumentos que se invocaron en el voto particular deben prevalecer, ello con la pretensión de demostrar que aquélla decisión del tribunal fue irregular, resulta improcedente la queja administrativa, por tratarse de una cuestión de criterio jurisdiccional, cuyo análisis no es facultad del consejo de la judicatura federal”.

Criterio n° 8. “Excepción a la regla que excluye la intromisión del consejo de la judicatura federal en cuestiones jurisdiccionales. La regla que excluye la intromisión del consejo de la judicatura federal en cuestiones jurisdiccionales, por respeto a la autonomía de los órganos, tiene como excepción el caso en que los errores superen el límite razonable de lo tolerable. Los errores de derecho deben juzgarse con prudencia y mesura; y, sólo se deberán considerar constitutivos de responsabilidad administrativa cuando superen el límite de lo razonable, causen gravísimos perjuicios a la administración de justicia y/o a las partes, o permitan presuponer la pérdida de imparcialidad del tribunal”.

Señala Kiper que criterios similares rigen también en Italia cuando hace notar que ese país el contenido de la sentencia no puede ser motivo de sanción salvo los supuestos de error macroscópico, de búsqueda de fines diversos al de administrar justicia y de propósito deliberado de no aplicar la ley³⁵.

³⁵ KIPER, Claudio, Responsabilidad disciplinaria de los magistrados, Ed La Ley, Bs. As., 2002, pág 114.

D) Profundización en la distinción entre cuestión opinable y apartamiento del derecho y en las categorías jurídicas de error judicial y desvío del poder

a) La distinción entre cuestión opinable y apartamiento del derecho

El punto clave de la tesis y esquema propuesto es la distinción entre cuestión opinable y apartamiento del derecho. Si el juez se mueve en el amplio campo de lo jurídicamente aceptable, de las opiniones jurídicas que encuentran algún sustento en el sistema de fuentes del derecho, la consecuencia será la irresponsabilidad política del magistrado. Únicamente cuando se esté delante de una decisión jurídicamente insostenible, cabe plantearse la posibilidad, siempre excepcional, de que el juez pueda responder por el contenido de su sentencia. En este sentido, entre los conceptos de “apartamiento del derecho” y “sentencia arbitraria” existen muchas similitudes. Esta última ha sido definida como aquella que no es derivación razonada del derecho vigente adaptada a las circunstancias del caso y, en sentido aún más fuerte, como la que sólo se basa en la voluntad del juzgador y ninguna otra fuente que le otorgue legitimidad jurídica.

Cada vez que hay “apartamiento del derecho” hay una objetiva “mala praxis judicial” que puede ser culposa (error judicial) o dolosa (desvío de poder).

Pensamos que, si bien puede resultar arduo la delimitación entre los supuestos de cuestión opinable y apartamiento del derecho, ello es posible y discernible en los casos concretos que hemos analizado.

Nos parece útil para esta distinción entre cuestión opinable y apartamiento del derecho puede ser útil también acudir a la noción de “sentencia injusta” que ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Supremo Tribunal español en relación al delito de prevaricato: “se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho”³⁶.

³⁶ Sentencia nº 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, del 9-II-2012, en el caso Garzón.

En la sentencia del juez Garzón, la Sala de lo Penal del Tribunal español, expone siete casos en los que se puede ver con claridad ejemplos de lo que puede ser considerado “sentencia injusta” que se apartan de jurídicamente admisible:

“En la STS nº 4 de julio de 1996 se consideró que era constitutiva de prevaricación la conducta consistente en “...un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado del señor (...), al convertir en imputados a quienes en la querrela habían sido propuestos como testigos, porque no hubo ninguna diligencia de prueba de la que pudiera inferirse el más mínimo dato de que alguno de los dos afectados por tan anómala resolución hubiera participado en los hechos que la querrela relataba y podían ser constitutivos de delito”.

En la STS 877/1998, se calificó como prevaricadora la resolución de autorizar un matrimonio sin el previo expediente matrimonial.

En la STS nº 2338/2001 se consideró constitutiva de prevaricación la resolución que aplicaba la prescripción de forma absolutamente inasumible al separarse de las previsiones legales y de la doctrina consolidada de esta Sala.

En la STS 806/2004, se consideró como prevaricación la decisión de anular un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH basándose en cuestiones de fondo, ignorando la naturaleza de dicho procedimiento, en la que es unánime la doctrina procesalista y también la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocida por el propio auto que se consideró prevaricador, entendiéndose que esa doctrina es ignorada a lo largo de toda esa resolución que, para argumentar su declaración de nulidad del procedimiento, hace constantes referencias a la forma en que fueron adquiridos los títulos que se pretendía ejecutar, algo totalmente ajeno a la esencia de este procedimiento judicial sumario.

En la STS nº 333/2006, se condenó por prevaricación al juez que acordó abrir un expediente gubernativo a un abogado al tener conocimiento de que había realizado alusiones a su persona y cargo en un juicio de faltas.

En la STS nº 102/2009, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente incompetente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio retenido “sin dilación de clase alguna en forma inmediata” facultando a un letrado para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto. Así como la resolución que acordaba la libertad de uno de los impu-

tados, argumentando que “...la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real”.

En la STS n° 1243/2009, de 30 de octubre, se consideró constitutiva de prevaricación la conducta del juez consistente en la adopción de una serie de acuerdos en un expediente de adopción en el que una mujer pretendía adoptar a la hija de su consorte, también mujer, entendiéndose esta Sala que aquellas “...no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa; muy significativamente cuando se trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la promovente. El examen de la madre biológica, titular de la patria potestad, el requerimiento, bajo apercibimiento de sobreseer el expediente para nombrar profesionales, el nombramiento y sucesivo cese el defensor de la niña sólo son racionalmente explicables desde el punto de vista de una resolución injusta”.

También en la práctica judicial argentino podríamos encontrar claros ejemplos de sentencias que se apartan del derecho y postulan argumentos o decisiones jurídicamente insostenibles.

b) El error judicial

1) Su caracterización como apartamiento no intencional del derecho

El error es definido por el diccionario de la Real Academia Española, en su acepción principal, como “concepto equivocado o juicio falso” y, en su acepción correspondiente al uso del vocablo en el derecho, como “vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto”³⁷.

El diccionario jurídico de Manuel Ossorio, por su parte, lo define de este modo: “Falso conocimiento, concepción no acorde con la realidad. El error suele equipararse a la ignorancia, que no es ya el conocimiento falso sino la ausencia de conocimiento”³⁸.

³⁷ Diccionario de la lengua española, vigésimo segunda edición, en: www.rae.es.

³⁸ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1997.

El error puede caracterizarse, en el lenguaje común, como la falta de conocimiento que imposibilita el acierto de la voluntad; en otras palabras, la falta de intención de una conducta por no advertir todas las circunstancias que la rodean.

En este trabajo se entenderá por error judicial aquellas decisiones de los jueces que se apartaron sin intención de lo jurídicamente permitido, por haber tenido una distorsionada percepción de alguno de los datos que constituían el objeto de la decisión, o por haber omitido tener en cuenta una de las normas o criterios jurídicos que debían ser aplicados. Esta categoría permitirá diferenciar estos casos de aquellos “apartamientos del derecho” que, por el contrario, son fruto de una conducta deliberada del juez.

El juez al suscribir una resolución, realiza una conducta humana que, como cualquier otra tarea intelectual, no está exenta de error. Toda la organización judicial con sus múltiples instancias y variedad de recursos procesales gira en torno a la falibilidad de quienes dictan sentencias.

Particularmente, las condiciones en las que desarrollan su actividad los jueces argentinos son propicias para los yerros, entre otros motivos, por la cantidad de asuntos a los que deben dar respuesta por la escasez de medios y por la existencia de otras responsabilidades superpuestas en la cabeza del juez que se suman a la jurisdiccional, como la de gerenciar la oficina judicial.

Los errores en la actividad judicial pueden recaer sobre cuestiones fácticas o sobre cuestiones jurídicas, aunque a veces sea muy difícil en la práctica distinguir si el yerro ha recaído sobre uno u otro aspecto.

a.1) Errores que recaen sobre cuestiones fácticas

Se trata de aquellas decisiones en las que el juez no tuvo en cuenta o comprendió mal, alguno de los hechos probados en el proceso. A modo de ejemplo podría enunciarse una lista interminable de casos: no haberse percatado de lo dicho por un testigo; no haber tenido en cuenta el resultado de una pericia; no haber advertido que la persona imputada era un funcionario con inmunidad; haber confundido la cuenta sobre la que debía levantarse un embargo o el domicilio sobre el que debía librarse un allanamiento, etcétera.

a.2) Errores que recaen sobre cuestiones jurídicas

El juez puede desconocer la vigencia de una norma jurídica. Asegurar que conoce todo el ordenamiento, conforme lo prescribe el principio “*iura novit curia*”, no deja de ser una ficción. Si bien el operador judicial debe tener vastos conocimientos que debe actualizar permanentemente, puede pasar por alto una norma. Téngase en cuenta la multiplicidad de disposiciones que existen en nuestro ordenamiento jurídico, la variedad de órganos con competencia legislativa y la falta de sistematización del plexo normativo.

2) Efectos jurídicos del error en lo atinente a la responsabilidad política

A los efectos de una mejor comprensión de los distintos matices que pueden presentarse, subdividiré los casos de error en tres supuestos, según el grado de pérdida de legitimidad que puede configurar la decisión judicial errónea. Distinguiré, entonces, entre el error aislado, error reiterado y error gravísimo.

b.1) Error aislado

Las opiniones de algunos doctrinarios que han abordado el tema³⁹ y los precedentes sobre la materia, han coincidido en que no corresponde atribuir responsabilidad a los jueces por un error solitario.

La fórmula que generalmente utiliza el Consejo de la Magistratura la siguiente:

“Los errores de los Magistrados en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, no constituyen por sí solos causales de mal desempeño que justifiquen su acusación”⁴⁰.

³⁹ ITURBIDE, Gabriela A., “Responsabilidad de los magistrados: el error judicial”, JA 2003-III, 1355; y KIPER, Claudio, Responsabilidad disciplinaria de los magistrados, Buenos Aires, La ley, 2002, p. 106 y ss.

⁴⁰ Dictamen 10/99 de la Comisión de Acusación en el expediente n° 92/99, caratulado “Lenin, Hilda c/titular Juzg. Civil n° 68, Dra. Beatriz Alicia Verón” del 23 de marzo de 1999.

Todo juez está expuesto a yerros, por lo tanto, teniendo en cuenta que no fue consciente de la improcedencia de su resolución, la figura de mal desempeño resultaría desproporcionada con la índole de la falta. Proceder de este modo dejaría la independencia del Poder Judicial en estado de vulnerabilidad. Si todos los jueces alguna vez se equivocan, basta con aguardar que aquél que no tiene afinidad con el poder de turno cometa algún error para lograr su expulsión.

Por otra parte, cabe señalar que según las categorías que estamos desarrollando sólo se podrá hablar de error judicial a la hora del juzgamiento de la responsabilidad judicial si ha existido un objetivo apartamiento del derecho. Si el juez decidió fundamente un caso sobre una cuestión opinable y luego su sentencia fue revocada en otra instancia por no compartirse el criterio adoptado, no habrá error judicial, sino simple revocación de una sentencia.

b.2) Reiteración de errores

El enfoque cambia sustancialmente ante errores cometidos en forma sistemática o con llamativa frecuencia, pues si bien en este caso su idoneidad de carácter moral $\frac{3}{4}$ su falta de honestidad o imparcialidad $\frac{3}{4}$ no estará cuestionada, sí lo estará su aptitud técnica para desempeñar el cargo. Cuando por la reiteración de errores se evidencie que el juez carece de capacidad profesional, entonces debe operar el saneamiento institucional bajo la figura del mal desempeño.

b.3) Error gravísimo

No puede descartarse la posibilidad de que un solo error, por su particular gravedad, sea inexcusable y sea merecedor de la remoción judicial. Este excepcional supuesto de yerro judicial que ocasiona graves perjuicios, puede trasuntar por sí mismo un grado intolerable de falta de idoneidad técnica o de menosprecio a la función y representar una pérdida completa de legitimidad para continuar en su función.

Es difícil brindar en abstracto los rasgos que caracterizarán al error gravísimo porque su trascendencia y peculiaridad tendrá que manifestarse en el caso concreto, teniendo en cuenta, por ejemplo, la magnitud del perjuicio en concurrencia con una actitud intencionalmente negligente. La verdadera función de esta categoría es justamente no sentar en abstracto reglas absolutas para no tener

que modificarlas cuando resulten superadas por los hechos. Entiendo que no se puede afirmar cerradamente que el error aislado es incapaz de configurar la causal de mal desempeño. Más adelante se reseñará un caso de error que motivó la separación de un juez.

Desde ya que la ponderación para declarar que hubo mal desempeño deberá ser sumamente restrictiva pues constituye una excepción al criterio pacífico que existe sobre los casos de error.

3) La línea divisoria entre el obrar deliberado y el negligente

Podrá impugnarse esta clasificación por la aparente dificultad en comprobar la disposición interna del juez y porque esta dificultad puede prestarse a la manipulación. Todo puede ser deliberado o negligente, según la afinidad del juez con los juzgadores.

No obstante, el análisis de los casos que se dan en la práctica permite observar que, por lo general, de la lectura del expediente en el que tuvo lugar el “apartamiento del derecho”, se advierte con facilidad si el juez obró intencionalmente o no.

El desconocimiento de alguna disposición legal o la omisión de algún dato relevante de la causa se manifiesta a simple vista. Cuando ocurre, la equivocación es burda, sorprende a las mismas partes y el juez, una vez advertida, reconoce el yerro y revoca su decisión. En estos casos no existen dudas sobre el desatino de lo resuelto, ni existe margen para negarlo. En el mismo sentido, el obrar deliberado puede ser advertido de una lectura cuidadosa de las constancias procesales. En estos casos existirá, por lo general, un intento de razonamiento justificatorio de cuya argumentación se desprenderá que tanto la situación fáctica como la normativa involucrada habían sido cabalmente conocidas por el firmante. Ejemplos de actuar deliberado lo encontramos en las remociones resueltas por el Jurado⁴¹. También puede mencionarse como ejemplo el caso “Bustos Fierro”, donde el juez realiza un esfuerzo argumentativo por fundar su posición y allí analiza las normas involucradas y los hechos sobre los que debe decidir, que, desde ya, demuestra conocer.

En definitiva, existen una cantidad de indicios ciertos de los que se puede inferir la actitud subjetiva, dolosa o culposa, del juez. En los casos que existan

⁴¹ Casos Leiva, Murature y Marquevich.

dudas debería prevalecer la posición que supone que el juez obró negligentemente, pues la confianza depositada en este funcionario impone que se presuma su buena fe.

c) Desvío de poder

Detengámonos ahora un momento a describir el concepto de desvío de poder jurisdiccional. Señalábamos antes que hay desvío de poder cuando un determinado magistrado utiliza el poder jurisdiccional, que por medio de la constitución le confía la comunidad política, para fines ilegítimos que nada tienen que ver con los motivos que llevaron a reconocerle dicha potestad⁴². Para profundizar en el análisis de este concepto podemos describir, con alguna sistematicidad, algunos de sus elementos más característicos:

a) Apartamiento del derecho e inexplicabilidad jurídica de las decisiones judiciales: los actos del magistrado a través de los cuales se manifiesta el desvío de poder aparecen frecuentemente como “inexplicables jurídicamente”, con apartamientos manifiestos del derecho vigente y de un razonable ejercicio de la función jurisdiccional. Suelen ser claramente contradictorios con lo que, en iguales circunstancias, decide o ha decidido el mismo u otros magistrados. Cuando media un desvío de poder jurisdiccional, las decisiones judiciales no suele corresponder al leal saber jurídico del juez, sino que está fundado en la ilegítima finalidad de beneficiar o perjudicar a algunas de las partes⁴³. En estos supuestos se pone de manifiesto “el torvo rostro de la arbitrariedad”.

b) Fin ilegítimo: el elemento principal del desvío de poder jurisdiccional es el propósito intencionalmente ilegítimo que se advierte o se puede presumir fundadamente al observar la conducta funcional de un determinado juez⁴⁴. El

⁴² Señala Bidegain que cuando una autoridad con legitimidad de origen se desvía de su propio fin natural pierde su legitimidad de ejercicio: cfr. BIDEGAIN, Carlos María, Cuadernos de Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, T. II, pág. 105.

⁴³ La Comisión de Juicio Político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación tiene dicho que debe respetarse la independencia judicial “mientras no se pueda presumir que la opinión dada no corresponde al leal pensamiento del magistrado, sino que ella es interesada por pasiones o intereses económicos u otra razón que desvirtúe la magna función de impartir justicia.” La cita es transcripta por HIDALGO en *Controles Constitucionales sobre Funcionarios y Magistrados*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p.120.

⁴⁴ En el caso del juez Zambrano, el Tribunal de Enjuiciamiento creado por ley 16.937, al juzgar una sospechosa decisión del magistrado acusado otorgada en beneficio de una de las partes y con claro y considerable perjuicio al fisco, sostuvo que “no se trata en el caso

motivo que inspira los actos del magistrado no es la administración imparcial de justicia, sino un fin espurio e ilegítimo buscado en provecho propio o ajeno⁴⁵. En el desvío de poder hay mala fe, malicia, apartamiento intencional y consciente del derecho aplicable y del recto ejercicio de la función jurisdiccional encomendada, designios ajenos al recto ejercicio de la función jurisdiccional. Esos fines espurios que inspiran la inconducta funcional del magistrado pueden ser el obtener algún beneficio de carácter económico o de político, el afán de protagonismo personal del juez, actos de corrupción, etc.

c) Pérdida de imparcialidad: habitualmente el desvío de poder va acompañado de la pérdida de imparcialidad y los actos del magistrados intenten beneficiar o perjudicar injustamente a alguna de las partes del proceso⁴⁶;

de un simple problema de divergencia de opiniones en materia jurídica. El hecho es mucho más grave porque revela, por lo menos, inadmisibles despreocupación y negligencia, acompañada de indudable complacencia (...) hacia una persona cuyos pretendidos derechos no resultaban ser otra cosa –según lo evidencian las actuaciones judiciales y administrativas que el juez conoció-, que el producto de un fraude desembozado y en gran escala”. El Tribunal cuestionó la conducta del juez por considerar que en el caso se había verificado una “aventura judicial” y no un legítimo ejercicio del derecho a acudir a los tribunales de justicia en búsqueda de defender sus derechos, lo que debió haber sido advertido por el magistrado acusado. En este sentido, apuntó que “si no lo sabe (distinguir), o no quiere hacerlo, no puede seguir sentado en el sitial de Juez”. En el mismo sentido, este tribunal señaló en el caso Sánchez Clariá que “no puede ser juez quien no ha demostrado saber distinguir entre el ejercicio del derecho a litigar y lo que prima facie constituye un fraude de vasto alcance”, JA, 1967-II-153. Parecería que la mayoría del Senado entendió que una situación similar se verificó en la decisión del juez Moliné O’ Connor al resolver el caso Meller.

⁴⁵ Al analizar la figura del prevaricato, Sebastián Soler hace una serie de consideraciones que se podrían aplicar de modo analógico al concepto de desvío de poder: “no existía ni existe... un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez. Esta caracterización determina que para imputar un hecho como prevaricato no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia: será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Para esto se hace necesario investigar los motivos que pueden haber torcido el pronunciamiento. Por eso es también tradicional que las leyes, al trazar esta figura, a título ejemplificativo hagan referencia a las pasiones que pueden haber inspirado la sentencia...: favor, enemistad, bajeza: vengar un resentimiento; favorecer a quien puede otorgar ventajas... No es de la incorrección objetiva de la sentencia que ha de inducirse la existencia de una pasión, sino al revés, es de la real existencia de una pasión que podrá inducirse un prevaricato cuando la sentencia sea incorrecta”, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As, 1964, T. V, pág. 208.

⁴⁶ Pensamos que en los casos Bustos Fierro, Murature y Markevich esta falta de imparcialidad aparece claramente reflejada en las decisiones que son objeto de acusación.

d) Estos elementos se comprueban o se pueden presumir fundadamente al examinar detenidamente y con un criterio jurídico independiente la actuación del magistrado en uno o en varios casos. Puede que en el proceso de remoción se puedan comprobar con claridad todos o sólo algunos de los elementos arriba descritos⁴⁷. Pero el tribunal llega fundamente a la convicción de estar en presencia de un ejercicio abusivo de la función jurisdiccional.

Pueden ser claros indicios de que estamos en presencia de un desvío de poder jurisdiccional los siguientes supuestos:

- Aventuras judiciales puestas de manifiesto a través de un comportamiento judicial atípico y llamativo;
- Actuación judicial a pesar de una clara y manifiesta incompetencia;
- Inactividad procesal deliberada y llamativa;
- Adopción de medidas cautelares infundadas, con grave lesión de derechos y garantías constitucionales;
- Cambios de criterio injustificados;
- Adopción de medidas claramente irrazonables e infundadas;
- Argumentación falsa.

E) Fundamentación de la tesis expuesta en base al equilibrio y armonización de los principios de independencia y responsabilidad judicial

Nos parece que a través de la tesis propuesta se equilibran adecuadamente los principios de independencia judicial y responsabilidad republicana por los actos de gobierno que consagra nuestra Constitución Nacional⁴⁸.

⁴⁷ En la parte final del voto del Dr. Fossati en el caso Moliné O' Connor que hemos transcrito en el Apartado II C), hay consideraciones interesantes sobre cómo puede advertirse y valorarse la presencia de un desvío de poder en una determinada sentencia.

⁴⁸ "Independencia y responsabilidad parecen antitéticas. De una manera general, la independencia se refiere a la prohibición de que otros poderes interfieran en los casos sometidos a juicio. La responsabilidad, a las consecuencias que las decisiones o falta de ellas puede generar para el juez. El sentido común indica que mientras más mecanismos existan para garantizar la independencia de los jueces, más difícil será hacerlos responsables, y que mientras se intente hacerlos responsables por sus actos menos independencia tendrán... Bajo determinadas condiciones independencia y responsabilidad no se contraponen. La tarea que nos proponemos es analizar esas condiciones o, en nuestra manera de concebir el problema, las definiciones y los contextos sociales en los cuales la independencia y la responsabilidad son complementarias", PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, Independencia y responsabilidad de los jueces, www.worldbank.org/legal.

El principio general del que se parte es que los magistrados no pueden ser juzgados por el contenido de sus sentencias si ellos ejercen de modo regular su actividad jurisdiccional⁴⁹. La independencia judicial, el deber de imparcialidad de los magistrados, la libertad de criterio con la que ellos deben decidir, la opinabilidad propia de las cuestiones jurídicas, la posibilidad de corregir los normales e inevitables errores judiciales a través de los recursos procesales ordinarios, justifican, entre otros motivos, la adopción de este principio general.

Sin embargo, según hemos visto, esta regla general reconoce excepciones. Se podría decir que en materia de responsabilidad de los magistrados ocurre algo parecido a lo que ocurre con el principio y garantía de la cosa juzgada. Se parte de un principio general de la irrevocabilidad judicial de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, pero se reconoce excepciones sumamente limitadas: el recurso de revisión en materia penal, la cosa juzgada írrita, el fraude procesal, etc.

Hemos sostenido que corresponde distinguir entre el simple error judicial, que en principio no genera responsabilidad política de los magistrados en relación al contenido de sus sentencias⁵⁰ –excepto cuando éste es gravísimo o reiterado–, y el desvío de poder por parte de los magistrados que sí genera la responsabilidad política de los magistrados por el contenido de sus actos jurisdiccionales.

La admisión en supuestos excepcionales de la responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias nos parece que no lesiona la independencia judicial en el marco de un Estado de Derecho. Ha señalado en este sentido el Tribunal Supremo español:

⁴⁹ “La regla es la no intromisión, salvo que los errores superen el límite razonable de lo tolerable” Hidalgo, Enrique, *Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados*, Depalma, Bs. As., 1997, pág. 120. Por su parte, el voto del Dr. Agúndez en el caso Lona señala: “*como principio general* y de acuerdo a la jurisprudencia de este Cuerpo, como así también a la letra expresa de la ley (Art. 14, Inc. B, Ley 24.937), cabe señalar que los jueces no serán sometidos a procesos de responsabilidad política –remoción– por la interpretación del derecho que realizan ni por el contenido de sus sentencias... La interpretación de las normas aplicables al caso efectuada por el magistrado, contenidas en la sentencia del 9 de septiembre de 1988, más allá de su acierto o error, comporta la adopción de un determinado criterio jurídico en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, materia ajena -*como principio*- al juicio político” (consid. 11).

⁵⁰ Así ha señalado la Corte Suprema que “la pretendida contradicción entre dos sentencias de un tribunal no constituye fundamento válido para el enjuiciamiento de sus integrantes, en ausencia del más mínimo indicio de que ello pudiera responder a propósitos inconciliables con el ejercicio de la magistratura”, ED, 51-266.

“En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable. Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobado penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho”⁵¹.

En sentido contrario, algunos de los autores y posturas jurisprudenciales consideran que la independencia judicial y la responsabilidad republicana por los actos de gobierno- en este caso las sentencias de los magistrados- se encuentran en una irreconcilable tensión recíproca. Así, en el alegato de la defensa del Dr. Moliné O’Connor se dice que responsabilizar a los jueces por el contenido de sus sentencias, “significaría lisa y llanamente el fin de la independencia del Poder Judicial respecto de los otros poderes de gobierno”. Se cree que no es posible sostener la vigencia efectiva de ambos principios (“*we are told we cannot have it both ways*”⁵², “independencia y responsabilidad parecieran antitéticas”⁵³). O se opta por un Poder Judicial independiente o por uno responsable ante la sociedad y ante los órganos de gobierno establecidos por la propia Constitución para su control.

⁵¹ STSE 79/2012.

⁵² FEREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, nº 77, p.962.

⁵³ PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p.1

Aquí se pretende proponer una visión diferente partiendo de la base de que ninguno de estos dos principios son fines en sí mismos, sino que son medios para un fin superior: un sistema judicial en el cual la resolución de los casos concretos se efectúe conforme a derecho (*a well functioning system of adjudication*⁵⁴). Es decir, se debe superar la concepción meramente abstracta y semántica de ambos principios, que no nos permite delimitar con precisión sus respectivos ámbitos de funcionamiento razonable, para encarar un análisis teleológico de los mismos, que permita compatibilizarlos en miras a su fin común.

Hay una confianza de la sociedad depositada en los jueces, “esperamos que decidan conforme a derecho, es decir siguiendo un conocimiento que se considera valioso en la sociedad y con la virtud personal de no dejarse influir por gratificaciones políticas o económicas”⁵⁵. Es para que puedan cumplir con ese fin, para que puedan satisfacer esta expectativa de la sociedad, que se les otorga independencia a los jueces. En última instancia, la independencia y las demás prerrogativas del poder judicial están prevista en beneficio de la sociedad y de los justiciables y no de los propios jueces⁵⁶.

Cuando esa confianza que se deposita en los magistrados es puesta en seria crisis, es decir, cuando la independencia judicial no es utilizada acorde con el fin para el que fue otorgada, debe hacerse responsables a los magistrados⁵⁷. En este mismo sentido, el juez americano Joseph Story, en sus *Commentaries on the Constitution* sostuvo que “los jueces son susceptibles de ser llevados a juicio político por cualquier violación u omisión de la alta confianza depositada en ellos”⁵⁸.

Como vemos, tanto la *independencia judicial*, en un primer momento, como la *responsabilidad política*, en el caso de que se presente un desvío imputable al magistrado en el ejercicio de su independencia, son principio que sirven a un fin común: un sistema judicial que resuelva los casos conforme a derecho. Cual-

⁵⁴ FERREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p.962.

⁵⁵ PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p.1

⁵⁶ Grupo Iberoamericano de Trabajo de la Unión Internacional de Magistrados, Asunción, 2002.

⁵⁷ Argumento muy similar (“crisis de la confianza de la sociedad en los magistrados”) es utilizado en el voto minoritario del Tribunal de Enjuiciamiento en el caso “Bustos Fierro”.

⁵⁸ STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution*, Boston, 1833, vol. 3, § 1629. En Internet: http://press-pubs.uchicago.edu/funders/documents/a3_1s_38.html

quiera de ellos puede ser relativizado –ya que son valores y principios instrumentales-, siempre que esto se haga al servicio de aquel fin último.⁵⁹

¿Qué es lo que verdaderamente queremos decir cuando hablamos de la necesidad de independencia judicial? ¿Qué es lo que queremos proteger o prevenir y por qué?

Hay consenso general acerca de que, en un Estado de Derecho, se necesita decisional *independence*⁶⁰, es decir, la posibilidad de los jueces de imputar hechos e interpretar la ley en los casos particulares libres de cualquier presión externa, ya sea personal, económica, social⁶¹, mediática, o política, incluyendo cualquier temor a la represión. Se debe procurar evitar las intromisiones políticas de cualquier tipo, provenientes de cualquier fuente, si éstas interfieren con el *well-functioning system of adjudication*, distorsionando el proceso de toma de decisiones judiciales.

La cuestión reside entonces en establecer las pautas que permitan distinguir las intromisiones arbitrarias e impertinentes en el ámbito de la independencia judicial, de aquellos excepcionalísimos casos en los que aquella intromisión –a través de la responsabilidad política de los magistrados- se ve justificada para preservar el propio *well-functioning system of adjudication*.

Cabe aclarar- como bien lo hace Gabriela Iturbide- que lo que principalmente se está juzgando en los procesos de responsabilidad política es la conducta del juez, más que el contenido de la sentencia en sí mismo considerado. En el mismo sentido, la Comisión Acusadora en el caso del juez Moliné O’Connor expresó “revisamos la conducta de Moliné O’Connor, no la sentencia”. Lo que sucede en estos casos es que la conducta del juez se confunde de algún modo con la sentencia, ya que ésta es el medio por excelencia a través del cual actúan los magistrados, plasmando su trabajo. Es por eso que para poder juzgar la conducta del magistrado –en estos casos- resulta indispensable indagar en el contenido de la sentencia, en el cual se ve concretada su voluntad. Se juzga la existencia de una

⁵⁹ FEREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p. 964.

⁶⁰ El otro aspecto del que habla la doctrina americana es la *institutional independence* del Poder Judicial.

⁶¹ “Es misión de los jueces resolver con sana reflexión las cuestiones que les son sometidas, aplicando concienzudamente el derecho vigente y ejerciendo su ciencia con independencia de presiones de cualquier índole, aunque se trate de las meramente psicológicas que ejercen los criterios imperantes en el medio social”, caso Villegas, Fallos, 320: 277 (1997).

inconducta grave, injustificable del magistrado como agente público, en la que la sentencia es tan sólo un instrumento utilizado para concretarla.⁶²

A la hora de juzgar sobre la conducta de los jueces, de modo particular sobre el contenido de sus sentencias, vuelve a surgir la imperiosa necesidad de que esa tarea sea realizada de modo independiente, sin presiones políticas ni sociales, y que también en los procesos de remoción de magistrados funcione adecuadamente “el sistema de adjudicación”, sin lugar tampoco aquí para el desvío de poderes o el desconocimiento de las reglas que rigen este tipo de procesos.

Consideramos que, mediante la separación de la función judicial, ejercida por un poder independiente de las otras ramas del gobierno, se busca promover la imparcialidad, la equidad y la regularidad en la interpretación y aplicación de la ley. Es por eso, que la independencia judicial debe ser defendida con suma firmeza como principio general, ya que hay una fuerte presunción –debido a la confianza depositada por la sociedad en los magistrados– de que la actividad jurisdiccional siempre tiende a concretar estos valores. Sin embargo, no debe olvidarse que es un principio con valor instrumental, es decir, que no tiene un valor final, una justificación en sí mismo: es una independencia para “algo”⁶³ (para un *well-functioning system of adjudication*), no para que el juez la utilice como se le antoje o como mejor le convenga según sus motivaciones personales. No es una independencia consagrada en el vacío, una independencia omnímoda. Por eso, en aquellos excepcionales casos en donde pretendan escudarse bajo el manto de la independencia judicial (“bill de indemnidad”) las sentencias viciadas por el manifiesto y reiterado apartamiento del derecho vigente o por la parcialidad del magistrado en el supuesto del desvío de poder jurisdiccional, éste debe responder políticamente. La inmunidad judicial absoluta no es un correlato necesario ni conveniente de la independencia judicial.⁶⁴

Nos parece que a través de la tesis propuesta aparecen suficiente y adecuadamente equilibradas las exigencias de los principios constitucionales de independencia y responsabilidad judicial.

⁶² ITURBIDE, Gabriela, “Responsabilidad de los magistrados: el error judicial”, ob. cit., p. 6.

⁶³ PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p. 4.

⁶⁴ “The privilege of judicial irresponsibility cannot be the price which the collectivity is asked to pay for judicial independence”, Capelletti, Mauro, ob. Cit., pág. 1983.

Factores que afectan la independencia judicial

JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIBAÑEZ*

I. Introducción

El papel que desempeña el sistema judicial en un Estado constitucional de Derecho es fundamental y de primerísima importancia; pues brinda seguridad jurídica racionalizando el ejercicio del poder político, a partir del control judicial al poder político, resguardando el régimen democrático, al preservar los principios democráticos, garantizando la convivencia pacífica mediante la protección efectiva, oportuna y eficaz a los derechos humanos y fundamentales, así como resolviendo los conflictos y controversias entre los particulares y de éstos con el Estado.

Dada la importancia del papel que desempeña el sistema judicial, es exigible una independencia judicial reforzada; misma que debe alcanzar al ámbito orgánico o institucional y al individual o personal de los jueces y magistrados.

La realidad concreta es que la independencia judicial no es plena en muchos Estados latinoamericanos; pues existe un constante debilitamiento debido a diversos factores, lo que tiene una directa incidencia en la calidad del servicio judicial, más concretamente en la calidad de las decisiones judiciales que no se encuadran en el Derecho sino en factores extrajurídicos, y ello vulnera el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho a ser oído por un juez natural independiente, competente e imparcial.

* *Ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón, de Cochabamba - Bolivia; docente de postgrado en varias universidades de Bolivia; profesor visitante en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Escuela Superior de Derecho de Cuiabá-Brasil; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas, miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Presidente de la Sección Nacional Bolivia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.*

En el presente trabajo se realiza un análisis descriptivo de los principales factores que afectan a la independencia judicial; ello con la finalidad de generar un debate sobre la temática y perfilar soluciones que permitan garantizarla.

II. La independencia judicial, su importancia y alcances

Se entiende por independencia judicial la cualidad que tiene el Órgano Judicial, así como sus magistrados y jueces, para desempeñar las funciones judiciales con subordinación solamente al Derecho vigente y exento de toda intromisión o injerencia ajena proveniente del poder político, económico o social.

Es la base esencial para la plena vigencia del Estado constitucional de Derecho y presupuesto indispensable para la satisfacción de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso. De otro lado, es el elemento central para generar la confianza y credibilidad ciudadana sobre el Órgano Judicial.

Dada su importancia, debe y tiene que ser garantizada por el Estado a través de la Constitución y las leyes, partiendo por proclamar y hacer efectiva la separación de funciones e independencia de los órganos del poder constituido distinguiendo claramente las funciones y competencias, siguiendo por una adecuada organización interna del Órgano Judicial. Al respecto, los Principios básicos de la ONU establece que “[l]a independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.”⁶⁵

La independencia judicial tiene por objetivo garantizar una impartición de justicia sujeta solo a la Constitución, las leyes, la jurisprudencia y los estándares internacionales sobre derechos humanos; garantizar un proceso razonable y justo; preservar la seguridad jurídica, resguardar el derecho a la igualdad de las personas ante la Ley y la aplicación de la Ley, así como el derecho al debido proceso en su garantía mínima del derecho a un Juez natural independiente, competente e imparcial.

⁶⁵ Organización de Naciones Unidas. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “[e]l objetivo de la protección [de la independencia judicial] radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁶⁶.

El Estatuto Universal del Juez, adoptado por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, en Taiwán, el 17 de noviembre de 1999, en su artículo 1º establece que “[l]a independencia del juez es indispensable para la justicia imparcial bajo la ley. Es indivisible. No es una prerrogativa o un privilegio otorgado para el interés personal de los jueces, sino que se otorga al Estado de derecho y el interés de cualquier persona que pida y que espera una justicia imparcial”⁶⁷.

La independencia judicial tiene una doble naturaleza; de un lado, es un principio constitucional que orienta la organización y funcionamiento del Órgano Judicial del Estado, como una garantía del Estado constitucional de Derecho y la seguridad jurídica; y, de otro, es un derecho subjetivo de los justiciables; pues es una potestad y facultad que tiene toda persona a ser oída y juzgada por un Juez natural independiente, competente e imparcial para la determinación de su responsabilidad penal o administrativa, o para establecer sus derechos u obligaciones. Así lo reconocen los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con relación a sus alcances, cabe señalar que la independencia judicial tiene una doble faceta, la institucional y la individual. En la faceta institucional, la independencia debe manifestarse en lo orgánico, de manera que el Órgano Judicial no sea parte ni dependa de ninguno de los otros órganos del poder constituido, y tenga la capacidad institucional de definir, por sí mismo, su estructura orgánica interna. En la faceta individual, la independencia se constituye en una prerrogativa y cualidad de los magistrados y jueces, que les permite desempeñar sus funciones y tomar sus decisiones, para resolver los conflictos judiciales, libres de toda presión o influencia provenientes de otros órganos del poder constitui-

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitez Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182. Párr. 55.

⁶⁷ Disponible en: <https://flamagistrados.org/wp-content/uploads/2015/07/Estatuto-Universal-del-Juez.pdf>

dos, de quienes detentan poder económico o social y de las instancias superiores de la jerarquía jurisdiccional.

Tomando en cuenta esa doble faceta, el sistema constitucional del Estado debe y tiene que garantizar la independencia tanto institucional como individual. Refiriéndose al tema, la Corte IDH ha señalado que “*el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico*”⁶⁸.

La necesaria independencia de los jueces y magistrados exige que éstos cuenten con mecanismos previstos por la Constitución y las leyes para su protección formal, que puedan ser invocados contra amenazas a la independencia, así como los mecanismos de protección que emerjan de los valores informales y de las tradiciones de la propia sociedad.

III. Factores que afectan a la independencia judicial

A pesar de estar expresamente reconocida y resguardada por las normas de la Constitución y las leyes de cada Estado, en la realidad cotidiana es que en muchos Estados Latinoamericanos la independencia judicial es menoscabada con acciones provenientes del poder político, el poder económico y el poder fáctico. Lamentablemente, debido a omisiones normativas, a partir de interpretaciones erróneas o el incumplimiento de las normas constitucionales, se generan diferentes factores que afectan a la independencia judicial. Los factores son múltiples, de los que los principales son los que seguidamente se describen.

3.1. Factores de orden económico

Una de las condiciones esenciales para lograr la plena independencia judicial es la referida a la autonomía económica financiera del Órgano Judicial, seguida de la autonomía administrativa, y complementada con la adecuada asignación presupuestaria.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem*. Párr. 55.

La autonomía económica supone que el Órgano Judicial cuente con la potestad de elaborar y ejecutar su presupuesto; de manera que el Órgano Ejecutivo y Legislativo deben respetar, en la instancia de aprobación oficial, el presupuesto elaborado en función a sus verdaderas necesidades. La adecuada asignación presupuestaria supone que el Tesoro General del Estado debe asignar los suficientes recursos económico – financieros al Órgano Judicial, de manera que pueda cubrir a cabalidad los requerimientos de infraestructura, equipamiento con tecnología de punta de los juzgados y tribunales, dotación de materiales e insumos, creación del suficiente número de juzgados y tribunales con el personal necesario, y un adecuado nivel salarial para los jueces y magistrados.

Con relación a una adecuada asignación presupuestaria, el Principio 7 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura⁶⁹, establece que “Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)⁷⁰, señala lo siguiente: “*Un aspecto esencial para garantizar la independencia institucional es que el poder judicial, Fiscalías y Defensorías no dependan para su disposición y manejo de otros poderes o entidades y cuenten con recursos suficientes para posibilitar el desempeño adecuado de las funciones que se les han encomendado (...) Al igual que lo ha señalado el Relator Especial de Naciones Unidas, la CIDH considera que el presupuesto asignado al poder judicial debe adecuarse a sus necesidades estar asegurado y revisarse progresivamente para lo cual debe establecerse un porcentaje fijo del Producto Interno Bruto (PIB) en el marco normativo*”.

De otro lado, la autonomía administrativa significa que el Estado reconozca al Órgano Judicial la potestad de autogobernarse, de organizarse internamente en el plano jurisdiccional y administrativo, de administrar sus recursos ejecutando su presupuesto; administrar el Sistema de Carrera Judicial y el Régimen Disciplinario.

⁶⁹ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44. 5 diciembre 2013. Párr. 49 – 51.

Respecto a este tema, la Comisión IDH⁷¹, señala que “*en lo que se refiere al manejo del presupuesto, la CIDH considera que una forma de garantizar la independencia es que la administración de los fondos financieros sea encomendada directamente a la entidad correspondiente o a un órgano independiente encargado del gobierno y de la administración de los mismos*”.

Lamentablemente, en los sistemas constitucionales de algunos Estados Latinoamericanos, es el caso de Bolivia, no se cumple con esas condiciones, lo que afecta a la independencia judicial.

En el caso boliviano, se ha producido un retroceso en materia de reconocimiento de la autonomía económica y administrativa. En la reforma constitucional de 1994, se introdujo una norma expresa en la Constitución que preveía lo siguiente: “*El Poder Judicial tiene autonomía económica y administrativa. El presupuesto General de la Nación asignará una partida anual, centralizada en el Tesoro Judicial, que depende del Consejo de la Judicatura*”.⁷² Lamentablemente en la reforma constitucional de 2009, se ha sustituido esa norma por la que ahora dispone lo siguiente: “*Constituyen garantías de la independencia judicial: 2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales*”.⁷³

La consecuencia de lo referido es que, el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo no respetan el presupuesto que formula el Órgano Judicial; al contrario, el Ejecutivo le asigna un techo presupuestario y el Legislativo, al emitir la Ley Financiera que aprueba el Presupuesto General del Estado, aprueba lo definido por el Órgano Ejecutivo.

En los quince años la asignación presupuestaria al Órgano Judicial se ha reducido considerablemente, al grado que llega sólo al 0.39% del Presupuesto General del Estado. Una asignación absolutamente insuficiente para: i) brindar adecuada cobertura del servicio judicial con creación de nuevos juzgados en los municipios en los que no existen⁷⁴ y en aquellos otros en los que, existiendo, no son suficientes para atender la elevada carga procesal; ii) dotar de adecuada infraestructura, equipamiento, insumos y material; iii) para sostener programas de capacitación y actualización permanente; iv) para sistematizar y distribuir

⁷¹ *Ibíd.* Párr. 54.

⁷² Así disponía el artículo 116.VIII de la Constitución de 1967 reformada en 1994.

⁷³ Así dispone el art. 178.II.2 de la Constitución de 2009.

⁷⁴ De los 339 municipios que conforman el Estado Plurinacional de Bolivia solo 180 cuentan con juzgados.

oportunamente información legislativa, jurisprudencial y doctrinal a los jueces; y v) para mejorar el régimen salarial de los jueces y magistrados.

Una solución a ese problema es incluir en el texto de la Constitución una norma que proclame expresamente la autonomía económica y presupuestaria, previendo una asignación presupuestaria suficiente para cubrir los requerimientos del Órgano Judicial, definiendo una asignación presupuestaria con un porcentaje mínimo del Presupuesto General del Estado que obligatoriamente debe aprobar anualmente el Legislativo y desembolsar el Ejecutivo, para así evitar que el Órgano Judicial se vea obligado a realizar permanentes negociaciones con los órganos Ejecutivo y el Legislativo. Asimismo, debe incluirse una norma que prohíba la reducción del presupuesto asignado y aprobado mediante la Ley Financial.

Sobre este tema, la Comisión IDH ha señalado lo siguiente: “(...) los Estados que no establecen en su marco normativo un porcentaje mínimo de presupuesto asignado los órganos de administración de justicia generan amplios riesgos a la independencia institucional precisamente por su sujeción a las decisiones que sobre el monto de su presupuesto puedan tomar discrecionalmente el poder ejecutivo, el poder legislativo u otros órganos del poder público y las consecuentes negociaciones que pueden verse obligados a realizar para lograr la asignación de un presupuesto adecuado. Lo anterior, además del efecto que pudiera también tener la inseguridad en el presupuesto de manera directa en las condiciones de servicio de las y los operadores de justicia”.⁷⁵

De otro lado, la autonomía administrativa significa que el Estado reconozca al Órgano Judicial la potestad de autogobernarse, de organizarse internamente en el plano jurisdiccional y administrativo, de administrar sus recursos ejecutando el presupuesto asignado; administrar el Sistema de Carrera Judicial y el Régimen Disciplinario. Así, refiriéndose al tema, la Comisión IDH ha señalado que “(...) una forma de garantizar la independencia es que la administración de los fondos financieros sea encomendada directamente a la entidad correspondiente o a un órgano independiente encargado del gobierno y de la administración de los mismos”.⁷⁶

Lamentablemente, en algunos Estados latinoamericanos esa autonomía administrativa es afectada con acciones y determinaciones adoptadas por el Ejecutivo y Legislativo; pues toman decisiones sobre modificaciones y ajustes presupuestarios sin la participación del Órgano Judicial.

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 50.

⁷⁶ Ibídem. Párr. 54.

Refiriéndose al tema, la Comisión IDH ha señalado que “(...) *observa con preocupación que lo anterior no siempre se encuentra reflejado en las constituciones de los Estados de la región, ni incluso para el poder judicial, de tal forma que en varios Estados, en la práctica, existe dependencia de las entidades de justicia al poder ejecutivo cuando éste propone el presupuesto, o bien, al poder legislativo, cuando éste se encuentra encargado de asignarlo o aprobarlo*”.⁷⁷

IV. Factor de formación profesional

Otra condición esencial para garantizar la independencia judicial, en su faceta individual, es la adecuada formación profesional, de un lado, de los abogados; y, de otro, de aquellos que accederán al cargo de jueces y magistrados.

Refiriéndose a las condiciones para garantizar la independencia judicial, la Comisión IDH, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, ha señalado lo siguiente: “[e]l requisito de independencia [...] requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad un cargo y **la capacitación profesional adecuada**”.⁷⁸

Y en su Informe Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, ha señalado que “[u]na condición importante para garantizar la actuación independiente de las y los operadores de justicia es que cuenten con una capacitación adecuada. La mayor capacitación y formación profesional hace menos influenciables a las y los operadores de justicia a presiones o injerencias y garantiza, además, que sus decisiones respondan efectiva y correctamente a los requerimientos del derecho”.⁷⁹

Sin embargo, siendo así que el Derecho ha evolucionado significativamente a partir de la segunda posguerra mundial, acontece que actualmente en muchos Estados Latinoamericanos la formación profesional no avanza a la par con esos cambios; lo que se constituye en un factor negativo que afecta a la independencia judicial en su faceta individual.

⁷⁷ *Ibidem*. Párr. 50.

⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Documento de la Organización de Estados Americano OEA/Ser.L/V/II.116.Coc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 95.

⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Ci. Párr. 140.

En el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, las universidades no se han transformado en función a los cambios operados en el ámbito del Derecho. Las universidades públicas y privadas están formando profesionales abogados sobre la base de un diseño curricular no actualizado en función a las transformaciones del Derecho y con relación al mercado y el perfil profesional. Se están formando abogados *ius privatistas* (expertos en Derecho Privado con énfasis en el Derecho Civil) y *procedimentalistas* (expertos en el manejo de los procedimientos previstos por los códigos de procedimientos para la tramitación de los procesos judiciales); se trata de una formación profesional en la que se parte de una premisa errónea consistente en: conocer el Derecho es directamente proporcional a la capacidad de repetir el texto de la Ley, por lo que se considera que la enseñanza del Derecho debe girar en torno a categorías abstractas (conceptos y reglas) y a sus relaciones formales y sustanciales.

La formación no debe reducirse a la dotación de conocimientos enciclopedistas esencialmente “legocéntrica”, sobre la base de los materiales jurídicos creados por el legislador; al contrario, debe implementarse un sistema de formación profesional sobre un currículo actualizado que garantice dotar a los profesionales de conocimientos, capacidades, habilidades y destrezas, con énfasis en los valores y principios; de manera que el profesional abogado sea poseedor de probidad e idoneidad.

Algo que debe llamar la atención es que los abogados con el grado de licenciado en Derecho quedan directamente habilitados al ejercicio profesional, como abogados o jueces. No se cuenta con un sistema de acreditación al ejercicio profesional en la litigación, es decir, en la atención de procesos judiciales.

Esos profesionales, cumpliendo los requisitos previstos por Ley, entre otros de tener 2 años de experiencia en el ejercicio de la profesión, pueden ser designados jueces, lo cual no resulta apropiado.

Cabe advertir que, para el desempeño de las funciones de Magistrado o Juez, no es suficiente la formación del profesional abogado; pues se requieren de capacidades, habilidades y destrezas adicionales a las que posee un abogado; por lo que se debe formar a los jueces en una Academia o Escuela de Jueces. Se entiende que ese proceso de formación no debe estar centrado en la transmisión de conocimientos sobre el Derecho, sino de capacidades, habilidades y destrezas para el desempeño judicial.

Precisamente, una de las deficiencias se presenta en la falta de una adecuada formación de jueces; pues si bien existe la Escuela de Jueces, la formación todavía no es la adecuada a los requerimientos para el desempeño de la función judicial.

V. Factor injerencia política en los procesos de selección y designación de jueces

Un factor gravitante que afecta a la independencia judicial es la injerencia política en las labores del Órgano Judicial, como corporación, y en el desempeño de las labores jurisdiccionales de los magistrados y jueces; injerencia que resulta muy acentuada en algunos Estados Latinoamericanos.

En el caso del Estado boliviano, en el Informe: Acceso a la Justicia e Inclusión Social, se afirma que *“La Comisión observó diversos elementos que pueden cuestionar la independencia, imparcialidad e idoneidad de los jueces en Bolivia. En primer lugar, y tal como se detallará en los siguientes numerales, se tomó conocimiento de algunas falencias en cuanto a los procesos de designación de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, así como de la debilidad y falta de consolidación de un sistema disciplinario. Asimismo, existe una percepción muy fuerte de que los poderes Ejecutivo y Legislativo no respetan la independencia judicial. En tal sentido se recibieron denuncias sobre la continuidad de la injerencia desde las más altas autoridades del Estado mediante declaraciones públicas manifestando oposición directa a ciertas decisiones judiciales, o posicionándose sobre casos pendientes de decisión, particularmente los de mayor sensibilidad para la opinión pública (...) Es importante resaltar que algunos funcionarios judiciales y del Ministerio Público con quienes se mantuvieron entrevistas durante la visita de la Comisión, indicaron que sienten incertidumbre y que estiman afectada su independencia para resolver los casos, dadas las presiones sociales y políticas que suelen ejercerse sobre ellos”*⁸⁰.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Informe evacuado por la CIDH como resultado de la visita realizada a Bolivia entre el 12 y 17 de noviembre de 2006, publicado por determinación adoptada el 28 de junio de 2007. Página Web de la CIDH: [http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/B olivia07cap1.sp.htm#A](http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/B%20olivia07cap1.sp.htm#A). Párrs. 70, 71 y 74.

La injerencia política se origina principalmente a partir de los procesos de selección y designación de los magistrados y jueces. De un lado, en los sistemas de selección y designación de los magistrados y jueces de muchos Estados se encomienda la labor a instancias políticas como el Legislativo y, en su caso, el Ejecutivo; y, de otro, los procedimientos de selección y designación no se sujetan a los estándares internacionales establecidos; al contrario, dejan márgenes de discrecionalidad.

En varios Estados los encargados de realizar la selección y designación de las autoridades judiciales, al detentar el poder político en el Estado, realizan su labor sobre la base de lazos de lealtad en los seleccionados y designados; ya que la selección y, en su caso, la designación, no se realiza sobre la base de la comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, sino sobre la base de otros criterios, entre ellos de afinidad política. Refiriéndose al tema, la Comisión IDH ha señalado que *“comparte con la Relatora Especial de Naciones Unidas que uno de los principales problemas en algunos países de la región es el elevado grado de politización de los sistemas de selección, nombramiento o elección de las y los operadores de justicia, el cual se inicia en muchos casos en los procesos de selección de las más altas jerarquías en cabeza de las entidades de justicia y se traslada al nombramiento de las demás instancias afectando el funcionamiento de todo el aparato de justicia”*⁸¹

Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“(...) cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas”*⁸².

Por su parte la Comisión IDH⁸³, citando la Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, ha señalado que *“(...) si no se respetan ciertos parámetros básicos, el régimen de selección y nombramiento podría facilitar un alto grado de*

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 57.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 74.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 56.

discrecionalidad por parte de las autoridades que participan en el proceso, en virtud de lo cual, las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas”, y señala que “(...) en los procesos de selección y nombramiento deben observar algunos criterios y principios, los cuales se deben verificar tanto en los requisitos, como en el procedimiento y determinación de las calificaciones para la selección y nombramiento de las y los operadores de justicia a fin de garantizar su actuación independiente”. Los parámetros básicos referidos por la Comisión IDH, son: a) igualdad de oportunidades y no discriminación; b) selección con base en el mérito y capacidades; y c) publicidad y transparencia.

Con relación a la igualdad de condiciones y no discriminación, corresponde señalar que los estándares internacionales exigen que el proceso para la selección y designación de magistrados y jueces garantice igualdad de oportunidades a todas y todos los postulantes evitando tratos discriminatorios. La Corte IDH, en su Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela ha señalado que “(...) todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial (...) La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo”.⁸⁴

Lamentablemente en muchos estados latinoamericanos no se han logrado eliminar en los procesos de selección y designación, especialmente de jueces de apelación y magistrados de las máximas cortes, factores que generan discriminación; así, por ejemplo, respecto a las mujeres. Al respecto, la Comisión IDH señala que “(...) uno de los problemas importantes en la región es la falta de representatividad de los diversos sectores de la sociedad en los órganos que intervienen en las entidades que participan en la justicia. En este sentido, por ejemplo, la Comisión Interamericana observa con preocupación la desigual participación de

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 72.

las mujeres en las entidades de justicia. Al respecto, la CIDH recibió información según la cual, en las diferentes entidades participantes de la administración e impartición de justicia existe una minoría de mujeres”; por ello, la Comisión ha instado “*a los Estados a revisar y eliminar todas las normas que pudieran traducirse en una discriminación de las y los candidatos que aspiren a un cargo en las entidades de justicia, tanto de aquellas que claramente establezcan una discriminación como de aquellas que por su vaguedad o amplitud puedan generar situaciones de discriminación de facto*”.⁸⁵

Respecto a la selección con base en el mérito y capacidades de los postulantes, supone que se debe seleccionar a los candidatos a ser designados como magistrados y jueces sobre la base de la comprobación pública y transparente de las idoneidades que debe reunir el profesional para ejercer las funciones judiciales. Se trata de comprobar que el postulante sea poseedor de la idoneidad profesional, de ejercicio, psicológica, gerencial, social e idoneidad ética. La comprobación debe ser realizada a través de criterios objetivos, sobre la base de reglas preestablecidas y a cargo de expertos o entendidos en la materia; en la comprobación de la idoneidad ética se debe garantizar la participación ciudadana.

Refiriéndose al tema, la Corte IDH, en su Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, ha señalado que “*(...) se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar*”.⁸⁶

Por su parte, la Comisión IDH ha señalado que “*(...) los concursos públicos de oposición y de mérito pueden ser un medio adecuado para la designación de operadores de justicia con base al mérito y capacidades profesionales. En tales concursos pueden incluirse aspectos como la formación profesional y los años de experiencia requeridos para el cargo, los resultados derivados de la aplicación de exámenes donde se respete el carácter anónimo de las pruebas¹⁴⁴, de tal forma que no sean seleccionados ni nombrados operadores de justicia de modo discrecional y puedan acceder todas las personas que estén interesadas y reúnan los requisitos*”.⁸⁷

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 64 - 66.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 72.

⁸⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 76.

Lamentablemente, en muchos Estados Latinoamericanos los procesos de selección y designación de los magistrados y jueces no están diseñados para garantizar que los cargos sean provistos por profesionales que reúnan la probidad y las idoneidades que exige el desempeño de las funciones; pues en muchos casos priman otros criterios subjetivos, como el de la afinidad política, lo que precisamente genera el deterioro de la independencia judicial.

En el caso boliviano, por previsión de los arts. 182.I, 188.I, 194.I y 198 de la Constitución, los magistrados de los máximos tribunales de justicia y los consejeros del Consejo de la Magistratura son elegidos mediante voto popular de candidatos seleccionados en el Órgano Legislativo por dos tercios de votos; es en el procedimiento de selección de los candidatos que se distorsiona el sistema porque se selecciona a los candidatos sobre la base de la afinidad política y no la comprobación pública de la probidad y la idoneidad. Así aconteció en los dos procesos ya realizados, el primero en el año 2011 y el segundo el año 2017.

Para sustentar esa nueva modalidad se argumentó que se otorgaría legitimación democrática directa a los magistrados y se proscibiría la injerencia política. Se dijo que se daría fin al “cuoteo político” que se generaba en el Congreso Nacional; y, por tanto, se acabaría con la injerencia política en el sistema judicial.

Luego de haberse aplicado el sistema en dos ocasiones, los resultados concretos muestran que no se cumplió con las finalidades para la que fue concebido el sistema de elección por voto popular de los magistrados de los máximos tribunales de justicia del Estado, como es el de otorgar legitimación democrática directa a dichas autoridades judiciales y de proscibir la injerencia política.

Ello porque en realidad la modalidad adoptada por el Constituyente es híbrida, vale decir, una combinación entre el sistema napoleónico en la preselección de los candidatos y el sistema anglosajón en la elección de los magistrados. Ello significa que el sistema adoptado no reconoce a los ciudadanos y ciudadanas el pleno derecho de definir qué profesionales asumirán las funciones de magistrados de los máximos tribunales de justicia; al contrario, los relega a la función de meros votantes, no electores. Es la Asamblea Legislativa Plurinacional la que define qué profesionales son los candidatos a magistrados; si bien es cierto que lo hace con una votación cualificada, no es menos cierto que, si el partido o movimiento político en función de gobierno cuenta con los dos tercios en el Legis-

lativo, como fue el caso en los dos procesos ya realizados⁸⁸, la definición tiene su base en criterios de afinidad o simpatía política y no en la idoneidad y probidad. Entonces, los ciudadanos y ciudadanas se constituyen en sujetos pasivos del proceso; porque la decisión ya es tomada en la Asamblea Legislativa Plurinacional que elabora la lista de candidatos; el ciudadano no hace otra cosa que votar sobre la base de la lista impuesta.

El procedimiento aplicado en la selección de los candidatos motivó que, en las dos elecciones, las ciudadanas y los ciudadanos rechacen el sistema y a los candidatos seleccionados a partir de una altísima votación por la opción “nulo”. Así en las elecciones de 2011, del total de votos emitidos para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, 1.758.283, que representa el 42,10%, fueron votos válidos, 579.363, que significa el 13,87%, fueron votos blancos; y 1.838.903, que constituye el 44,03%, fueron votos nulos; de los 1.768.576 votos emitidos para la elección de los magistrados del Tribunal Agroambiental, 1.768.576 votos, que representan el 42,34%, fueron los votos válidos, 629.469, que representan el 15,07%, fueron votos blancos y 1.779.425, que significa el 42,60%, fueron votos nulos. En las elecciones de 2017, del total de votos emitidos para los candidatos a magistrados, solamente un promedio del 35,32% fueron válidos, en cambio un promedio del 64,68% fueron votos nulos y blancos⁸⁹.

El Consejo de la Magistratura, cuyos miembros fueron elegidos con el procedimiento referido realizó designación de jueces de instancia haciendo primar criterios de afinidad política; además seleccionaron a los postulantes para el cargo de jueces de apelación aplicando el mismo criterio. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, cuyos magistrados fueron elegidos con el procedimiento referido, realizaron la designación de los jueces de apelación haciendo primar el criterio de afinidad política.

Finalmente, con relación al estándar referido a la publicidad y transparencia en el proceso de selección y designación de magistrados y jueces cabe señalar que se cumple adoptando un sistema que garantice, de un lado, la divulgación pública de las convocatorias, de los requisitos y condiciones que deben reunir

⁸⁸ Cabe señalar que el Movimiento Al Socialismo (MAS), en función de gobierno, en las elecciones de 2011 y las de 2017 contó con dos tercios de votos en la Asamblea Legislativa Plurinacional.

⁸⁹ Fuente: Tribunal Supremo Electoral de Bolivia, Elecciones Judiciales. Sitio Web: <https://www.oep.org.bo/>

los postulantes, de los criterios de evaluación para la comprobación de la probidad y las idoneidades; y, de otro, la difusión pública de los resultados de las evaluaciones previendo los medios de impugnación de los que deben gozar los postulantes.

Sobre el tema la Comisión IDH ha señalado que “(...) los Estados deben emitir de manera previa y públicamente las convocatorias y procedimientos con los requisitos, criterios y plazos para que cualquier persona que considere satisfechos los requerimientos pueda acceder a los puestos de fiscal, juez, jueza, defensora o defensor público (...) Por otro lado, además de la publicidad de los requisitos y procedimientos, como un elemento de la transparencia a observarse en los procesos de selección, la Comisión considera positivo que los procedimientos sean abiertos al escrutinio de los sectores sociales, lo cual reduce significativamente el grado de discrecionalidad de las autoridades encargadas de la selección y nombramiento y la consecuente posibilidad de injerencia de otros poderes, facilitando la identificación del mérito y capacidades profesionales de las y los candidatas (...) para fortalecer la independencia de las y los operadores de justicia que integrarán los más altos puestos dentro del poder judicial, fiscalía o defensoría pública, resulta conveniente incluir la celebración de audiencias o de entrevistas públicas, adecuadamente preparadas, en las que la ciudadanía, las organizaciones no gubernamentales y otros interesados tuvieran la posibilidad de conocer los criterios de selección, así como a impugnar a las candidatas y candidatos y expresar sus inquietudes o su apoyo”⁹⁰

VI. Factor falta de garantías para la estabilidad laboral

Finalmente, otro factor importante que afecta a la independencia judicial es la inestabilidad laboral a la que están expuestos los jueces, por falta de garantías idóneas.

Para lograr la estabilidad laboral de los jueces, el Estado debe y tiene que establecer garantías para su permanencia hasta que cumplan con el período de mandato, si lo tienen, o hasta que lleguen a la edad de jubilación, si están en carrera judicial; así como la prohibición de destitución o separación de funciones sin justa causa y sin el debido proceso.

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 79 – 81.

En los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de la ONU, se determina que “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”.⁹¹

El Comité de Derechos Humanos, en sus Observación General N° 32, ha señalado que “podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial”.⁹²

Por su parte la Corte IDH, en su Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, ha señalado que “[d]e todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”.⁹³

Lamentablemente en algunos Estados Latinoamericanos los jueces están expuestos a períodos cortos de desempeño, de manera que en los procesos de ratificación se despliega la injerencia política. En su caso, existen potestades discrecionales de traslado de los jueces, como un mecanismo indirecto de presión, que afecta a su estabilidad laboral. En otros casos, procede a la separación de funciones o destitución a través de procedimientos arbitrarios que vulneran el debido proceso, y afectan a la estabilidad laboral.

Al respecto, la Comisión IDH, ha señalado que “en la región existen diferentes factores que dificultan que el nombramiento tenga la duración en la forma

⁹¹ Organización de Naciones Unidas. Op. Cit. principios 11 y 12.

⁹² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14. Párr. 20.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 79.

*indicada. Entre los problemas que son comunes en la región (...) se encuentran: a) la reelección de las y los operados de justicia; b) cargos interinos o en provisoriedad y libre nombramiento y remoción y c) los períodos de prueba”.*⁹⁴

En el caso del Estado boliviano, desde la promulgación de la Constitución, el 07 de febrero de 2009, en adelante se han adoptado medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y jurisdiccionales que, en vez de garantizar la estabilidad y seguridad para los jueces y así reforzar su independencia, han generado inestabilidad e inseguridad.

Mediante las leyes N° 003 de 13 de febrero de 2010 y 040 de 1 de septiembre de 2010, el Órgano Legislativo declaró que todos los cargos de la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito y Juzgados, Tribunal Agrario Nacional, y el Tribunal Constitucional, son transitorios; con lo que se ha dejado sin eficacia alguna la Carrera Judicial, y la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces y magistrados.

La Ley 025 del Órgano Judicial establece un régimen disciplinario con signos de desconocimiento de garantías constitucionales, como el principio de legalidad y el debido proceso; pues la tipificación de las faltas disciplinarias, en algunos casos, expresan contradicciones o son de textura abierta que dan lugar a diversas interpretaciones para su aplicación; los procedimientos de determinación de la responsabilidad disciplinaria dan lugar a la vulneración del derecho al debido proceso, agravándose la situación en el Reglamento aprobado por el Consejo de la Magistratura.

Aplicando esas normas legales y reglamentarias, se han instaurado y sustanciado procesos disciplinarios en contra de jueces de carrera que ejercían sus funciones con independencia, para destituirlos u obligarlos a renunciar.

VII. Una alternativa de mecanismo de designación/promoción de los jueces a fin de evitar su politización

Cabe señalar que no es posible establecer un sistema estándar de selección y designación de magistrados y jueces. Cada Estado tiene sus particularidades; por lo que, la definición debe responder a la realidad social, política y cultural de cada país, acogiendo los estándares internacionales.

⁹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 85.

Pero algo básico que debe primar en todo proceso de selección y designación adoptado por cualquier Estado es que tenga su base en la comprobación pública y transparente de las idoneidades que deben poseer quienes tengan que asumir la función de magistrados y jueces.

Es importante comprobar que los postulantes sean poseedores de las siguientes idoneidades:

La idoneidad científica, tiene que verificarse la formación profesional del o la postulante, la especialización en determina área del Derecho a través de los posgrados, y la formación para el desempeño de la labor de juez.

La idoneidad de ejercicio, verificar que él o la postulante al cargo de magistrado o juez sea poseedor de capacidades, habilidades y destrezas para el desempeño de las funciones judiciales; tales como la identificación adecuada de la problemática planteada por el justiciable, plantear una solución razonable y adecuada a la problemática, el manejo de los precedentes obligatorios, habilidades y destrezas en la interpretación de la Constitución y la Ley, manejo adecuada de la argumentación jurídica.

La idoneidad psicológica, comprobar que él o la postulante tenga estabilidad emocional, personalidad y temperamento adecuados para ejercer la función judicial, así como su capacidad de trabajar bajo presión.

La idoneidad gerencial, verificar sus cualidades para organizar de manera adecuada su despacho, y la relación con el personal de apoyo jurisdiccional, con los litigantes y los profesionales abogados que intervienen en el litigio.

La idoneidad ética, comprobar que él o la postulante sea poseedor de principios éticos, que en su vida particular y en el ejercicio de la profesión se apega a esos principios.

La idoneidad social, verificar que el postulante sea conocedor de la realidad social, política, económica y cultural de la Sociedad en la que ejercerá sus funciones, de manera que no se tenga un “juez de mármol”, sino una autoridad compenetrada de la realidad circundante.

Es recomendable que la comprobación pública de las idoneidades debe ser realizada por una Comisión Nacional de Nominación, constituida por profesionales altamente calificados y de reconocida trayectoria profesional, designados por entidades académicas e instituciones de la Sociedad vinculadas a la actividad judicial, previa comprobación de la idoneidad y probidad en un procedimiento que permita a la ciudadanía objetar a algún postulante que no reúna

las condiciones de la idoneidad y probidad. Una Comisión con funcionamiento permanente, con responsabilidad funcionaria de sus integrantes, y rentados por el Estado.

La comprobación de las idoneidades deberá efectuarse, a través de un procedimiento regulado por un Reglamento que establezca criterios y parámetros objetivos de evaluación, los mecanismos de comprobación como el concurso de méritos habilitante, examen de competencia y entrevistas; también deberá prever un procedimiento para que los miembros de la Comisión que tengan un conflicto de intereses puedan apartarse del proceso de evaluación; finalmente, el Reglamento deberá prever la participación activa de la Sociedad Civil en la verificación de la idoneidad ética de los postulantes. La Comisión debe elaborar la nómina a ser remitida al órgano estatal competente para realizar la designación.

La designación deber ser realizada por un órgano estatal que cuente con legitimación democrática directa, para otorgar una legitimación democrática indirecta a los magistrados y jueces, pero con reglas claras que impidan márgenes de discrecionalidad.

VIII. Una alternativa para compatibilizar los mecanismos de responsabilidad de los jueces con el respeto a su independencia

Uno de los presupuestos para lograr la independencia judicial es la estabilidad laboral de los jueces. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, ha señalado lo siguiente: *“De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”*⁹⁵.

La forma ideal de garantizar la estabilidad laboral de los jueces es eliminar el periodo de mandato y establecer sistemas de promoción y ascensos. Ello es posible si se adopta un adecuado y debidamente normado Sistema de Carrera

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 79.

Judicial; como un sistema que regula el régimen de ingreso, permanencia y cesación de funciones de los servidores judiciales sobre la base del reconocimiento, evaluación de méritos y acreditación progresiva de conocimientos y formación jurídica.

La otra forma de garantizar la estabilidad de los jueces es protegerlos del ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia de los litigantes que, al haber obtenido una sentencia desfavorable, en muchos casos por errores de su abogado, instauran acción penal en contra del Juez o presentan denuncias por supuesta comisión de faltas disciplinarias.

No se trata de generar impunidad en los jueces, sino de cuidar que no se afecte su independencia mediante la presión desplegada con la instauración de acciones penales o disciplinarias. Ello obliga a compatibilizar los mecanismos de determinación de la responsabilidad de los jueces con la necesidad de garantizar su independencia en el desempeño de su labor.

Ello supone establecer un régimen disciplinario respetuoso del principio de legalidad y del debido proceso, exento de arbitrariedades. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 32⁹⁶, refiriéndose al tema ha señalado que “[l]os jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley”. Por su parte, la Corte IDH, en su Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, ha afirmado que “(...) la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”.

En el orden penal, requiere modificar la tipificación del delito de prevaricato. Resulta que en muchas legislaciones penales, entre ellas la de Bolivia, todavía se tipifica como delito de prevaricato la acción de dictar sentencia manifestamente contraria a la Ley. Siendo así que, en el contexto actual los jueces constitucionales tienen la obligación de interpretar la Ley desde y en conformidad con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad; de verificar si la Ley con que resolverán el caso es compatible con la Constitución y las normas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, aplicar precedentes obligatorios y estándares internacionales; cometido en el que podrían emitir una sentencia que, a vistas de la parte perdedora del litigio, resulta

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 20.

siendo una sentencia contraria a la Ley; se debe tomar la previsión de que esa tipificación sea cambiada, de manera que el elemento constitutivo del tipo penal sea la acción de emitir resoluciones judiciales contrarias al Derecho no la Ley.

Finalmente, es importante que los jueces gocen de un fuero constitucional, como garantía de su independencia, consistente en un procedimiento especializado que garantice un juicio penal con las debidas garantías constitucionales, para determinar su eventual responsabilidad penal.

Responsabilidad de los jueces e independencia judicial

MARISOL PEÑA TORRES*

I. Rol del principio de responsabilidad dentro del Estado de Derecho y su aplicación a la actividad jurisdiccional

El principio de responsabilidad puede ser visto, dentro del Estado de Derecho, como la necesaria consecuencia de la infracción del orden jurídico, objetivo e impersonal, que rige la convivencia ciudadana.

El sistema de responsabilidades, en un Estado de Derecho persigue, en última instancia, hacer efectivo el necesario control sobre quienes ejercen el poder a fin de evitar la concentración del mismo en perjuicio de la libertad de las personas y grupos. Esta tesis, derivada de las ideas clásicas de Montesquieu, contenidas en su obra “El Espíritu de las Leyes”, puede ser complementada desde el punto de vista democrático, con la idea de que la responsabilidad de los órganos de poder está directamente relacionada con el depósito de confianza que reciben de la ciudadanía en el contexto de nuestras democracias representativas y que encuentra su origen en las ideas del Abate Sieyès expuestas en su obra “¿Qué es el tercer Estado?” Esta última perspectiva a llevado a valorizar el *accountability* o rendición de cuentas de los órganos de poder ante una ciudadanía que, en la actualidad, es crecientemente más informada y comprometida con las decisiones que van a afectar su destino.

En esta línea argumental, la Carta Democrática Interamericana de la OEA, del año 2001, señala en su artículo cuarto, que entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia se encuentran la transparencia en las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en

* Profesora titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Estudios Internacionales Universidad de Chile. Ex Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile y Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Debemos entender que estos supuestos no sólo son aplicables a aquellas autoridades que ejercen el gobierno en un sentido estricto, como son quienes componen los Poderes Ejecutivos de nuestros Estados, sino que, más bien, se alude al ejercicio de funciones públicas en general.

Así, la plena vigencia de una democracia vigorosa y de un Estado de Derecho que realmente equilibre el ejercicio del poder con la libertad de las personas exige el fortalecimiento permanente de la responsabilidad de los órganos del Estado y, entre ellos, de los jueces.

En el caso del ejercicio de la función judicial, la trascendencia del principio de la responsabilidad se aprecia en toda su magnitud si consideramos, siguiendo a la Comisión de Venecia, asesora del Consejo de Europa para la Democracia a través del Derecho, que el rol esencial de los jueces se define por ser los guardianes de los derechos y libertades de las personas en base a los estándares previstos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.⁹⁷

En este sentido puede sostenerse que la actividad jurisdiccional conecta dos de los elementos estructurales del Estado de Derecho: la garantía de los derechos y libertades humanas y el sometimiento de las autoridades al imperio del derecho.

Por su parte, la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones se vincula, a su vez, con el principio de la independencia judicial en la medida que la garantía de los derechos y libertades que les está confiada no podría ser cumplida en un contexto en el que los jueces no estuvieran sometidos únicamente al derecho y a la justicia.⁹⁸

⁹⁷ European Commission for Democracy through Law. *Report on the Independence of Judicial System*. Part I: The Independence of judges, 2010, p. 3. En: www.venice.coe.int [consultado el 5 de junio de 2021].

⁹⁸ Como sostiene el ex Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak. “La independencia del Poder Judicial significa, primero y antes que nada, que al juzgar, el Juez no está sujeto a nada más que al derecho. El derecho es el único amo del Juez. Desde el momento que se le asigna a una persona un Juez, él debe actuar de manera independiente a todo lo demás.” En BARAK, Aharon. *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p.40.

II. La independencia judicial y su consagración constitucional

La independencia judicial no puede ser vista, exclusivamente, desde una perspectiva subjetiva, esto es, como el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez independiente e imparcial. Tiene, además, una importante connotación objetiva que rodea a la institución de la judicatura y al necesario prestigio de que ella debe gozar dentro de la sociedad. Esta última perspectiva no sólo pone en juego las estructuras asociadas a lo que se conoce como el gobierno judicial, sino que, muy especialmente, desafía el comportamiento ético de cada uno de los integrantes de nuestros tribunales en un mundo en que el tráfico de influencias y los conflictos de intereses están más presentes que nunca.

Si tomamos, al azar, tres Constituciones de Estados europeos y latinoamericanos, respectivamente, encontraremos que, tal como lo sugiere la Comisión de Venecia⁹⁹, el principio de la independencia judicial está consagrado en ellas con el más alto rango normativo.

Así, el artículo 97 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 estatuye que “los jueces serán *independientes y solo estarán sometidos a la ley.*”

La Constitución de España de 1978 señala, por su parte, en su artículo 117.1, que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, *independientes*, inamovibles, *responsables* y sometidos únicamente al imperio de la ley.”

En el caso de la Constitución de Polonia de 1997, su artículo 173 dispone que “Los Juzgados y Tribunales constituyen un poder separado y serán *independientes* de otros poderes del Estado.” El artículo 178 agrega que “Los Jueces, en el ejercicio de sus funciones, serán *independientes y sólo estarán sometidos a la Constitución y a las leyes.*” Confía, finalmente, al Consejo Superior de la Judicatura la salvaguarda de la independencia de los jueces y tribunales (Art. 186). En América Latina, el panorama no es muy diferente.

La Constitución de Colombia, de 1991 indica, en su artículo 228, que “La administración de justicia es función pública, *sus decisiones son independientes*, las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...).” Esta idea se refuerza con

⁹⁹ European Commission for Democracy through Law. *Report on the Independence of Judicial System*. Part I: The Independence of judges, 2010, p. 5. En: www.venice.coe.int [consultado el 5 de junio de 2021]

lo dispuesto en el artículo 230, según el cual “Los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la ley.”

En el caso de México, el acápite IV del artículo 122 de su Constitución, reformada al año 2001, dispone que “El ejercicio del Poder Judicial se deposita en el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Judicatura y los juzgados y tribunales que establezca la Constitución Política de la Ciudad de México, *la que garantizará la independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones.*”

Por último, la Constitución del Ecuador de 2008, en su artículo 168.1, indica que en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, *la administración de justicia gozará, como principio fundamental, de independencia interna y externa.*

Conforme a lo reseñado, resulta clara la tendencia a incluir el principio de la independencia de los tribunales de la justicia, tanto en su versión interna como externa, en la norma jurídica de mayor jerarquía positiva lo que le otorga una garantía especial. Esto implica que, aun cuando la ley no haya desarrollado la forma de proteger la independencia en el juzgamiento, el solo hecho de que este principio forme parte de la Constitución lo hace partícipe de la fuerza normativa directa que la caracteriza.

Sentado que la independencia judicial es el principio básico en la organización de la función judicial en cualquier Estado, lamentablemente ello no ha sido impedimento para que, desde el punto de vista fáctico, los atropellos a dicha función hayan proliferado, especialmente en América Latina, cuando las decisiones de los tribunales no han sido del agrado de los gobiernos de turno. Estados como Venezuela, Ecuador y El Salvador han sufrido diversos tipos de ataques a sus magistrados, en los que no se ha encontrado ausente la violencia física.

Gran importancia tiene, en este sentido, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Quintana Coello vs. Ecuador referente a la remoción de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia en virtud de una resolución expedida por el Congreso Nacional, a instancias del Presidente de la República Lucio Gutiérrez, quien estaba siendo acusado de peculado en el año 2004.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 13 de agosto de 2013, caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción preli-

En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”. Agregó que “el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación” (considerando 144).

En nuestros Estados contemporáneos, la independencia de los jueces ha cobrado gran importancia debido a la creciente judicialización de los conflictos que viene asociada a la ampliación del catálogo de derechos en nuestras Constituciones, particularmente, en lo que se refiere a los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales). Conviene recordar aquí que algunas judicaturas, como la Corte Constitucional de Colombia, han debido abordar importantes desafíos en esta materia creando la categoría conceptual del “estado de cosas inconstitucional”.¹⁰¹

Al mismo tiempo, hemos podido observar que la resolución de cuestiones que dividen profundamente a nuestras sociedades, por su contenido valórico o su particular idiosincrasia, son trasladadas a las cortes, sobre todo a los Tribunales Constitucionales, cuando la política no ha logrado encontrar puntos de consenso. Y el costo de esas decisiones -en uno u otro sentido- termina siendo pagado por los jueces que, además, quedan expuestos a todo tipo de presiones y son acusados de ser órganos antidemocráticos por su carencia de credenciales originadas en la elección popular.

Lo anterior contrasta con el hecho de que, en los países de nuestra América Latina, las últimas décadas han mostrado perfeccionamientos evidentes en la independencia del juzgamiento si se atiende, por ejemplo, al avance de las reformas en materia de carrera judicial como en el procedimiento penal para sustituir los antiguos sistemas inquisitivos por otros de naturaleza acusatoria que aseguren la independencia e imparcialidad del juzgamiento. Sin embargo, los estudios empíricos demuestran que esos avances en materia de independencia judicial no necesariamente garantizan una justicia despolitizada ajena a la co-

minar, fondo, reparaciones y costas.

¹⁰¹ OZUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En: Bazán, Víctor (editor académico). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* N° 5. Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, p. 93.

rrupción y a los conflictos de intereses.¹⁰² De ello puede colegirse que la garantía de la independencia judicial está directamente relacionada con la cultura política predominante en cada sociedad. Allí donde prima el ocultismo en lugar de la transparencia, las presiones económicas provenientes de las elites más poderosas o a las amenazas por parte de narcotraficantes y partícipes del crimen organizado, será más difícil que los jueces logren actuar en forma independiente por mucho que la Constitución haya garantizado este valor.

III. ¿Es compatible el principio de la independencia judicial con el principio de responsabilidad propio del Estado de Derecho?

La respuesta debiera ser indudablemente positiva. Los jueces no están por sobre el derecho; al revés, están para aplicar el derecho y, a veces, para crearlo, pero siempre conforme a los dictados superiores de la justicia.

Bajo esa perspectiva la responsabilidad de la judicatura es, sin duda, relevante. No obstante, la pregunta es si las formas de hacer efectiva la responsabilidad de los jueces deben limitarse a los mecanismos jerárquicos y disciplinarios que imperan al interior de nuestros Poderes Judiciales o deben existir otras vías que permitan hacer efectiva la rendición de cuentas que hoy demanda la democracia contemporánea.

Como dice Aharon Barak, ex Presidente de la Corte Suprema de Israel, la confianza pública en los jueces está absolutamente ligada a su independencia y no se mide porque siga las tendencias populares o lidere las encuestas de opinión pública como suele ocurrir con quienes integran los Poderes Ejecutivo y Legislativo¹⁰³.

La confianza pública en los jueces, entonces, se ve resentida con su desprolijidad y, aún más, con su estrecha vinculación con estructuras de poder político o grupos de intereses determinados. Puede ocurrir que estos hechos importen denegación o torcida administración de justicia que no es sólo una responsabi-

¹⁰² HAMMERGREN, Linn. Inicio, desarrollo y situación actual de las reformas judiciales latinoamericanas. En: Ahrens, Helen (Compiladora). *El Estado de Derecho hoy en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México, 2012, p. 93.

¹⁰³ BARAK, Aharon. *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 48.

lidad de tipo funcionario, sino que envuelve la negación a su tarea fundamental de ser guardián de los derechos y libertades de las personas.

Así, la pregunta que cabe formular es si la independencia judicial se ve coartada o en peligro cuando la propia Carta Fundamental configura responsabilidades que van más allá de las faltas funcionarias para tipificar infracciones constitucionales relacionadas con aspectos esenciales del ejercicio de la jurisdicción.

Así, por ejemplo, la Constitución de Chile prevé, en su artículo 79, que “Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.”

La Constitución de Ecuador, a su turno, indica que “Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.” Agrega que “Las Juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.” (Art. 172, incisos segundo y tercero). El artículo 173 establece, por último, que “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

Las normas constitucionales transcritas parecieran confirmar que debe distinguirse entre responsabilidades funcionarias o administrativas y responsabilidades constitucionales de los jueces.

En Chile, se suscitó un caso dramático en el año 2020, en que una ministra de Corte de Apelaciones, presidiendo una Comisión de Libertad Condicional¹⁰⁴, lideró la concesión de este beneficio de cumplimiento de la pena a un hombre condenado previamente por dos delitos de asesinato, sin tomar en consideración el informe técnico de Gendarmería de Chile que desaconsejaba absolutamente

¹⁰⁴ Conforme al artículo 4° del decreto ley N° 321, de 1925, cada Comisión de Libertad Condicional estará integrada por un Ministro de Corte de Apelaciones que será su presidente y por cuatro jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal, elegidos por la Corte de Apelaciones respectiva. El artículo 1° del mismo cuerpo legal señala que “La libertad condicional es un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, *avances en su proceso de reinserción social*.”

la concesión del beneficio en atención a las particulares características de personalidad de quien lo solicitaba¹⁰⁵. No obstante, poco después de habersele concedido la libertad condicional, el mismo hombre resulta imputado y formalizado por el asesinato de una menor de 16 años, Ámbar Cornejo, cuyo cuerpo fue descuartizado y objeto de inhumación ilegal en la propia casa en que vivía.

Un grupo de diputados¹⁰⁶ inició una acusación constitucional (impeachment) contra la aludida ministra de Corte de Apelaciones basados en la causal de notable abandono de deberes prevista en la Constitución para perseguir las responsabilidades de los magistrados de los tribunales superiores de justicia (Ministros de Cortes de Apelaciones y Ministro de la Corte Suprema). Sin embargo, si bien la acusación fue declarada admisible en la misma Cámara de Diputados, no logró ser aprobada en segunda instancia por el Senado, con lo que la magistrada cuestionada pudo seguir ejerciendo sus funciones.

El debate que suscitó este caso tuvo como centro la independencia judicial, pues la jueza cuestionada intentó ampararse en este principio para liberarse de la responsabilidad consecuencial a la decisión adoptada como Presidenta de la Comisión de Libertad Condicional. Esta postura fue también defendida por algunos académicos chilenos quienes alertaron sobre el peligro que esta acusación importaba para la independencia de los jueces garantizada constitucionalmente.

Lo curioso es que la magistrada acusada argumentó que eran muchas las solicitudes sobre las que debe pronunciarse la Comisión confirmando, entonces, que la decisión se había adoptado en forma mecánica y sin mayor consideración a los antecedentes técnicos inherentes al caso en particular, lo que se agravaba por el hecho de que la resolución que concedió la libertad condicional no se encontraba fundada, independientemente de lo que exige la legislación vigente.

Asimismo, la misma magistrada sostuvo, en su defensa, que el notable abandono de deberes contemplado como causal de acusación constitucional no podía dejar sin efecto el principio -también de rango constitucional- de la independencia de los tribunales en el ejercicio de sus actos jurisdiccionales. Sin embargo, en este caso, el propio Tribunal Constitucional había calificado el pronuncia-

¹⁰⁵ Según las informaciones dadas a conocer por los medios de comunicación social, el imputado del crimen de Ámbar Cornejo registraba una condena previa por degollamiento de su ex pareja y el posterior estrangulamiento del hijo de ésta revelando claros rasgos psicopáticos, condena que se encontraba cumpliendo al momento de solicitar la libertad condicional.

¹⁰⁶ Liderados por el diputado Andrés Longton.

miento de la Comisión de Libertad Condicional como un acto de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

¿Qué ocurre en casos como estos? ¿Tiene derecho la sociedad a exigir cuentas a quienes no han sido dignos de la responsabilidad que supone el desempeño de la función jurisdiccional aun cuando ésta suponga un pronunciamiento calificado de meramente administrativo?

Antes estas cuestiones, podría responderse señalando que si el juzgamiento disciplinario de los jueces se deja entregado sólo al Poder Judicial puede existir un riesgo de falta de objetividad y de favoritismo en la medida que se juzga a pares. De allí que, en casos particularmente graves como éste, una simple calificación de demérito en la hoja de vida funcionaria pareciera no medir la cuantía de la responsabilidad inherente al acto, ni menos provee a una adecuada reparación de las víctimas.

La Comisión de Venecia indica, en esta materia, que el principio de independencia judicial debe estar consagrado, idealmente, en las propias Constituciones o en cuerpos normativos similares y que no es deseable que la conducta de los jueces sea revisada por cuerpos políticos como son los Parlamentos, pues, en ese caso, es probable que entren a jugar consideraciones políticas más que jurídicas.

Si estas responsabilidades que van más allá de lo meramente funcionario, comprometiendo, más bien, las responsabilidades constitucionales de los jueces no pueden ser juzgadas por el propio Poder Judicial, ni tampoco por los Parlamentos, ¿en quién deben recaer?

La misma Comisión de Venecia indica que cada Estado debe buscar su propia solución. Lo importante es que el órgano que se destine al efecto otorgue suficientes garantías de independencia en el juzgamiento al tiempo que garantice el derecho al debido proceso legal del juez imputado.

En el fondo, la interrogante sigue siendo ¿cómo compatibilizar el principio de la independencia de los jueces con su rendición de cuentas por responsabilidades de particular gravedad que trascienden la mera configuración de una falta disciplinaria relacionándose, más bien, con la esencia de su misión de guardianes de los derechos y libertades humanas?

De esta manera, y atendida la experiencia del doloroso caso vivido en la república de Chile podrían considerarse como criterios para responder la interrogante que precede, los siguientes:

1. Los jueces, como órganos del Estado, están afectos al principio de responsabilidad que es propio del Estado de Derecho.

2. La responsabilidad en que pueden incurrir los jueces puede ser de naturaleza constitucional, funcionaria, civil y criminal. Y, ciertamente, un mismo hecho puede dar origen a más de un tipo de responsabilidad.

3. La responsabilidad constitucional de los jueces tiene que ver con la esencia de la función jurisdiccional que es administrar justicia. De allí que todos aquellos actos u omisiones que importen denegación o torcida administración de justicia configuran una responsabilidad que va más allá del desempeño funcionario regulado por los códigos correspondientes y que, excepcionalmente, puede llevar a la destitución del magistrado responsable.

4. Dado que el principio de publicidad de las actuaciones públicas, como correlato de la necesaria transparencia democrática, exige que se den a conocer las motivaciones de los actos de los órganos de poder, aquellas resoluciones judiciales carentes de fundamento no sólo vulneran un aspecto esencial del debido proceso legal, sino que contravienen también el principio democrático recogido en nuestras Constituciones. En el primer caso, ello podrá ser subsanado a través de los recursos procesales correspondientes, pero tratándose de la vulneración de un principio de orden constitucional resulta necesario configurar un mecanismo de responsabilidad de otra naturaleza.

5. Los actos jurisdiccionales han sido objeto de la acción de amparo o tutela instituida en varios Estados latinoamericanos en la medida que no es imposible que un acto jurisdiccional llegue a lesionar derechos fundamentales sin que su revisión por otro órgano, como una Corte Constitucional, importe transgredir el principio de la independencia del juzgamiento.

Asimismo, aquellos actos u omisiones de los jueces, expedidos en su calidad de tales e independientemente de su naturaleza (propiamente jurisdiccionales o administrativos), deben ser objeto de responsabilidades fundadas directamente en la Constitución cuando inciden en la esencia de la función de administrar justicia.

6. La responsabilidad de los jueces por actos contrarios a la esencia de la función jurisdiccional no puede quedar entregada al control de sus pares ni tampoco al control político de los Parlamentos, lo que ciertamente, pondría en riesgo su independencia y la objetividad del juzgamiento. Se hace necesario radicar este control en otro tipo de órganos como los Consejos Superiores de la

Magistratura a fin de equilibrar, adecuadamente, el respeto a la independencia judicial con la efectiva responsabilidad frente a la vulneración de la Constitución y el necesario respeto a los derechos procesales del involucrado.

En suma, creemos que vale la pena reflexionar sobre este punto, pues ambos principios -el de la independencia de la judicatura y el de la responsabilidad por el incumplimiento de la función pública de los jueces- forman parte de la esencia del Estado de Derecho.

Sobre el imperio de la Ley

JAVIER CREMADES*

El imperio de la ley es la única alternativa al imperio de la fuerza. Solo bajo el gobierno de las leyes, el ser humano puede vivir en paz y en libertad. Si no nos sometemos al derecho, la ley del más fuerte, las fauces del totalitarismo acechan y amenazan con devorar la libertad y la convivencia. Han sido breves, históricamente, los tiempos en los que mujeres y hombres han vivido en sistemas de organización social donde la dignidad humana ha sido el centro y el límite de toda acción de poder. Pero aún en esos tiempos, en las antiguas democracias atenienses o romanas, o en los actuales sistemas constitucionales, la lucha contra el abuso de poder es dramática, constante. Ya lo advirtió Aristóteles. El supo describir que, como si fuera un fenómeno físico, el poder, todo poder, tiende a perpetuarse, y a continuación a corromperse.

Ahora todos sabemos mas que nunca sobre pandemias. Hay una carga vírica permanente en la sociedad, también en las que impera la ley, de personas e instituciones que cometen constantes infidelidades al Estado de Derecho. Hemos visto aberraciones recientes, en el siglo XX, de los pueblos y de sus dirigentes corrompiendo el Estado de Derecho. De Weimar a Hitler se pasó a través del Reichstag, del gran Parlamento alemán, de la ley de plenos poderes, y de una gran campaña de intoxicación de la población. Winston Churchill, en su monumental obra sobre la Segunda Guerra Mundial -que le valió un Premio Nobel de Literatura- lo describe de manera palpitante: el 24 de marzo de 1933 una aplastante mayoría del Reichstag aprobó, por 441 votos contra 94, la concesión de poderes totales de emergencia al canciller Hitler durante cuatro años. Cuando se anunció el resultado, Hitler, se volvió hacia los escaños de los socialistas y les gritó: “ahora ya no os necesito mas”. Se liquidaba así, no formal, pero si mate-

* Abogado español y presidente mundial de la Asociación Mundial de Juristas (World Jurist Association, WJA)

rialmente, cualquier vestigio del Estado de Derecho en aquel momento de la vida de Alemania. Se perdía así en aquella posguerra la última oportunidad que podría haber conducido al pueblo alemán a disfrutar de una Constitución estable y civilizada, y que podría haber abierto canales pacíficos de intercambio con sus vecinos, evitando la Segunda Guerra Mundial.

También hoy en el siglo XXI estamos presenciando numerosos acontecimientos inquietantes. El virus de la corrupción en la organización de la sociedad muta, y va creando nuevas cepas. Cuando el organismo social genera algún anticuerpo, el imperio de la fuerza, siempre enmascarado, se abre paso de otra forma. Las amenazas hoy, en el siglo XXI, al imperio de la ley, no provienen del nazismo, el fascismo o el comunismo. Superada, al final del siglo XX, la Guerra Fría, el totalitarismo hoy no amenaza desde un bloque de enfrente. Si Hanna Arendt estuviera aún entre nosotros habría que invitarla a escribir un nuevo ensayo: *Cómo pervive el totalitarismo*. El virus que amenaza las democracias y tiende a corromperlas está dentro del organismo y exige, como ha sucedido en la pandemia, una continua labor de vigilancia, prevención y combate. Además, no pocos poderes regionales o globales, como Rusia, Turquía o Irán, que no son Estados de Derecho, observan con satisfacción y con frecuencia alientan el desarrollo de ese virus que no hace sino debilitar el aliento de los países donde si existe. Sí, debilitarlos y en definitiva, propiciar su declive es uno de los objetivos principales de los sistemas dominados por hombres o partidos, y no por las leyes. Esos países, desde posiciones e intereses diversos entre si, observan, sin disimular su alborozo, lo que contemplan como decadencia, y en cierto sentido, desmoronamiento de sus grandes competidores occidentales, y saben que precisamente lo que les ha hecho más fuertes y atractivos, el imperio de la ley, es su verdadero talón de Aquiles. Por ello, resulta interesante instruirse y comprender cómo ha sido posible que algunos países con sistemas constitucionales avanzados, democracias plenas, auténticos estados de derecho, se hayan visto amenazadas, como en el caso de España, en Cataluña, Reino Unido, con motivo del Brexit, Estados Unidos, con el asalto al Capitolio, o más recientemente aún en México, su Constitución y sus libertades. En el caso de Venezuela ya no queda vestigio alguno de respeto por la ley o el derecho, y lo que fue un régimen constitucional mutó en tiranía. El precio que se paga, siempre es muy alto. En el altar del poder de Maduro, hoy, o Chávez ayer, con su nueva oligarquía, se sacrifican vidas, y se ofrecen holocaustos en forma de exilio, persecución, pobreza, some-

timiento, tortura, desinformación, violencia. Los corderos ofrecidos al gran Leviatán son, una vez más y en pleno siglo XXI, seres humanos. La moneda que usan los tiranos, es la de la vida, la integridad y la felicidad de sus conciudadanos. El imperio de los hombres, de unos pocos hombres, trabaja día y noche y siempre representa una amenaza frente al imperio de las leyes, que es donde pueden habitar la dignidad, la libertad, la igualdad de cada persona. Debemos conocer las intrigas de los que consciente e inconscientemente combaten el imperio de la ley, conocer los planes que se urden contra el árbol del Estado de Derecho, pretendiendo arrancarlo, en plena lozanía, de la tierra de los vivos. El imperio de la fuerza quería que jamás se pronuncie su nombre y que su recuerdo sea de nuevo borrado de la memoria de todos los humanos. Pero precisamente su gran enemigo, el único dique de contención que se puede enfrentar a él, es el Derecho, la gran construcción humana para preservar la paz y la libertad. Es indispensable, para aquellos que conservan el propósito en sus vidas de luchar por la justicia, la libertad y la paz, conocer mejor en qué consiste el imperio de las leyes, y como podemos cuidarlo, cultivarlo, potenciarlo como parte de ese delicado, sofisticado y valiosísimo patrimonio que debería pasar de generación en generación y extenderse por el mundo para ir cobijando, poco a poco, a toda la humanidad.

Pero ¿para que sirve el imperio de ley? El imperio de la ley es el concepto esencial en la relación entre el individuo y el poder público. Vivir bajo el imperio de la ley significa, entre otras cosas, que el ejercicio del poder público es legítimo solo si está basado y es limitado por el derecho. La legitimación del poder público solo se concede si su ejercicio es conforme a la legislación y a la Constitución. La legalidad del poder ejecutivo y judicial, su conformidad a la legislación es necesaria pero no suficiente. La constitucionalidad de las leyes es realmente el requisito ineludible que deriva del elemento básico del imperio de la ley hoy: la primacía de la Constitución.

En efecto, el Estado de derecho o imperio de la ley es la base del constitucionalismo contemporáneo. Es un concepto universal, desarrollado dentro del Estado, de algunos Estados, pero también extendido y transferido a organizaciones supranacionales, e introducido, en algunos aspectos importantes, incluso en el derecho internacional.

El imperio de la ley es el concepto clave, principal de las constituciones de las naciones en Europa, América y otras partes del mundo. También es el con-

cepto básico de la Unión Europea, única organización supranacional donde verdaderamente se ha cedido soberanía, constituyendo un nuevo ente en la esfera del derecho internacional público. En el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea se expresa explícitamente como un valor común que necesariamente debe existir tanto en la UE como en cada uno de los Estados miembros. De ahí el reciente debate y la amenaza con utilizar esos criterios, del Estado de Derecho, en los casos de las discrepancias políticas con Hungría y Polonia. El imperio de la ley es el fundamento de la Unión Europea como una comunidad, una unión de derecho. Y es también un requisito esencial para llegar a ser parte y seguir siéndolo de la UE. Este principio o valor ha sido desarrollado y concretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia durante un largo periodo de tiempo, desde hace más de 60 años. Este valor del imperio de la ley ha sido enfatizado en el preámbulo de la Carta Europea de Derechos Humanos de la Unión Europea, y fuera de la Unión Europea, en el preámbulo de la Declaración Europea de Derechos Humanos, que señala el imperio de la ley como parte de la herencia común europea, y también, en algunos aspectos específicos, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y por muchos otros tratados e instrumentos internacionales.

El imperio de la ley, o su sinónimo, el estado de derecho, es antropocéntrico. Reconoce al ser humano como el centro del derecho, y pone de manifiesto que la última finalidad del derecho y en particular del derecho constitucional es proteger y promover el individuo. La Constitución está, por tanto, necesariamente basada en el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo y de su principio gemelo, el principio de libertad. El imperio de la ley está inseparablemente unido también a la democracia como un elemento esencial de la libertad de los individuos, del pueblo, para determinar la política, las decisiones sobre sus vidas, su destino, a través de las elecciones y de la participación diaria en la discusión política.

El imperio de la ley es un concepto general, pero tiene un gran espectro de aspectos, de especificaciones que son comúnmente reconocidas: la ley debe ser clara y determinada; la seguridad jurídica implica estabilidad de las leyes, lo que ayuda a la confianza en el derecho y prohíbe la retroactividad, la aplicación de un derecho nuevo a situaciones anteriores. La seguridad jurídica también implica, y esto es particularmente importante, un control eficiente por un poder judicial, por unos jueces, imparciales e independientes. La revisión de la legis-

lación por la justicia constitucional es incluso la “perfección” del estado de derecho. La proporcionalidad de las limitaciones de la libertad, así como la separación de poderes como conceptos aseguradores de la libertad son también especificaciones del imperio de la ley de la más alta importancia.

En resumen, podríamos decir que el imperio de la ley vincula, obliga al poder público del estado y otras entidades, como la Unión Europea, a la Constitución, y a través de ella, a la dignidad humana, libertad y democracia, los valores básicos que forman una unidad funcional y cuyos elementos son mutuamente dependientes. Si un elemento falla, los otros elementos fallan también. Si un elemento se debilita, los otros elementos se debilitan también. Es muy importante por ello, no solo entender el concepto, sino protegerlo y potenciarlo cuidadosamente, guardar el imperio de la ley.

El imperio de la ley es un concepto legal básico inherente a la democracia liberal y al constitucionalismo. El concepto vive, tanto en el nivel del Estado como en el de la Unión Europea, de la aceptación por la sociedad y del deseo de los actores políticos de practicarlo. Sin implicación, aceptación y compromiso de la comunidad, tampoco hay estado de derecho, y el imperio de la ley se convertiría, en el mejor de los casos, solo en una proclamación vacía de contenido.

Por ello es tan aleccionador entender las claves jurídicas de lo sucedido en Cataluña, en el asalto al Capitolio, de los inquietantes acontecimientos en México, del golpe de Estado de Myanmar, o de algunos sorprendentes episodios vividos en Inglaterra con motivo del desarrollo del Brexit. En todos esos casos, veremos que actores políticos de primer orden, poder ejecutivo, poder legislativo, e incluso el poder de los medios de comunicación, colaboraron en la no aceptación del derecho por la sociedad, en el desprestigio de las instituciones, y por tanto menoscabaron peligrosamente el imperio de la ley. Podrían haberse buscado otros muchos ejemplos, pero estos han sido fraguados a cámara lenta ante los ojos de la opinión pública mundial y ofrecen un ejemplo, si sabemos leer bien esos acontecimientos, de por dónde penetra el virus del totalitarismo. Un virus que con frecuencia ofrece una apariencia de legitimidad democrática, de defensa de libertad, pero que en realidad supone un decidido y eficaz ataque a la fortaleza constitucional que salvaguarda la vida en paz y libertad de los ciudadanos en ella protegidos. El ejemplo de Venezuela nos servirá para contemplar lo que sucede si esos ataques no se frenan a tiempo. Pueden verse en el país caribeño las consecuencias de no haber sabido defender el Estado de Derecho, de

no haber enfrentado con eficacia los ataques continuos a diversos elementos básicos del imperio de la ley, provocando el colapso completo del sistema constitucional y la aparición de un terrible régimen tiránico en el que el despotismo, la arbitrariedad y la crueldad campan a sus anchas, causando un reguero de dolor y de injusticia que nadie en el mundo ha conseguido hasta la fecha detener. Existen otros ejemplos, como los casos de Rusia, Irán, Turquía, Cuba, China, Corea del Norte o Myanmar. Pero los países elegidos tienen en común el ser o haber sido democracias consolidadas, donde la carcoma se apoderó de la caoba, y donde solo un tratamiento de choque y posterior vigilancia continua puede salvaguardar el tesoro de respirar el oxígeno que solo producen los estados de derecho. El imperio de la ley nos cuida y protege, y nosotros, los ciudadanos libres, lo promovemos y preservamos. Vamos a compartir algunas ideas para que todos podamos actuar con mayor consciencia y eficacia al proteger el Estado de Derecho de los numerosos asaltos y ataques que cotidianamente sufre. Veamos a continuación las rendijas por las que se cuele el virus. Conozcamos los distintos elementos esenciales del estado de derecho y cómo estos pueden menoscarse. Cómo han sido atacados y cuál ha sido la defensa, la vacuna, más eficaz.

Si la Constitución es ese baúl donde las sociedades consagran, conservan y protegen su mayor tesoro, el de las reglas de juego de la convivencia, la desconstitucionalización es un falseamiento del Estado de Derecho que representa precisamente el asalto, con vocación de saqueo, de esas reglas de juego que garantizan la convivencia libre y pacífica de las personas.

Reflexiones de cierre a las tres reuniones de Academias Nacionales Jurídicas de América Ibérica

AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ*

La edición XXVI del Congreso Mundial de Derecho se sucederá en Colombia durante los días 2 y 3 de diciembre del presente año. Es la primera vez que este gran evento de la *World Jurist Association* (WJA) se realiza en América hispana, coincidiendo con las incertidumbres que se han instalado en todo lo largo, todo lo ancho y todo lo profundo del continente. En ese complejo escenario, un encuentro de la WJA con la comunidad jurídica de este lado del mundo reviste connotaciones muy especiales.

La WJA nació en Grecia, en 1963. Desde entonces defiende el Estado de Derecho y proclama la necesidad de asumir su defensa en términos de compromiso indefectible para garantizar la vigencia de las instituciones republicanas. En ese propósito coinciden las Academias Jurídicas de América Ibérica. El presente libro deja testimonio de ello: Recoge los trabajos presentados en un ciclo de tres sesiones sucesivas, realizadas en Venezuela, Bolivia y Argentina, organizadas por tres academias distintas, en torno al mismo eje temático: “El Estado de Derecho en América”.

Como está dicho por los organizadores de cada una de las respectivas sesiones, los textos incluidos en este libro recogen una serie de opiniones jurídicas preparatorias del Congreso Mundial de Juristas. Pero también se trata de un ciclo de especial importancia para las mismas Academias, porque facilita la aproximación no solo institucional, sino también personal de sus miembros, así como la ratificación del común propósito de avanzar en la defensa del Estado de Derecho y de ir eliminando las múltiples amenazas que se ciernen sobre él.

Esas amenazas se presentan en forma tan velada como peligrosa. Ya no muestran el rostro autoritario, propio de los fascismos y de los comunismos que,

* *Presidente Academia Colombiana de Jurisprudencia.*

en el siglo xx, recorrieron buena parte de la geografía regional. Ahora, están vestidas de populismo. Se esconden detrás de certámenes electorales amañados, de estados de excepción innecesarios y de leyes habilitantes, mientras cooptan los organismos de control y, políticamente, se controlan a sí mismos a través de sus mayorías parlamentarias. Como se anotó en la *opening session* de Caracas, muestran apariencia de legalidad, pero están falseando el Estado de Derecho.

En esas circunstancias se encuentran buena parte de los países de América. En Estados Unidos, por ejemplo, el gobierno de Donald Trump llegó al extremo de estimular y tolerar una invasión, por la fuerza, a la sede del capitolio norteamericano. El solo hecho de que ocurra en un país que ha fungido como insignia de la democracia liberal, resulta simplemente dramático. Venezuela y Nicaragua registran una historia de abusos de poder, originada en normas de carácter legislativo o ejecutivo, convalidadas por decisiones judiciales que han convertido lo que había de Estado de Derecho, en un sistema de arbitrariedad con leyes.

Ese falseamiento se produce a partir de un aparente respeto por las formas, pero conlleva una falsificación de los principios-valores que termina produciendo efectos deletéreos sobre el Estado de Derecho. Para el jurista español Manuel Atienza esto es un fraude de ley, que registra analogías con el abuso del derecho. Es la violación de una norma imperativa o prohibitiva, pero en forma oblicua, en la opinión del jurista Luís Díez-Picazo.

A mi juicio esa figura permite entender el derecho como un juego de reglas y principios que se basa en valores éticos y recoge costumbres sociales para asumirlos como normas jurídicas. Eso implica pensar el derecho de otra manera, procurar un nuevo tipo de formación jurídica, recuperar una vocación cívica y construir unas Instituciones que no solamente serán legales sino, sobre todo, legítimas. De alguna manera ese el tipo de cambio que, al decir del jurista Manuel Aragón Reyes, posee un significado especialísimo, en cuanto no es de grado sino de cualidad: “Los derechos *ex-lege* podían ser entendidos como reglas; los derechos *ex-constitutione* han de ser entendidos como principios...Ello impone, pues, un nuevo modo de concebir el Estado de Derecho”¹.

Lo anterior quiere decir que el derecho no es solo un conjunto de normas que requieren inspiración en una cultura. Es, además, la expresión de esa cultura orientada por una vocación finalista. En otras palabras, es un instrumento de

¹ Aragón Reyes, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, p. 15.

regulación, pero también un instrumento de cambio y, sobre todo, una garantía de convivencia. Sus expresiones institucionales han de parecerse a la realidad contextual o, simplemente, no funcionan. Al menos no funcionan bien. Ese es un desafío para la comunidad jurídica del continente.

Para algunos, la fragilidad del Estado de Derecho en los países de nuestra América puede tener causas múltiples: “la existencia de una cultura en ese sentido, la interrupción sistemática del régimen constitucional, lo artificial de los trasplantes institucionales de uno a otro contexto”². El mismo autor se pregunta cómo influye la desigualdad socioeconómica sobre la integridad del Estado de Derecho y concluye que cuando esa desigualdad es sostenida y persistente se rompen los lazos sociales. Sin embargo, encuentra en las Constituciones adoptadas desde finales del siglo XX hasta hoy, instituciones nuevas que contribuyen a recuperar la estabilidad y el cumplimiento de los fines del Estado de Derecho. Quizás la discriminación positiva sería un ejemplo.

Por su parte el escritor colombiano William Ospina sostiene que los países de América ibérica vienen creciendo con su centro de gravedad situado afuera, y esa es una de sus grandes tragedias. La generación precursora de la independencia -Juan Germán Roscio, Pedro Murillo, Camilo Torres- gestionó sus propósitos a través de los Cabildos, cuya legitimidad se consolidó a lo largo de la colonia. En cambio, la generación libertadora -Bolívar, San Martín, Santander- debió hacer lo suyo con ejércitos. Pero la independencia no hubiera sido posible sin las grandes movilizaciones comuneras que se produjeron en América del sur, a lo largo del siglo XVIII. Entre 1720 y 1781 hubo levantamientos comuneros en el Paraguay, en Corrientes, en Perú, en la Nueva Granada. Los dos primeros tuvieron ocurrencia antes de la independencia de los Estados Unidos y, todos, antes de la Revolución Francesa.

La historia oficial de la Modernidad registra en forma tangencial -y en América del sur apenas sí se menciona- el levantamiento de los comuneros de Castilla, en 1520, contra las imposiciones autoritarias del rey Carlos V, quien pretendía gobernar a España desde su original formación alemana. El monarca aplastó la rebelión, pero los Comuneros castellanos dejaron una gigantesca impronta histórica que solo recibe tímido registro en la historiografía del pensamiento político-jurídico. Reivindicaron el pensamiento español, el respeto por

² Vilhena Vieira, Oscar. “Desigualdad estructural y Estado de Derecho”, en “El derecho en América Latina” de aa. vv. Siglo xxi editores, Buenos Aires 2011, p. 25.

sus derechos y la defensa de las libertades municipales construidas desde el Medioevo.

Los Comuneros de Castilla conformaron unas Cortes Constituyentes a las cuales les encargaron dictar unas normas especiales. Como una especie de Parlamento moderno aprobaron la Ley Perpetua de Ávila, cuyos dictados imponían controles al rey y separaban funciones. Ni el rey, ni unas Cortes ordinarias podían modificar las Leyes de Ávila. A todo parecer aquella decisión constituyente no registra antecedente en la historia del derecho. Es la primera Carta Constitucional que conoció el mundo y se redactó en España en 1521. No había nacido ninguno de los pensadores modernos, salvo Nicolás Maquiavelo.

La Ley Perpetua de Ávila sirvió de inspiración a algunos de los padres fundadores para redactar la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, pero ni sus descendientes, ni los descendientes de los libertadores de los actuales Estados de Suramérica hacen referencia a aquel importante antecedente político hispano. Los primeros, porque tienen su centro de gravedad situado adentro y los segundos porque tienen su centro de gravedad situado afuera. En su libro "Los Comuneros" el profesor Antonio García hace un amplio análisis del significado de la insurrección en la Nueva Granada. Suelo citar el siguiente texto: "Antes de que Montesquieu o Rousseau elaborasen una teoría de la soberanía popular y de la representación política, América había venido fundiendo -en su praxis- las tradiciones comunales indígenas y la arraigada tradición castellana de la soberanía de los comunes"³.

Es preciso, entonces, recuperar el centro de gravedad en estos países y en estas culturas. Las Academias Jurídicas están en condiciones de contribuir en ese objetivo, para lo cual será preciso asumir el derecho como teoría y como práctica, como pensamiento y como compromiso colectivo. Los textos que se recogen en el presente volumen se pensaron como elementos introductorios para el Congreso Mundial de Juristas que se realizará en diciembre en Colombia. Pero su publicación compendiada supone un paso más hacia la construcción de puentes de comunicación entre las Academias e incluso entre los respectivos países. Quizá permitiera trabajar el derecho considerándolo expresión institucional de unas culturas que, por encima de su carácter plural, se entrelazan en la condición común de Iberoamericanas.

³ García, Antonio. "Los Comuneros", Plaza y Janés, Bogotá 1981, p. 25.

En la *opening session* celebrada en la ciudad argentina de Córdoba, el jurista Armando S. Andruet (h), presidente de su Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, formuló la idea de entregar a la comunidad jurídica una declaración sobre el Estado de Derecho en América, suscrita por las Academias que lo consideren oportuno. La declaración podría constituir el paso siguiente al Congreso de diciembre y sería un desarrollo más en el proceso de integración de las Academias Iberoamericanas. Incluso sería también factor de aproximación, aún mayor, entre estas Academias y la WJA, así como otro avance hacia la consolidación de las relaciones entre las comunidades jurídicas de nuestros países americanos y la comunidad jurídica española. Sobre ese tipo de presupuestos podrían darse firmes pasos hacia la recuperación del centro de gravedad de los países latinos de América.

Si en esta América, los juristas asumen el derecho no solo como teoría, sino también como un compromiso de la sociedad que los ciudadanos interioricen en términos de expresión de su cultura y de sus valores, el derecho será una auténtica y eficaz garantía de convivencia para sus sociedades plurales. El subcontinente encontraría rumbos mejor definidos y más solidarios. ¿Qué está ocurriendo con valores democráticos y principios aspiracionales como la seguridad jurídica, el respeto a la diferencia, la disposición para el acuerdo? Parecería que pierden terreno frente a la polémica estéril, a la negación del otro, al agravio personal, bajo una mirada impasible, impotente, neutra de las Instituciones.

No pocos juristas sostienen que el derecho es un fenómeno de carácter político. Podrían tener razón en dos sentidos: Primero, las relaciones de poder en cualquier sociedad inciden directamente sobre las concepciones jurídicas. Segundo, desde los legisladores hasta los jueces, pasando incluso por los ciudadanos, todos son protagonistas del derecho. Pero, más allá de la controversia implícita en la tesis, creo que la relación entre derecho y política se explica mejor diciendo que uno y otra, se vinculan a través de unas proximidades que se desprenden de la misma lógica de valores. La lógica de la política y la lógica del derecho se entrecruzan y se presentan como dos caras de la misma moneda: La política es el sustituto de la guerra. El derecho es la garantía de convivencia que requiere para conservar la paz.

El poder tiene una naturaleza expansiva. El Estado de Derecho le impone controles. Lo limita con su fuerza moral pero también con la fortaleza que se desprende de su legitimidad, es decir de la sintonía entre las Instituciones y los

ciudadanos. En ese marco -y solo a partir de la confianza que ese marco genera- funcionan bien los debates parlamentarios, las mociones de censura, las sentencias judiciales, la dinámica doctrinal. El control político y el control judicial garantizan la transparencia política y la seguridad jurídica, pero además, inducen un sano control de la ciudadanía que se ejerce desde el seno mismo de la sociedad civil. El principio del control es el principio democrático por antonomasia. La defensa del estado de derecho en los tiempos que corren y en el continente en que vivimos es tarea ardua: Abundan las trampas que inducen a encerrar en afirmaciones políticamente correctas, decisiones jurídicamente incorrectas y, por ahí se comienza a horadar el Estado de Derecho. No sin razones el doctor Armando Andruet, en su condición de presidente de la Academia anfitriona de la última *opening session*, propuso acordar la ya mencionada “Declaración de Córdoba”, para recoger estas preocupaciones comunes. Las Academias Jurídicas de América Ibérica tienen el compromiso moral de contribuir a la recuperación íntegra, plena, cabal del Estado de Derecho, cuando sus líderes políticos parecen haber abandonado ese propósito crucial.

Reseña efectuada por la World Jurist Association (WJA) de la Opening Session en La Paz

Los principales presidentes de las academias de jurisprudencia iberoamericanas han participado en la sesión de La Paz (Bolivia)

La Asociación Mundial de Juristas (WJA) y la Conferencia Permanente de Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia han organizado el debate “La Distorsión de la Constitución Económica y Social”, moderado por **Ramiro Moreno Baldivieso**, presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Este encuentro ha reunido de forma virtual a los principales representantes de las academias iberoamericanas de jurisprudencia y se ha convertido en la undécima Sesión Inaugural del Congreso Mundial de Derecho Colombia 2021.

Augusto Trujillo, presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ha reconocido que “el estado de derecho supone libertad para la actividad económica y para la iniciativa privada, pero sin olvidar las responsabilidades del Estado social”. En ese sentido, aseguró que “la ley tiene que ser una verdadera garantía de convivencia”. **Javier Cremades**, presidente de la WJA y de la World Law Foundation (WLF), ha reforzado esta posición, asegurando que “si queremos un estado de derecho, tenemos que trabajar para lograrlo y asegurarnos de que no haya distorsión o destrucción de la Constitución. , para lo cual es fundamental identificar cuándo comienzan a generarse amenazas y ataques al estado de derecho”. **Manuel Aragón Reyes**. El director académico del Congreso Mundial de Derecho, magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, también hizo referencia a ello, destacando que “cuando se distorsiona el estado de derecho, el estado social está dañado”.

Por su parte, **Bernardo Fernández del Castillo**, presidente de la Academia de Jurisprudencia de México, ha subrayado la relevancia de trasladar lo que implica el estado de derecho: “pocas veces se entiende por la población en general

porque no tiene un concepto claro de lo que puede englobar, implicando respeto al orden jurídico en la jerarquía legislativa de cada país”. También destacó que “conlleva el respeto absoluto por parte de la autoridad de derechos humanos y tiene la obligación de velar por que se respete”. Sin embargo, **Mario Castillo Freyre**, director de Conferencias de la Academia Peruana de Jurisprudencia, cree que “la sociedad [peruana] ha aceptado la falsificación de organizaciones políticas”.

Encarnación Roca, vicepresidenta del Tribunal Constitucional de España, ha hecho especial hincapié en la protección de la infancia en el Estado de derecho y ha reconocido que “hay que intentar no dejar el interés del menor solo a una declaración programática”, y en materia de explotación infantil, señaló que “el trabajo impide que los niños tengan una infancia saludable, una niñez plena y un ambiente seguro”. Además, resaltó la importancia de que los menores sepan qué es la democracia, porque de lo contrario, aseguró, “no podrán vivir en un estado de derecho”.

Cecilia Sosa Gómez, presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (1996-2000) y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del país, ha analizado cómo se produce la distorsión constitucional de los derechos económicos: “estamos viviendo turbulencias asociadas a la venezolana El proceso político y la imposibilidad de resolver el problema a la luz de la Constitución se debe a que el texto de 1999 ha sido una mera fachada para los tentadores del poder y las élites opositoras han tenido una visión puramente política del problema y no constitucional ni institucional, ni tampoco económico”.

En esta línea, **José Luis Cea Egaña**, presidente de la Academia Chilena de Jurisprudencia, ha comentado “con incertidumbre y algo de esperanza” el problema que atraviesa su país actualmente. “Si bien estamos cerca de votar una nueva Constitución, estamos atravesando un proceso de desconstitucionalización en el que se están violando las fases del sistema legal y hay un ambiente de desgobierno junto al vandalismo donde la sociedad está siendo descuidada por el Estado, que es débil, frágil y no sirve a la persona humana”. En su discurso, Sergio D’Andrea, presidente de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas, explicó cómo la Amazonía se ha convertido en un paraíso perdido en el marco de la distorsión de la Constitución social y económica.

Por su parte, **Rafael Vergara**, exdirector general de la Autoridad Tributaria de Bolivia y de la Academia de Jurisprudencia del país, se ha centrado en debates

como los involucrados en las sesiones de apertura: “los juristas debemos orientar estos encuentros para que estas decisiones que distorsionan la naturaleza del control constitucional y la esencia de la defensa de las minorías y el estado de derecho, no se repiten en otra parte de América Latina”. Y para **Armando S. Andruet**, presidente de la Academia de Jurisprudencia de Córdoba (Argentina), “las mejores leyes hacen mejores a los ciudadanos y merecen tener jueces que juzguen con amplia capacidad científica y con dignidad y compromiso ético”.

Este ha sido el undécimo día de la serie de sesiones de apertura previas al Congreso Mundial de Derecho que se realizará en Colombia este año, coincidiendo con el 30 aniversario de la constitución colombiana. Mediante la proyección de un video institucional, el presidente del país anfitrión, **Iván Duque**, se ha comprometido a “seguir impulsando la fortaleza del estado de derecho como terreno fértil para permitir el crecimiento y el bienestar, el desarrollo y la libertad de la ciudadanía”, y ha asegurado que “seguiremos trabajando para construir un futuro mejor para todos basado en la solidez y las garantías del estado de derecho”.



Fuente: PUBLICADO POR WORLD JURIST ADMIN - 14 DE MAYO DE 2021

