



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

# V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

---

“Corrientes Transformadoras  
en la **Justicia Constitucional**”

---

## MEMORIA

16, 17 y 18 de noviembre 2023

# **CRÉDITOS**

## **MEMORIA**

V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  
“CORRIENTES TRANSFORMADORAS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL”  
Contiene Ponencias de las Expositoras y los Expositores del Evento

Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora

**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

## **EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL**

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

## **COORDINACIÓN**

Equipo de Presidencia

## **DEPÓSITO LEGAL**

3-1-470-2023 P.O.

*Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de cada autora o autor y no representan la opinión del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.*

*Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este libro, sin el permiso expreso y por escrito del editor.*

## **DISTRIBUCIÓN GRATUITA**

Sucre, noviembre de 2023

## ÍNDICE

---

<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>11</b>
<b>PRIMERA JORNADA</b> <i>JUEVES 16 DE NOVIEMBRE</i>	
<b>Los Derechos Humanos y la Actividad Jurisdiccional Interpretativa: Advertencia y Exigencias</b> <i>Rodolfo Luis Vigo - Argentina.....</i>	<i>15</i>
<b>Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad</b> <i>Jorge Antonio Asbún Rojas - Bolivia.....</i>	<i>43</i>
<b>Protección Multinivel y Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b> <i>Eloy Andrés Espinosa Saldaña Barrera - Perú .....</i>	<i>59</i>
<b>La Convencionalidad y el Diálogo Jurisdiccional Multinivel: Inconvenientes y Protección</b> <i>Pablo Darío Villalba Bernié - Paraguay .....</i>	<i>81</i>
<b>¿Supremacía Normativa o Primacía de los Derechos?</b> <i>René Moreno Alfonso - Colombia .....</i>	<i>103</i>
<b>Estado y Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b> <i>Héctor Enrique Arce Zaconeta - Bolivia .....</i>	<i>125</i>
<b>La Contaminación del Lago Uru Uru en Bolivia y la Respuesta del Tribunal Constitucional Plurinacional a la Problemática</b> <i>Brigida Celia Vargas Barañado - Bolivia .....</i>	<i>133</i>
<b>La Acción Popular y el Modelo Polifónico de Justicia Constitucional para la Tutela de Derechos de la Madre Tierra</b> <i>María Elena Attard Bellido - Bolivia .....</i>	<i>141</i>
<b>El Constitucionalismo Ecológico como Paradigma de una Nueva Relación con la Naturaleza</b> <i>Rubén Martínez Dalmau - España .....</i>	<i>169</i>
<b>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile en Materia Ambiental</b> <i>Miguel Ángel Fernández González - Chile .....</i>	<i>189</i>
<b>Cultura Constitucional e Integración Latinoamericana</b> <i>Germana de Oliveira Moraes - Brasil .....</i>	<i>199</i>
<b>Justicia Algorítmica. El Dilema entre la Transparencia y la Verdad</b> <i>Rodolfo Guerrero Martínez - México .....</i>	<i>211</i>

**SEGUNDA JORNADA**  
VIERNES 18 DE NOVIEMBRE

<b>Bases del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano</b> <i>Aquiles Ricardo Sotillo Antezana - Bolivia</i> .....	223
<b>Constitucionalismo Ecológico en Colombia. Entre el Progreso y la Regresión</b> <i>Manuel Fernando Quinche Ramírez - Colombia</i> .....	239
<b>Control de Convencionalidad en Paraguay. Actualidad y Prospectiva</b> <i>Víctor Ríos Ojeda - Paraguay</i> .....	253
<b>Hacia la Justicia Predictiva Constitucional: La Nueva Tendencia para Obtener Resoluciones con Componentes Digitalizados</b> <i>Paul Enrique Franco Zamora - Bolivia</i> .....	259
<b>Jurisdicción Constitucional en Tiempos de Inteligencia Artificial y Derecho Digital</b> <i>Eduardo Andrés Velandia Canosa - Colombia</i> .....	273
<b>La Constitucionalización del Medio Ambiente y su Tutela Judicial</b> <i>César Rodrigo Landa Arroyo - Perú</i> .....	283
<b>Prácticas Institucionales de Garantía de los Derechos de los Adultos Mayores, a Partir del Desarrollo de Línea Jurisprudencial</b> <i>Karem Lorena Gallardo Sejas - Bolivia</i> .....	319
<b>Emergencia Climática y Derechos Humanos</b> <i>Lina Marcela Muñoz Ávila - Colombia</i> .....	331
<b>La Tensión de los Derechos Fundamentales en el Contexto de la Protección Jurídica Multinivel</b> <i>Petronilo Flores Condori - Bolivia</i> .....	347
<b>Control Multinivel del Estado como Garante de los Derechos Fundamentales y los Tres Niveles Posibles para su Concreción</b> <i>Carlos Alberto Calderón Medrano - Bolivia</i> .....	359
<b>Consideraciones Constitucionales sobre la Protección Internacional del Medio Ambiente</b> <i>Fernando Bruno Escobar Pacheco - Bolivia</i> .....	389
<b>Armonía y los Derechos de la Naturaleza como Nuevos Paradigmas Jurídicos desde el Sur</b> <i>Fernando Antonio de Carvalho Dantas - Brasil</i> .....	399
<b>Justicia Constitucional y Pluralismo Jurídico</b> <i>Farit Limbert Rojas Tudela - Bolivia</i> .....	417

**Justicia Constitucional con Perspectiva de Género e Interseccional. Altos Estándares**

*Julia Elizabeth Cornejo Gallardo - Bolivia* ..... 435

**TERCERA JORNADA**

**SÁBADO 18 DE NOVIEMBRE**

**Neo Constitucionalismo, Ponderación y Test de Proporcionalidad**

*Betty Carolina Ortuste Telleria - Bolivia* ..... 449

**Derechos de la Niñez y Adolescencia, sus Principios Rectores y el Acceso a la Justicia**

*Luis Esteban de la Torre Ribadeneira - Ecuador* ..... 477

**Debilidades Institucionales y Corrupción. Trabas a los Derechos de Acceso y Necesidad de una Agenda Pública Ética en los Conflictos Ambientales**

*Javier Alejandro Crea - Argentina*..... 487

**Impacto del Acuerdo de Escazú en el Litigio Climático Latinoamericano**

*Mario Peña Chacón - Costa Rica*..... 495

**V CONGRESO EN IMÁGENES**

**ACTO DE INAUGURACIÓN** ..... 511

**JORNADAS ACADÉMICAS**..... 513

**ACTO DE CIERRE**..... 519



## **PRESENTACIÓN**



Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora

### **PRESIDENTE**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**

Precedida por cuatro versiones, donde se abordaron temáticas de urgente importancia en el mundo judicial, el V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional nos deja enseñanzas y plantea grandes retos que, con absoluta seguridad, generarán intenso debate en la próxima edición de este magno evento.

Las enseñanzas jurídicas del Congreso, dejan trazada una agenda de trabajo que debe cumplir la justicia constitucional boliviana, además de fijar metas conjuntas entre países de la región para garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos.

La primera enseñanza, está relacionada a la cuestión ambiental. La degradación de los ecosistemas es un problema transversal que ha sido tratado por el Constitucionalismo Crítico, en el que las y los operadores de justicia se constituyen en agentes jurídicos

de precaución ecológica. Estamos transitando de la clásica judicatura ambiental con enfoque constitucional a la jurisdicción constitucional ecológica, que garantizará el derecho al hábitat sano de las futuras generaciones.

Una segunda lección académica está definida por la universalización de los derechos. Si bien cada sistema normativo contempla un catálogo exquisito de derechos, lo cierto es que la jurisprudencia interamericana es determinante en la toma de decisiones locales. Los postulados consagrados en los órdenes jurídicos internos no son absolutos, sino deben interpretarse a la luz del Derecho Convencional, reduciendo cualquier barrera en el resguardo íntegro de los derechos. Derecho Supraestatal, Derecho Interamericano y Derecho Internacional son tres grandes fuentes de conocimiento en la interpretación constitucional del Siglo XXI, que contendrá componentes multinivel.

La tecnología aplicada al aparato jurisdiccional va evolucionando y gradualmente fueron implementándose insumos como el expediente electrónico, la notificación digital y los algoritmos judiciales. “Grandes iniciativas sobre predicción resolutive, así como algoritmos de razonamiento jurídico son las piezas fundamentales en la construcción de la justicia constitucional digital. La cibernética no debe considerarse un obstáculo en el raciocinio de las y los juzgadores, sino es una aliada estratégica para el desempeño de sus labores”.

El último reto es el acceso a la justicia, por el que se reduzcan las brechas de marginalidad o sean disminuidos los sesgos en la población. Los derechos humanos con visión de progresividad son base de una función judicial libre de estereotipos y donde prime el intercambio dialógico.

Finalmente, el desafío común que le depara a las y los juzgadores, radica en la unificación y socialización masiva de sus veredictos. Las buenas prácticas adoptadas por las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales demuestran la necesidad de continuar con estos encuentros académicos, cuyas lecciones aprendidas enriquecen los conocimientos de la comunidad judicial apostada en el mundo, pero igualmente los guían por senderos de sabiduría.

Sin duda, las ponencias desarrolladas en cada jornada del evento dieron cabida a reflexiones contundentes en torno a las Corrientes Transformadoras en la Justicia Constitucional, donde Bolivia y su Tribunal Constitucional Plurinacional han logrado introducir el concepto de juzgar también desde una perspectiva jurídico-académica.

Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional Plurinacional se complace en presentar la **MEMORIA** de esta magna actividad institucional considerada, en lo posterior, como una de las tradiciones académicas más importantes en la historia jurisdiccional del país.

Noviembre de 2023



---

**PRIMERA JORNADA**  
**JUEVES 16 DE NOVIEMBRE**

---



## **Los Derechos Humanos y la Actividad Jurisdiccional Interpretativa: Advertencia y Exigencias**

---



### **Rodolfo Luis Vigo - Argentina**

Director del Departamento de Derecho Judicial en la Universidad Austral

- Abogado por la Universidad Nacional del Litoral y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Es Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario.
- ExJuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe y ExMinistro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Fue Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas.
- Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Catedrático de Filosofía del Derecho y de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional del Litoral. Profesor de posgrado en la Universidad Católica de Santa Fe, en la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Universidad Austral y en la Universidad Nacional del Litoral.
- Autor de números libros, capítulos de libros y artículos vinculados a la Filosofía del Derecho. Actualmente, es Director del Departamento de Derecho Judicial en la Universidad Austral.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Reconocimiento Institucional al Expositor Rodolfo Luis Vigo, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# Los Derechos Humanos y la Actividad Jurisdiccional Interpretativa: Advertencia y Exigencias

---

*Rodolfo Luis Vigo*

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo se propone identificar diecinueve consecuencias que conlleva el reconocimiento operativo de los derechos humanos sobre la cultura jurídica en general, y, específicamente, sobre la actividad jurisdiccional operativa o interpretativa imperante entre los juristas. Esta matriz decimonónica funcional al Estado de derecho legal revela problemas difíciles de superar cuando ya en tiempos del Estado de derecho constitucional se consagran eficazmente los derechos humanos y, de manera complementaria, se proponen teorías jurídicas no positivas que diseñan un renovado aparato conceptual que respalda y fortalece a los mismos. Se configura así una nueva agenda para los juristas que requiere ser atendida en orden a evitar un uso ideológico, irracional o inapropiado del derecho.

Los derechos humanos se tornan una realidad operativa en el derecho vigente de los Estados que pertenecen a la cultura occidental a partir de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>. Precisamente en Nuremberg, cuando se condena a funcionarios nazis por haber cumplido la “ley” y violado el “derecho” en razón de que esa ley había incurrido en una “injusticia extrema”, estamos en el inicio de ese proceso de reconocimiento eficaz de que hay un núcleo de juridicidad indisponible y universal, que –por ende– el constituyente, legislador, administrador, juez o la sociedad toda no pueden negarlo, porque si lo hacen no lograrán crear normas jurídicas válidas y pueden ser acusados ante tribunales. Estas normas jurídicas que incurren en “injusticia extrema”<sup>2</sup> –según la fórmula de Radbruch– son proyectos abortados de derecho atento a que su contenido intrínseca y gravemente injusto, inhumano o disvalioso, impide que nazcan como normas válidas jurídicamente. En definitiva, el análisis de validez de las normas jurídicas incluye ese control ético a los fines de comprobar si ellas superan el umbral de injusticia extrema o satisfacen la racionalidad intrínseca capaz de justificarla, con la prevención de que si se constata esa infracción extrema, no llegarán a ser derecho no obstante que hay un superado esas normas los otros requisitos de validez sistémica, tales como el órgano, el procedimiento y la no contradicción con la norma superior, y que por ello aparentan ser plenamente jurídicas aunque en concreto no lleguen a hacerlo.

---

1 Cfr. Charles Taylor, “Los fundamentos filosóficos de los derechos”, en VV. AA., *Los fundamentos de los derechos humanos*, Barcelona, Ediciones del Serbal-Unesco, 1985.

2 Cfr. Rodolfo Luis Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, Editorial La Ley Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2004.

Más allá de que habría diversas formas de explicar el contenido de esa “injusticia extrema”, quizás la más fácil sea hoy recurrir a asimilarla con la violación grave y evidente de los derechos humanos fundamentales, de manera que cuando nos enfrentamos con esas faltas de respeto manifiesto, raigal y extendido de los mismos, no podamos racionalmente reconocer en esas realidades algo que pertenezca al derecho válido y que por, ende, esté justificado y racionalmente obligue a los destinatarios<sup>3</sup>. Esa asimilación que quedó reconocida como la fórmula de Radbruch, y que también la podemos verla reflejada en la distinción entre “ley y derecho” que introduce por primera vez Europa en la Ley Fundamental de Bonn del 49<sup>a</sup>, supone que podemos encontrar una ley que, sin embargo, no sea derecho en razón –por ejemplo– de violar los derechos humanos de manera inequívoca y profunda (por ejemplo: la ley que ordena matar a los que pertenecen a una raza inferior por medio de cámaras que solo servían para ese fin).

En ese proceso de reconocimiento operativo sobre todo jurisdiccional de los derechos humanos, debemos consignar tanto como causa y también como efecto, la gran diversidad de Tratados y Pactos internacionales que después de la Segunda Guerra Mundial fueron teniendo como objeto la incorporación al derecho vigente de los mismos y la configuración de instituciones y órganos jurisdiccionales que velarían por su efectivo respeto. Otro factor igualmente muy importante en aquel proceso fue el “descubrimiento” en Europa que la Constitución era una “fuente del derecho”, y que consecuentemente, permitía y exigía que se controlara desde ella a las demás normas jurídicas, incluso aquellas que hacía el legislador. Pues recordemos que Europa recién asume efectiva y definitivamente en la segunda mitad del siglo XX que la Constitución no solo hablaba exclusivamente en términos de derechos y deberes al legislador, sino a todos los órganos del Estado y a la sociedad, y que para asegurar esa prevalencia de la Constitución resultó necesario la creación de Tribunales a los que se le encomendarán dicho control de constitucionalidad. De ese modo Europa termina asumiendo el “judicial review” y la lógica que el juez Marshall había impuesto en “Marbury vs. Madison”, más allá de la experiencia austriaca kelseniana en la década del 20 que reducía la competencia del tribunal constitucional a un control constitucional de aspectos formales o procedimentales, dada la condición de “legislador negativo” que asumía ese tribunal.

Esa incorporación eficaz de los derechos humanos traerá aparejado un impacto tremendo sobre el derecho en general, y en especial, sobre la actividad jurisdiccional aplicativa del derecho. En efecto, ese solo dato resulta absolutamente decisivo como

---

3 Acerca de la validez como justificación racional remito a Rodolfo Vigo, “Una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39 (2016).

4 Art. 1: “La dignidad de la persona es sagrada y constituye un deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”; Art. 3: “Los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable”; Art. 25: “Las normas generales del derecho de gentes (*Volkerricht*) constituye parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato”.

para poner en crisis a la teoría conforme a la cual los jueces realizaban la tarea “interpretativa” desentrañando el sentido que está contenido en la norma jurídica, y lo deben hacer bajo la amenaza de incurrir en el delito de prevaricato por apartarse del sentido de la ley. Nos referimos a aquella teoría que Europa crea e impone monopólicamente a lo largo del siglo XIX y que podemos reconocerla con los nombres de iuspositivismo legalista, exegético, dogmático, o simplemente decimonónico. Recordemos que dicha teoría será configurada por Savigny, la escuela exegética francesa y el primer Ihering, y contará con el respaldo político decisivo de la Revolución francesa y el proceso de codificación encarado por Napoleón a partir de 1804. Factor decisivo de ese éxito originado en el viejo continente y que luego se expande por el nuestro serán las Facultades de Derecho en donde se forjarán los “nuevos” juristas y se les proveerá el marco teórico y conceptual funcional a dicho modelo. A esa teoría decimonónica interpretativa le resultará muy difícil o imposible comprender acabadamente los derechos humanos y digerir completamente la operatividad de los mismos, y es precisamente esa dificultad o imposibilidad la que queremos explicar en este trabajo. Avalemos esas conclusiones con expresiones conocidas de notables académicos de la exégesis: Bugnet: “Yo no enseñé Derecho Civil, enseñé Código de Napoleón”; Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”<sup>5</sup>; Aubry: “Los profesores encargados de impartir en nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”<sup>6</sup>; Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”<sup>7</sup>; y Mourlon: “*Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay, ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley”<sup>8</sup>. Más allá que hoy pueden resultar esas expresiones fuera de nuestro tiempo, lo que hay que destacar que los que las formularon fueron referentes y modelos de doctrinarios y profesores hasta muy avanzado el siglo XX.

En el segundo tercio del XX tenemos la presencia descollante de Kelsen que sigue siendo funcional al Estado de Derecho Legal (EDL)<sup>9</sup>, aunque en un marco de un

---

5 Julien Bonnetcase, *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*, Puebla, Editorial José M. Cajicá Jr., trad. de José María Cajicá, 1944, p. 141.

6 *Idem*, p. 146.

7 *Idem*, p. 150.

8 *Idem*, p. 160.

9 Respecto al contraste entre el Estado de Derecho Legal (EDL) y el Estado de Derecho Constitucional (EDC) remito a Rodolfo Vigo, *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

pronunciado escepticismo axiológico y un voluntarismo extremo y extendido. Recordemos que la tesis propuesta en la teoría pura afirma explícitamente que el acto de interpretación jurídica no es un acto de conocimiento sino de voluntad<sup>10</sup>, de manera que se asimilaba cualitativamente la tarea judicial creativa respecto a la del legislador, aunque las diferencias se reducían al plano cuantitativo, pues la norma jurídica judicial era individual mientras que la legal era general. Destaquemos que, no obstante la relevancia iusfilosófica genérica que alcanzó Kelsen en el siglo XX, el capítulo de la interpretación jurídica de dicha teoría pura no llegó a sustituir entre los juristas aquellas enseñanzas consagradas por el iuspositivismo legalista decimonónico, que caracterizaron la matriz interpretativa más difundida en las facultades del derecho de nuestro continente y que siguieron el modelo exegético francés. En conclusión, ratifiquemos que la formación de los juristas –particularmente al nivel del grado o la licenciatura– en la gran mayoría de las facultades de derecho sigue estando al servicio de aquel Estado y de aquel derecho impuesto en el XIX, aunque ese paradigma con su particular visión del derecho, del Estado y consiguientemente del perfil de jurista y su consolidado aparato conceptual, ya resulta difícil encontrarlo en la realidad del derecho que se hace visible en el trabajo concreto del profesional del derecho. Vemos con facilidad que en el “derecho vivo” sus rasgos distintivos corresponden al modelo del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa forja en la segunda mitad del siglo XX.

Insistamos que el propósito central de este artículo es identificar problemas o exigencias que conlleva la operatividad jurídica de los derechos humanos, especialmente en los ámbitos jurisdiccionales, aunque lo que digamos al respecto vale para los demás espacios de la profesión jurídica y la respectiva cultura académica, cuyo objeto sigue siendo “decir el derecho” al momento de enseñarlo, asesorar, abogar o declararlo autoritativamente, y de ese modo prestar un servicio fundamental a la sociedad despejando las dudas e incertidumbres sobre aquello que le corresponde a cada uno.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. Advertencia

Este artículo no tiene por objeto específico estudiar los derechos humanos<sup>11</sup>, sino identificar el impacto de estos en la tarea jurisdiccional y en la cultura jurídica habitualmente promovida académicamente desde nuestras Facultades de Derecho. Partimos de una visión de los derechos humanos que los identifica con una juridicidad necesaria de ser computada por los que hacen derecho positivo, bajo el riesgo de que se aborte su propósito creativo y asuman la amenaza de sufrir algún reproche

10 Hans Kelsen. *La teoría pura del derecho*, México D. F., Editorial Porrúa, trad. de Roberto J. Vernengo, 2000, p. 353.

11 Para un panorama iusfilosófico amplio y actual sobre los derechos humanos remito a Carlos Ignacio Massini Correas, *Filosofía del Derecho. Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.



jurisdiccional. Son sin duda teorías no positivistas las que defienden aquella juridicidad indisponible por la autoridad, y así suscriben la tesis de una conexión esencial o constitutiva entre derecho y moral; de ese modo quedan descartados no solo los que adhieren a un “iuspositivismo excluyente” sintetizado en la fórmula de Hobbes: *Auctoritas, non veritas, facit legem*; sino que también aquellos autores que admiten meras conexiones contingentes entre la moral (la razón o la justicia) y el derecho, pues estos “iuspositivistas incluyentes” no pueden en coherencia negar –por ejemplo– la juridicidad del derecho nazi. Es obvia la debilidad que suponen los derechos humanos cuando solo se reconoce su vigencia y eficacia en la medida que aparezcan consagrados en alguna norma jurídica positiva, dado que bastará cambiar la misma para que desaparezcan aquellos.

Sin perjuicio de insistir en que este trabajo presupone el rechazo de la tesis de que cualquier contenido puede ser derecho, nos gustaría consignar sintéticamente en su respaldo al menos dos referencias doctrinarias que coinciden en denunciar y cuestionar la juridicidad de las normas que pulverizan de manera grave y evidente de los derechos humanos. Nos referimos puntualmente a John Finnis y a Robert Alexy, y si bien se verifican diferencias importantes entre ellos que se explican por inspirarse, respectivamente, uno en el realismo aristotélico-tomista y otro en el constructivismo kantiano-habermasiano, sin embargo, ambos exponen una defensa categórica de los derechos humanos de modo que la juridicidad desaparece o se devalúa significativamente cuando se arremete fuertemente contra los mismos. Esa coincidencia no oculta las diferencias especialmente relevantes en el campo estrictamente de la filosofía moral y la antropología, que llevan por ejemplo al profesor oxoniense a defender “absolutos morales” y a negar categóricamente la legitimidad moral del aborto fundándose en un personalismo ontológico que coincide con un personalismo biológico; mientras que el profesor alemán, desde una noción de persona asimilada a su competencia comunicativa o dialógica, admite el aborto para ciertos supuestos y luego de una ponderación de los derechos en conflicto. De todas maneras y a tenor del propósito explicitado, nos parece que ambas teorías pueden avalar las proyecciones analizadas a continuación y que conllevan los derechos humanos en la teoría que explica y regula su operatividad jurisdiccional.

Sin vulnerar esta advertencia que no trataremos las relevantes y decisivas cuestiones implicadas en los derechos humanos, pensamos que puede resultar de interés algún mínimo señalamiento de tesis finnisianas y alexyanas como para brindar cierto marco conceptual que contribuya a la comprensión de este artículo, especialmente para aquellos que carecen de toda versación iusfilosófica.

Comencemos recordando desde el iusnaturalismo de raigambre aristotélicatomista dos textos claves del Aquinate: la ley como ordenación, regla o medida de la razón<sup>12</sup>

---

12 Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología II. Parte I-II*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989, cuestión 90, artículo 1, p. 703.

y que la ley injusta es *corruptio legis*<sup>13</sup>. Ya en la filosofía jurídica actual inspirada en aquellas fuentes clásicas, apelamos al representante más difundido de la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, nos referimos a John Finnis quien ha insistido con un aparato conceptual cercano a la filosofía analítica, las viejas enseñanzas del pensamiento tomista y la tradición central de Occidente. Glosando las enseñanzas del profesor de Oxford afirmemos que el hombre al reflexionar sobre qué hacer, recurre –al margen del acierto o error en sus conclusiones– a “una serie de principios prácticos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar”. Según Finnis, esos principios, son los también llamados principios más generales (*communissima*) de la ley natural, al expresar “las formas básicas del bien humano”<sup>14</sup>, y ellos constituyen “el sustrato valorativo de todos los juicios morales”<sup>15</sup>. Todo hombre con uso de razón y experiencia suficiente conoce por evidencia esos bienes básicos comprendiéndolos “como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y por ende como que-han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción a la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica”<sup>16</sup>. El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover o no perjudicar esos bienes básicos (la nómina en su libro *Ley natural y derechos naturales* es: vida, amistad, juego, conocimiento, saber práctico, experiencia estética y religiosidad), pues en ellos está comprometido el *human flourishing*. Siendo los *basic values*<sup>17</sup> los fines básicos de la existencia humana, ellos operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones. Pero ello –insiste Finnis– son premorales y entonces la moral (específicamente también el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones; por eso, la mera comprensión de esos bienes no garantiza que sean buscados correcta, adecuada o razonablemente. Para Finnis, hablar de los derechos es un modo moderno o actual de hablar de la justicia, de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común. En efecto, los derechos humanos protegen y promueven bienes básicos que “son bienes para cualquier ser humano”<sup>18</sup> y constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”<sup>19</sup>; ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia”<sup>20</sup>, por eso representan “una forma de esbozar

13 *Ibid.*, c. 95, a. 2.

14 John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. de Cristóbal Orrego, 2000, p. 63. A los fines de un panorama de la teoría jurídica finnisiana remito a Rodolfo Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 361-402.

15 *Ibid.*, p. 91.

16 *Ibid.*, p. 78.

17 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 59.

18 John Finnis, *Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurídica*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, trad. de Fabio Morales, 2019, p. 179.

19 John Finnis, *Ley natural y derechos naturales, ob. cit.*, p. 227.

20 *Ibid.*, p. 239.

los contornos del bien común [...] una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común<sup>21</sup>. La contundente y fundada conclusión de Finnis es que “todo miembro de nuestra especie” es titular de los derechos humanos y dicha tesis se funda en “la dignidad de ser una persona”<sup>22</sup>.

Avalemos ahora lo adelantado en relación con la teoría no positivista discursiva-dialógica racional de Robert Alexy, quien no ha dudado en subrayar que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”, y no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”. Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: i) universales, ii) fundamentales, iii) abstractos, iv) morales, y v) prioritarios. Destaca el profesor de Kiel su relevancia jurídica: “Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”<sup>23</sup>. Una Constitución incorpora –amplía el profesor alemán– el “derecho racional de la modernidad” o “los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado Social”. Alexy menciona una lista de esos derechos humanos que resultan “discursivamente necesarios” supuesto el interés en la corrección y la teoría discursiva, aunque aclara que “el núcleo de los derechos fundamentales se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad”<sup>24</sup>. Sin perjuicio de que Alexy excluye del ámbito regulativo del legislador a la “moral personal”, se atreve a indicar a la moral pública como un límite a la misma, caracterizándola como “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas, consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”<sup>25</sup>. Subrayemos el carácter constructivo de la mirada alexyana en tanto se confía en el diálogo racional como matriz de la corrección del derecho, pero quien asume esa pretensión defiende los derechos humanos como presupuestos éticos y contrafácticos de aquel diálogo.

Destaquemos esa clara coincidencia entre Finnis y Alexy en reclamar el encuentro del derecho con la moral y la razón, rechazando enfáticamente miradas relativistas o irracionales en ese terreno que habilitan a reconocer como derecho cualquiera sea su

---

21 *Ibid.*, p. 243.

22 John Finnis, *Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurídica*, ob. cit., p. 225.

23 Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 20 (2007), p. 239.

24 Robert Alexy, “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho* 43 (2000), p. 217.

25 Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 40.

contenido. Si bien esta conclusión apoya nuestro propósito que justifica este artículo, insistiríamos en que no querríamos que se asimilen posturas que mantienen distancias especialmente relevantes en el orden de los fundamentos y claves cognoscitivas en función de las filosofías diferentes que las nutre<sup>26</sup>. El camino del realismo aristotélico confía en conocer las cosas, incluidas las humanas, y en ese develamiento racional se alcanzarán a descubrir estructuras intrínsecas a lo humano, que orientarán y regularán las conductas en aras del bien personal y comunitario. El camino kantiano parte de la imposibilidad de conocer las cosas como ellas son, y el sucedáneo de esa inaccesibilidad serán construcciones posibilitadas por material sensible caótico y formas a priori e imperativos categóricos con los que cuenta el sujeto.

En relación con el aludido cognitivismo y objetivismo en el terreno moral que tiene directa incidencia respecto a los derechos humanos en tanto su contenido es moral, corresponde remitirnos a la discusión sobre la razón práctica, y aquí acertadamente Alexy<sup>27</sup> identifica en la discusión actual a cuatro posiciones centrales: aristotélica, kantiana, hobbesiana y nietzchiana. Por nuestra parte hemos reconocido la proyección jurídica de esas visiones<sup>28</sup>, precisamente Finnis y Alexy representan respectivamente a las dos primeras, mientras que Luigi Ferrajoli se apoya en el autor del *Leviatán*, mientras que las teorías críticas remiten a Nietzsche. El profesor italiano<sup>29</sup> no duda en remitir frecuente y explícitamente a la palabra de Hobbes, pues en buena medida coincide en ese pesimismo y voluntarismo antropológico del filósofo inglés que identifica al hombre como “lobo para el hombre”, aunque serán el derecho y la autoridad los únicos medios en los que cabe confiar para que se logre la paz y la vida social. En cuando al tema en cuestión, Ferrajoli asumiendo su iuspositivismo “reforzado”, prefiere decididamente hablar no de derechos humanos, sino de derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, el autor italiano nos propone una definición de esos derechos “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica”<sup>30</sup>. Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad establece, e incluso el poder constituyente es formal en tanto carece de limitaciones sustanciales, por ende, vale como derecho cualquiera sea su contenido. Desde esa matriz, Ferrajoli no duda en rechazar la tesis de que no es derecho el extremadamente injusto, y ello en razón

26 Cfr. Rodolfo Vigo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Educa, 2015.

27 Cfr. Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 133.

28 Cfr. Rodolfo Vigo, *Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones*, ob. cit.

29 Cfr. Rodolfo Vigo, *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019.

30 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

de que los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente, de manera que la razón no puede pronunciarse sobre la axiología última que sustenta al nazismo, e incluso el profesor italiano refuerza su escepticismo ético con esta prevención: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral”<sup>31</sup>.

Hablemos ahora de los críticos, populistas o posmodernos que apelan filosóficamente a Nietzsche, pero también a Marx y a Freud, y a sus seguidores contemporáneos entre los que destacamos a Foucault, Gramsci y Derrida, entre otros. Sin perjuicio de consignar aquel escepticismo gnoseológico que denuncia Nietzsche como una pretensión “mentirosa y arrogante”<sup>32</sup>, los críticos no dejan de acudir insistentemente a los derechos humanos en tanto su uso ideológico los convierte en un instrumento de lucha política y jurídica muy eficaz en tanto canal flexible de reivindicaciones y demandas sociales. Más allá de la conocida crítica del propio Marx en “La cuestión jurídica” a los derechos humanos en clave burguesa, hoy hay conciencia en los autores críticos de que ese tema puede aportar a la pelea contra los dominadores y explotadores, y se promueve un interés por el derecho como un ámbito en el que se da la lucha de clases. Boaventura de Sousa Santos ha diferenciado en el ámbito de los derechos humanos la alternativa de una “globalización desde arriba” o “desde abajo”, y esta última puede aportar a los procesos emancipadores. Fácil es comprobar el entusiasmo instrumental y retórico de los críticos por la bandera de los derechos humanos, aunque se dejen de lado discusiones orientadas a precisar su objeto, su fundamento y la titularidad de los mismos. En este punto cabe la recomendación de D. Kennedy de no incurrir en conceptualizaciones fosilizantes, y su irónica confesión de que prefiere “correrse a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se suponga pueda orientar la conducta de los hombres”<sup>33</sup>. En el ataque al proyecto de la modernidad se destaca la noción de sujeto que al decir de Foucault es un “invento del siglo XVIII” funcional a una razón totalizadora, constructiva, sistemática y universalista, y el derecho se reduce a “grafismos inventados por Occidente para sus producciones de regimentación social”<sup>34</sup> que solo “puede sostenerse hoy en día en su propia positividad”<sup>35</sup>. El rótulo de “críticos” se justifica en función de su perspectiva preponderantemente superadora del proyecto de la modernidad, de modo a estar abierto a definiciones posteriores diseñadas con pretensiones rupturistas y liberadoras.

---

31 Luigi Ferrajoli, Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo - una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p. 66.

32 Cfr. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 19.

33 Peter Gabel, Duncan Kennedy, “Roll Over Beethoven”, en *Stanford Law Review*, 36:1 (1984), p. 3.

34 Enrique Koziaki, “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. El derecho como texto sin sujeto”, en VV. AA., *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982, p. 30.

35 François Ewald, *L'état providence*, París, Grasset, 1986, p. 41.

## 2.2. El impacto de los derechos humanos

Sin duda que los derechos humanos reconocidos (no creados) universalmente y declarados como inalienables constituyen una tesis de enorme trascendencia para el derecho y los profesionales respectivos, además de forzar a las teorías jurídicas a generar un aparato conceptual y explicaciones coherentes. Repasemos a continuación algunas de esas proyecciones que terminan alterando significativamente el derecho y la teoría que nos posibilita su mejor comprensión y operatividad.

### 2.2.1. Los derechos humanos no son normas jurídicas

El modelo decimonónico afirmará que el derecho es un sistema de normas positivas, y la teoría pura ratificará esa definición desechando de la “pirámide” kelseniana a los perturbadores derechos humanos. Era la estructura lógica de un juicio la típica de las normas, ella era la vía escogida por el derecho para formularse autoritativamente, y, en consecuencia, la norma definía genéricamente un supuesto fáctico al que se le atribuían o imputaban ciertas consecuencias jurídicas. De ese modo, el derecho vigente estaba compuesto por una serie de hipótesis fácticas que para el caso de que ellas efectivamente se dieran, correspondía que se aplicasen las respectivas consecuencias jurídicas a esos casos individuales. Como recordamos, desde un punto de vista lógico la estructura normativa constituía un juicio, más allá de las discusiones sobre el tipo de juicio que era: si hipotético (Kelsen), categórico (Austin) o disyuntivo (Cossio). Las normas son respuestas jurídicas explícitas que pretenden un esfuerzo aplicativo mínimo por parte del que las operará, de ahí la procedencia de recurrir a la figura montesquiana del juez como *bouche de la loi*.

Los derechos humanos en su formulación esencial no responden a aquella estructura lógica, dado que no definen ni supuestos fácticos ni consecuencias, y así pueden ser reconocidos como principios<sup>36</sup>. El derecho a la libertad, la igualdad, a la dignidad, etc., dejan indeterminados los supuestos fácticos en donde ellos rigen o se violan, y también dejan sin definición las consecuencias que acarrearán su infracción o falta de respeto. Conocidas son las polémicas que en las últimas décadas se han generado en torno a las visiones normativistas frente a las visiones principialistas del derecho, pues en el mundo anglosajón esa polémica remite a Hart versus Dworkin y en el derecho continental a la confrontación entre Kelsen y Esser. Recordemos que el fundador de la teoría pura del derecho cuando falleció en 1973 estaba escribiendo un libro que en su capítulo 28 rechazaba la posibilidad de los “principios” en el derecho, dado que con ellos se introduciría la moral o los valores en el derecho y se frustraría su propósito de una verdadera ciencia jurídica movilizadora por la exactitud y la objetividad en el conocimiento, como consigna pretenciosamente en el Prólogo de *La teoría pura del derecho*. Precisamente esa polémica tiene que ver con los derechos humanos atento a

---

36 Sin perjuicio de otras consideraciones más adelante, remito a Rodolfo Vigo, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

que un contenido claro de los principios serán los derechos humanos, pues ellos son el origen y el sentido mismo del derecho.

Los grandes teóricos del principialismo jurídico de las últimas décadas, como Dworkin o Alexy, no dudan en reconocer en esos principios a los mismos derechos humanos fundamentales. También recordemos que para muchos autores iusnaturalistas los derechos humanos son la manera actual de hablar del clásico derecho natural<sup>37</sup>, y Finnis explícitamente afirma que, si bien Aquino no utiliza la expresión “derechos humanos”, tenía claro el concepto correspondiente<sup>38</sup>. Más aún, las teorías iusnaturalistas clásicas nunca adhirieron a una visión normativista del derecho, sin embargo, sus reclamos fueron escasamente escuchados en aquellos tiempos de predominio marcados por las teorías iuspositivistas. Dejando de lado la terminología y operatividad moderna de los derechos humanos, lo cierto es que no resulta problemático ajustar a esa matriz los “suyos” o “derechos” que cada miembro de la especie humana tiene atribuido en razón de esa pertenencia, y que consiguientemente, suscita en los otros el deber de respetarlos o restituirlos. Un derecho orientado al bien del hombre no puede marginar esas “cosas” que naturalmente apreciamos y que aportan a nuestro “florecimiento” y a la sociedad en la que convivimos.

Concluamos este primer punto destacando que estimamos que hay una conciencia jurídica generalizada en estos tiempos que el derecho se formula recurriendo a la estructura lógica de las normas y también a la propia de los principios donde están los derechos humanos, y ambas constituyen especies del género reglas jurídicas en tanto son medida de las conductas al ordenarlas –con mayor o menor precisión y exigencia deóntica– como obligatorias, prohibidas o permitidas (quizás está más extendido otro uso terminológico: el género corresponde a las normas jurídicas, y las especies son las reglas y los principios). Esos principios asimilados a los derechos humanos guardan escasa conexión con los “principios generales del derecho” en tanto se los consideró por buena parte de la doctrina civilista fundados en la voluntad del codificador y puestos implícitamente en su obra.

### **2.2.2. Los derechos humanos no permiten una aplicación silogística directa**

En la visión decimonónica, la estructura interpretativa respondía a un silogismo en donde la norma constituía la premisa mayor y el caso individual la premisa menor, lo que permitía que a través de un mecanismo subsuntivo se aplicaran las consecuencias previstas en la norma. Esa estructura ya no es posible en el caso que invoquemos derechos humanos dado que estos no pueden operar directamente como una premisa mayor donde aparezca el término mayor y el término medio, según las reglas del silogismo que nos vienen desde Aristóteles. La mera apelación a un derecho humano sin su respectiva definición o traducción normativa, impide invocar un hecho que esté regulado por aquel y que se identifique como una eventual premisa fáctica aplicativa.

37 Cfr. Jesús García López, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1979.

38 John Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 136.

Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia que los juristas derivarán para sus casos. Insistamos en que desde un punto de vista lógico podemos llegar a decir que mientras las normas son “juicios”, los “principios” serían “conceptos” que requieren ser definidos, y luego sí derivar desde ellos juicios que pueden funcionar como premisas mayores en un silogismo aplicativo. Así, por ejemplo, del principio de la dignidad humana como inviolable previsto en el art. 1 de la Constitución alemana, la Corte constitucional respectiva derivó muchas respuestas jurídicas a casos variados pertenecientes a las típicas ramas del derecho; y algo parecido ocurrió con la Corte Suprema argentina a partir del mandato constitucional preambular de “afianzar la justicia” como una fuente de respuestas jurídicas variadas.

Los derechos humanos para estar en condiciones de regular situaciones fácticas particulares o concretas requieren ser formulados o proyectados a través de normas donde se definan los tipos abstractos o genéricos en donde luego queda la alternativa de subsumir el caso que pretendemos regular. Así por ejemplo si yo quiero resolver desde el derecho humano a la igualdad la situación fáctica de pagos salariales diferenciados a hombres y mujeres, se torna necesario construir una norma que, fundada en el derecho de la igualdad, impida jurídica y explícitamente pagos diferenciados según se lo realice a un hombre o una mujer, y entonces sí desde esa norma derivada de aquel principio se podrá obligar a la igualdad de salarios sin diferenciaciones fundadas en el sexo del trabajador.

Es habitual que cuando el jurista va a resolver un caso apelando a derechos humanos o principios, se encuentra con más de uno y en una particular situación de tensión o conflicto entre ellos. De ahí la necesidad de armonizarlos o conciliarlos por medio de una cierta regla que fije las condiciones en las que se reconoce para el caso en cuestión cierta prevalencia de uno sobre otro. Definida esa regla como resultado de la “ponderación” en la que aparezca la hipótesis fáctica que determina cierta consecuencia jurídica, ella puede ser usada como premisa mayor de un silogismo subsuntivo. Volviendo al ejemplo de arriba, y supongamos que el empleador pretende pagar menos la hora de trabajo de la mujer a tenor de que la ley vigente lo contempla e invoca el principio de legalidad y seguridad jurídica en su respaldo, sin embargo, seguramente la decisión judicial impondrá apoyándose en el principio de igualdad que no se puede jurídicamente pagarse un salario diferenciado en razón del sexo del trabajador.

No se da demasiada originalidad al concluir que para resolver casos por medio de normas el recurso sigue siendo el silogismo, pero teorías como las de Alexy han desplegado una enorme y sofisticada propuesta en torno a la ponderación de principios (derechos humanos) apoyándose en jurisprudencia constitucional, dado que en esta habitualmente encontramos alguien que defiende la constitucionalidad de la norma en razón de un principio, mientras que otro la ataca invocando otro diferente principio, y el tribunal tiene que procurar que haya la menor restricción de los derechos en juego, y si llega haberla justificarla por la expansión del otro en conflicto. Conocidas y muy



empleadas en los tribunales son las tres reglas alexyanas constitutivas del “principio de proporcionalidad”<sup>39</sup>: adecuación o idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, y también la famosa y polémica ecuación matemática propuesta al respecto por el profesor alemán. El mundo de la racionalidad ponderativa o prudencial es el ámbito privilegiado para operar los derechos humanos.

### **2.2.3. En los derechos humanos no cabe la utilización de los métodos interpretativos típicos**

Savigny consagrará la exitosa fórmula de que interpretar una norma era “reconstruir (o desentrañar) el pensamiento del legislador insito en la ley”<sup>40</sup> y para ello propuso cuatro métodos: a) el gramatical (tenía por objeto las reglas gramaticales a las que recurrió el legislador y que permitirían saber exactamente lo que la ley dice); b) el lógico (apela a dilucidar cualquier duda yendo a la voluntad del legislador expuesta en los debates parlamentarios, notas a pie de página, etc.); c) el histórico (se compara la ley o el derecho anterior con el nuevo); y d) el sistemático (contempla la ley o la norma en cuestión en el marco del sistema adonde se incorpora la misma). Por supuesto que esos métodos no resultan satisfactorios para los derechos humanos en tanto: a) el recurso a la fórmula lingüística en que está expresado el derecho humano no goza de un pacífico significado normativo, y abre decisivas polémicas en orden a establecerlo; b) porque la decisión del legislador al limitarse a reconocer y no crear el derecho humano, no es relevante su propósito para dilucidar su contenido y alcance; c) no cabe la aplicación del método histórico en tanto los derechos humanos fundamentales no pueden someterse –diría Dworkin– al test de origen o *pedigree*<sup>41</sup>, pues ellos son esa juridicidad dada e indisponible para el creador de toda norma; y d) los derechos humanos resisten su inclusión en un sistema completo y apriorístico, más bien son compatibles con un sistema dinámico y puesto a prueba en cada problema jurídico que corresponde resolver computando lo axiológico y el caso mismo.

Aludimos ya a la propuesta de Alexy con relación a que el método con el que se operan los principios (donde están los derechos humanos) es el de la “ponderación” (ellos son “mandatos de optimización según las posibilidades fácticas y jurídicas”, mientras que las normas “mandatos definitivos”), de manera que el intérprete debe disponerse a “pesar” o “ponderar” los derechos o principios que aparecen en tensión y que reclaman diferentes soluciones para el caso planteado. Ello es justo lo que normalmente ocurre en casos jurídicamente importantes o trascendentes, y en esa hipótesis el operador judicial debe ponderar todo lo que está en juego en relación con los derechos humanos que invocan en tensión las partes procesales, así cuando se ponen en conflicto la libertad de expresión y la dignidad humana, la seguridad jurídica

39 Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

40 Friedrich Carl Von Savigny, “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica” en VV. AA., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1949, p. 82.

41 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 95.

y la equidad, el derecho de la comunidad y el derecho del individuo, etc. Mientras las normas se aplican disyuntivamente o a todo o nada (*all-or-nothing-fashion*)<sup>42</sup>, diríamos –parafraseando a Pound– que el derecho humano nos brinda solo una orientación para el razonamiento jurídico aplicativo, pero sería ingenuo suponer que hay como un “sentido” único, definitivo y canónico que se “desentraña” y posibilita la solución para el caso que convoca al intérprete.

Si vamos a la teoría iusnaturalista clásica, ese trabajo que llamamos “ponderativo” en torno a los derechos humanos o principios puede comprenderse en el marco del saber prudencial, pues su objeto es definir la mejor conducta para el caso en cuestión teniendo en cuenta las circunstancias y argumentos en juego y esgrimibles dialécticamente. Metafóricamente la prudencia funciona como una especie de puente entre exigencias generales y cómo se proyectan o adaptan las mismas al problema jurídico concreto en el que corresponde definir la conducta razonable. El iuris-prudente no está para limitarse a desentrañar un sentido de la norma, sino para ver posibilidades, bienes en juego y consecuencias de las alternativas, pues incluso tiene en cuenta la enseñanza clásica de que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”; de ahí que –ejemplificando– Tomás de Aquino concluye que en base al principio de equidad no cabe que el depositario devuelva al depositante el arma dejada en depósito, cuando se la pide para matarlo con ella, y por ende, el *pacta sunt servanda* debe ceder a no poner en riesgo la vida del depositario. Los derechos humanos, siendo principios del derecho, tienen razón de fin, y ellos cuentan con capacidad jurídica desde los cuales cabe concluir o determinar derecho en general y para los casos particulares.

En los derechos humanos no hay un texto normativo en el que cabe desentrañar un sentido o significativo normativo, más bien puede asimilarse a un lugar desde el cual es posible derivar distintos significados normativos a tenor de las conductas que están bajo estudio, pero la dificultad estará en que no solo hay distintas alternativas derivables del mismo derecho humano, sino que frecuentemente aparecerán en conflicto otro u otros derechos distintos del primero, y el jurista necesitará conciliarlo o evitar el sacrificio o la disminución injustificada de alguno de ellos. No basta el manejo de la lógica en ese trabajo ponderativo o prudencial el que requerirá un esfuerzo significativo al definir la respuesta jurídica que se ajusta al caso a resolver; glosando a Kaufmann podemos decir que aplicar el derecho a un caso equivale a descubrirlo, y ello será más claro cuando se trata de resolverlo desde los derechos humanos.

#### **2.2.4. Los derechos humanos apelan al saber práctico ético**

El modelo de saber que predominará en el siglo XIX será el físico-matemático; y ello se consolidará cuando al finalizar el primer tercio del siglo XX el Círculo de Viena establecerá que los dos únicos caminos para el saber son: el camino de los juicios verificables o *a posteriori* en los que se puede probar o demostrar lo que se conoce, y el segundo camino es el de los juicios apriorísticos o tautológicos como los de la

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 77.

lógica y las matemáticas. De ese modo quedan sepultadas las posibilidades de un saber en el campo moral o axiológico en donde se trata especialmente de definir o dirigir una conducta a tenor de su valor. Dicho de otra manera, desde aquel paradigma epistemológico es inviable ocuparnos de la praxis humana con el objetivo de ordenarla o valorarla racionalmente, y solo se habilitan visiones escépticas en materia ética o axiológica. Un buen ejemplo de ellas puede ser Alf Ross asimilando los juicios de valor a golpes en la mesa con el propósito de impresionar emocionalmente al interlocutor; o Kelsen afirmando que la justicia es un “ideal irracional”. Sin embargo, a comienzos del 70 se extenderá de manera cada vez más visible la propuesta de “rehabilitar la razón práctica”<sup>43</sup>, y consiguientemente, por distintas vías filosóficas (entre ellas las de raigambre aristotélica y las apoyadas en Kant) se intenta superar la condena que se había hecho en torno a los enunciados valorativos como meras expresiones emotivas irracionales o solipsistas. La ética comienza a reclamar y a poblarse en las últimas décadas de propuestas cognitivistas y objetivistas; alimenta esa promoción el temor de que si no podemos “saber” lo que está bien y lo que está mal, solo queda el camino de la lucha en donde las posibilidades de triunfar estarán a favor de los poderosos.

Teniendo los derechos humanos un contenido claramente ético o axiológico, resulta apropiado para su conocimiento y operatividad un tipo de saber que afronte a las conductas humanas con el propósito de establecer racionalmente la más valiosa, mejor o preferible en relación con aquellos derechos, pero para ello debemos resignarnos a no contar habitualmente con juicios necesarios o apodícticos, sino con juicios que proveen certezas probables o excepcionales y optar por un camino que asuma el diálogo, la deliberación o la controversia. Podemos una vez más proyectar al campo de los derechos humanos las explicaciones que en torno a los principios brindan tanto Dworkin como Alexy, el primero cuando los define como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, y el segundo cuando los identifica con “mandatos de optimización” en razón de que no exigen una cierta y precisa conducta, sino la mejor posible para el ciudadano y la sociedad con base en las posibilidades fácticas o jurídicas correspondientes.

Resulta oportuno en ese punto volver al Aquinate cuando enseñaba que a medida que descendemos al campo de lo contingente y variable se potencia el riesgo del error, y por eso es alternativa racional confiar en el juicio de los prudentes o virtuosos en orden a saber la conducta justa a adoptarse. También podemos acudir a Finnis cuando postula como contenido de los derechos humanos a los “bienes humanos básicos”, aunque sin establecer jerarquía entre ellos y habilitando a diversas morales individuales igualmente “florecientes”. Afirma el profesor oxoniense: “Hay muchas razones básicas para la acción [...] Cada razón lo dirige a uno hacia un bien básico, intrínsecamente bueno para cualquier ser humano. Y cada razón puede concretarse de innumerables maneras en la vida de uno y la de las de la comunidades a las que uno pertenece”, y en relación a las guías de nuestras elecciones la respuesta de Aquino

43 Cfr. Manfred Riedel, *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Freiburg, Verlag Rombach Freiburg, 1974.

remite a: i) la felicidad como realización; ii) la virtud, en especial la prudencia; y iii) la regla de oro: “haz a los demás lo que te gustaría que te hicieran a ti”<sup>44</sup>. A tenor de esas caracterizaciones, los principios y, por ende, los derechos humanos, resultan inadecuados para ser conocidos y operados desde un saber que rechaza valoraciones, que pretenda certeza absoluta o sin excepciones o que no esté dispuesto a someterse a un procedimiento dialógico que, dentro de ciertos márgenes, configure lo correcto o lo justo.

El contenido de los derechos humanos (libertad, igualdad, dignidad, etc.) nos instala en el campo del saber moral o ético, de ahí que puede resultar absolutamente errado y peligroso que nuestras Facultades de Derecho mantengan la enseñanza típica del EDL que ninguna conexión existe entre el derecho y la moral, y que los únicos deberes sociales son los prescritos por la ley. La vida social incluye deberes jurídicos, pero también deberes morales en los que la intención resulta relevante para confirmar el nivel de su cumplimiento, a lo que agregamos que la eficacia del derecho mismo depende en significativa medida de la conciencia moral de los ciudadanos (la sabiduría popular enseña: “hecha la ley, hecha la trampa”). Remitir toda la moral a la conciencia autónoma y libre importa poner en riesgo grave una buena vida social respaldada por una sólida y consolidada experiencia universal.

### 2.2.5. Los derechos humanos imponen visiones constitucionalistas

El modelo decimonónico se basó en la sinonimia entre derecho y ley, pero como ya consignamos arriba, ese modelo entrará en crisis después de la Segunda Guerra Mundial cuando empieza a configurarse el Estado de Derecho Constitucional (EDC) que reemplazará al Estado de Derecho Legal (EDL). Ha sido tan fuerte el impacto que ha producido la operatividad de la Constitución sobre el derecho y la cultura jurídica europea, que ello ha generado nuevas teorías que se reconocen con el nombre genérico de “neoconstitucionalismos”, aunque otros prefieren hablar de “constitucionalismo pospositivista” (Atienza) o “constitucionalismo garantista” (Ferrajoli). Algunos de los nombres que se han generalizados reconociéndolos como adscritos a aquella corriente de la teoría jurídica son Ferrajoli, Alexy, Atienza y Nino, entre otros. Sin embargo, ha habido mucha resistencia de algunos de ellos por esa adscripción, de todas maneras, nosotros hemos reconocido hasta cuatro versiones neoconstitucionales<sup>45</sup> cuyo rasgo común es haberse abocado a explicar, avalar y promover al EDC. Por encima de esas teorías, pareciera consolidarse la idea de que la Constitución es el *higher law* y, en consecuencia, rige en términos de derechos y deberes para toda la sociedad, para todos los órganos con competencia jurígena y para todos los juristas. De ese modo corresponde que el juez recurra en todos sus casos a buscar o a verificar si la respuesta jurídica que impondrá es compatible con la misma Constitución, pues está siempre hablará respecto de un caso jurídico, sea de manera positiva o simplemente

44 John Finnis, *Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurídica*, ob. cit., pp. 131, 132, 163.

45 Cfr. Rodolfo Vigo, *Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones*, ob. cit.

indicando los márgenes con los que se cuenta para determinar la respuesta jurídica para el mismo.

Precisamente la Constitución es el lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos, dado que estos pretenden regular a la totalidad de la sociedad, incluida de manera privilegiada –pero no exclusiva– la relación de los ciudadanos con el poder y los órganos del Estado. Zagrebelsky un tanto exageradamente afirma que mientras la ley formula su derecho por medio de normas, la Constitución prefiere la vía de principios o los derechos humanos. Esa operatividad directa de la Constitución exige del juez y de todo juez una sólida formación y conciencia constitucional, al margen de aquella con la que debe contar a tenor de la competencia material que tiene jurisdiccionalmente asignada. El juez actual requiere además de una sólida formación constitucional, también una matriz apropiada para poder operar con ella dado, como arriba se subrayó, de la teoría interpretativa decimonónica construida con base en la ley. Más aún, no solo conciencia constitucional para posibilitar la eficacia prevalente de los derechos humanos, sino también advertir que estos son el principio y fin del derecho y del bien común político, en tanto el sentido de su existencia y justificación es beneficiar al hombre y a la sociedad. Esa comprensión de la Constitución trae aparejada casi automáticamente una preocupación por la vigencia de los derechos humanos superando las meras exigencias que le impone al juez la rama del derecho sobre la que tiene competencia. No es posible seguir pensando el derecho constitucional como una rama más junto a las otras típicas de las cátedras vigentes en las Facultades de Derecho, más bien lo que corresponde advertir es que en estos tiempos la Constitución se proyecta sobre el resto del derecho vigente y válido y termina constitucionalizándolo. En algún sentido, cuando un jurista quiere comprender y operar el derecho necesariamente debe contar con formación constitucional específica, pues ella será la que provee el aparato conceptual indispensable para cumplir adecuadamente su servicio profesional.

El derecho constitucional funcional al EDL era fundamentalmente derecho político o derecho del poder estatal y de su distribución, por eso se interesaba prevalentemente de la parte orgánica de la Constitución y no le prestaba atención destacada a la parte dogmática de la misma, pues en definitiva esta era meramente programática y su proyección jurídica estaba a cargo exclusivo del legislador. Estimamos que aún no se verifica entre los constitucionalistas en general un interés claro y contundente por los derechos humanos, y esta materia sigue en buena medida asumida por los iusfilósofos, y esto se revela en que la gran mayoría de los neoconstitucionalistas ejercen académicamente en las cátedras de teoría del derecho o filosofía jurídica. Por supuesto, que no se trata de sustituir disciplinas de una con otra, sino advertir la necesidad de encuentros para provecho mutuo.

Un buen ejemplo en la Argentina de ese reconocido proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es el último Código Civil y Comercial. Mucho se ha escrito sobre las particularidades de la interpretación de la ley y sus diferencias con la

interpretación constitucional<sup>46</sup>, pero nos gustaría destacar que será muy difícil ignorar la jurisprudencia constitucional si se tiene interés de conocer la nómina, contenido, fundamento y operatividad de los derechos humanos de un determinado país. En última instancia es en ese ámbito donde se discierne el derecho vigente y válido, y se establecen directivas para su operatividad.

### **2.2.6. Los derechos humanos desbordan y alteran la nómina y noción de fuente del derecho**

El modelo decimonónico encomendó funda mentalmente a los Libros Primeros de los Códigos Civiles establecer la nómina de las fuentes del derecho y lo que le correspondía hacer al jurista con ellas a los fines de encontrar la solución jurídica para sus casos. Esa nómina era: i) exhaustiva, ii) circunscrita a muy pocas, iii) necesitaba contar con la aprobación del Estado soberano, iv) se escribía, y v) se publicaba en un órgano oficial *ad hoc*. Por otro lado, había una jerarquía muy clara que ponía a la ley en el lugar central y más elevado, de ese modo la costumbre que se aceptaba como fuente eran solo la interpretativa –de la ley– y la supletoria –de la ley–, y así frente a la remota posibilidad de un silencio legal aparecía la alternativa de recurrir a los medios de integración de la ley. Esa visión legalista, repitamos que llegaba incluso al extremo de negar los mecanismos de integración jurídica, como en el Code francés de 1804, y algunos representantes de la exégesis francesa sostuvieron que, si se presentaba un caso no previsto en la ley, el mismo no era jurídico dado que el derecho coincidía con la ley. Aún en los códigos civiles que reconocieron la posibilidad de lagunas en la ley y el recurso a los principios generales del derecho –el art. 16 del Código Civil argentino originario–, la doctrina civilista más extendida nos parece que nunca le prestó demasiada atención a estos últimos. Es que frente a la confianza en la infalibilidad del legislador, la hipótesis de ausencia de ley se suponía remota, y en definitiva la respuesta jurídica que eventualmente se derivara de los principios nunca podía ser *contra legem*, atento a que ellos los había puesto el mismo legislador de manera implícita en el código, y su validez jurídica descansaba en esa voluntad del codificador.

El reconocimiento operativo de los derechos humanos pone en crisis esa nómina e incluso la noción misma de fuente del derecho<sup>47</sup>. Es que si los derechos humanos coinciden con aquella juridicidad indisponible para la autoridad que pretende hacer derecho, su violación grave y evidente frustra toda capacidad jurígena, incluso la del poder constituyente. Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas concentradas que orientan y limitan a las respuestas que terminarán de positivizarse en el derecho. Ellos guían la creación de las normas jurídicas y también su aplicación, así a la hora de superar sus indeterminaciones (sean en los supuestos fácticos como en sus consecuencias), también cuando hay que escoger entre normas

46 Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación constitucional*, México D.F., Porrúa-UNAM, 2005; Rodolfo Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

47 Cfr. Josep Aguiló Regla, Rodolfo Vigo, *Fuentes del derecho-Dos visiones*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

contradictorias o cuando hay que suplir una ausencia de respuesta jurídica para un caso, o incluso cuando corresponde invalidar una norma por una irracionalidad o disvaliosidad evidente y muy grave. En tiempos del EDC los derechos humanos se convierten en una especie de principios en sentido estricto (en tanto aquello de donde algo es, se conoce o se hace como derecho<sup>48</sup>) o de fuente del derecho por antonomasia que controla toda otra fuente (el principio tiene razón de fin), a los fines de asegurar que –como mínimo– soluciones claramente contrarias a los mismos no prevalezcan, y también que se escojan siempre las mejores respuestas jurídicas que aporten a su triunfo, que es lo mismo –según Finnis– que el triunfo de la justicia y el bien común.

Ofreciendo los derechos humanos respuestas diferenciadas para los casos jurídicamente importantes, la racionalidad del derecho pretende que esa opción se justifique con argumentos (recordemos que según una definición clásica, argumento es “lo que arguye la mente en caso de dudas”), o sea que frente a cuestiones que pueden ser respondidas de distinta manera se torna racionalmente necesario que se respalde la opción escogida con razones o argumentos. Los resultados interpretativos inferidos de derechos humanos requieren una tarea racional argumentativa o justificadora, y esos argumentos terminan de proyectarse como eventuales pautas directivas de la comprensión y operatividad de todo el derecho. En efecto, y a modo de ejemplo, traigamos a colación criterios jurisprudenciales de raigambre constitucional como “libertades preferidas” o “distinciones sospechosas” que funcionan en todos los casos jurídicos. Recordemos que autores como Aarnio llega a asimilar la noción de fuente del derecho con “toda razón [...] que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación jurídica”<sup>49</sup>, y también Peczenik: “Todas las razones jurídicas son fuente del derecho en un sentido amplio”<sup>50</sup>.

Advirtamos una vez más las características de los derechos humanos: reconocidos, universales e inalienables, y que hay expresos e implícitos, originarios y subsiguientes<sup>51</sup>, y que el jurista antes de definir la respuesta jurídica debe controlar el nivel de compatibilidad o incompatibilidad de la misma con aquellos. Ellos integran el derecho vigente y válido y no necesitan de un reconocimiento explícito para que operen, no pudiendo invocarse su ignorancia frente a la acusación de su violación. Sin perjuicio del alcance metasistemático o universal de los derechos humanos, el jurista no puede prescindir de su enclave o modalización que ellos asumen en cada Constitución.

---

48 Aristóteles, *Metafísica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1986, p. 233, VI, 1013<sup>a</sup>, 18s: “El rasgo común de todos los principios es el hecho de ser lo primero desde donde algo es, se engendra o se conoce”. También Aquino: “Principium est id a quo aliquid procedit quocumque modo” (principio es aquello de lo que algo procede de cualquier manera) (Suma Teológica, I, q.33, a.1).

49 Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 123.

50 Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, New York, Springer, 2009, p. 318.

51 Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981, p. 92; distingue “derechos naturales originarios” (proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, y por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana) y los “derechos naturales subsiguientes” (dimanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre).

### 2.2.7. Los derechos humanos internacionalizan al derecho

El modelo legalista derivó armónicamente de la noción de soberanía con la que se fueron forjando los Estados nacionales. Una de las características de esos Estados soberanos –Jean Bodin de por medio– fue imponer, sin rendir cuentas a nadie, el derecho que se aplicaría en sus respectivos territorios. El derecho que regía para la sociedad era aquel que había creado raigalmente el Estado y nadie contaba con un poder jurídico suficiente como para impugnarlo o invalidarlo.

Los derechos humanos, como es bien sabido, internacionalizan al derecho en tanto terminan regulando a los mismos Estados imponiéndoles deberes y exigencias cuyo incumplimiento puede generar reclamos y responsabilidades jurisdiccionales, y por esa vía se termina consolidando la posibilidad de reconocer a las personas físicas legitimación ante los tribunales internacionales o regionales. Sin duda que nuestro continente también avanzó generosamente por ese camino del derecho comunitario, y logró establecer un espacio interamericano efectivo para los derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica a través de sus fallos y opiniones consultivas, como también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington, fueron poniendo en interrogantes el clásico apotegma de la supremacía indiscutida de la constitución y debilitando las visiones chauvinistas imperantes. Los derechos humanos han demostrado la utilidad para fortalecer la conciencia de un espacio cultural, territorial y personal en común, y es tarea de los jueces posibilitar que los Pactos respectivos no sean meros propósitos por lograr, sino vías operativas concretas de distinta índole. Precisamente la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es también responsabilidad de los Poderes Judiciales el velar por el cumplimiento de los derechos humanos, y la vía de las llamadas “omisiones constitucionales” puede ser empleada en el campo de los derechos humanos para no dejar librada a la voluntad de los otros Poderes la efectiva vigencia de estos. Un buen ejemplo de ello es receptado por la Corte Suprema argentina en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” cuando reconoce el derecho de réplica, aunque no estaba la ley exigida por el Pacto de San José, sosteniendo (con base en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana) que por jurisprudencia se puede suplir a la ley.

Desde una noción clásica de la soberanía resulta incomprensible el *soft law* o *global law*, o la apelación que hace la Corte Suprema en la causa “Priebke” al *ius cogens* o *ius gentium* para modificar al Código Penal argentino. También resultará sorprendente que la Corte Interamericana obligue a cambiar la Constitución a Chile; que invalide la reserva hecha por México en materia de tribunales militares cuando se sometió a su jurisdicción; o que al margen de lo que dispone la Constitución mexicana amplíe la competencia de los jueces hasta incluir un control de convencionalidad. La doctrina ha pergeñado la fórmula de “diálogo jurisprudencial” para poner de relieve el recurso a jurisprudencia extranjera en orden a escoger ciertos criterios jurisprudenciales. Es que en la jurisprudencia referida a derechos humanos hay un escaso condicionamiento



impuesto por los derechos nacionales, por eso los argumentos utilizados en una sentencia cuyo objeto es un caso referido a rechazo de transfusión de sangre por parte de un Testigo de Jehová, seguramente trascienden los ámbitos jurisdiccionales en donde fue dictada y puede ser utilizada por otros tribunales extranjeros en casos análogos.

Consignemos que la referida descripción no implica coincidir con todos los criterios jurisprudenciales interamericanos establecidos, ni tampoco juzga acerca de la competencia de la Corte regional en orden a no computar “los márgenes de decisión nacional”, pues nos estamos limitando a mostrar la realidad sin valorarla e identificando consecuencias teóricas y prácticas. Aunque a ese respecto cabe señalar la reacción de algunos Estados de nuestro continente y también ciertas resistencias o cambios en la jurisprudencia que importan alterar el sometimiento tradicional irrestricto a los criterios de la Corte interamericana<sup>52</sup>. De todas maneras, quizás pueda concluirse que un jurista que se limite a conocer solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derecho, y aquí es oportuno reclamar que la formación de los juristas incluya derecho comparado, especialmente el derecho de aquellos países con los que nos unen variados e históricos vínculos.

### **3. CONCLUSIONES**

Sin perjuicio de que algunos de los puntos aludidos resulten en algunos casos redundantes y sea posible distinguir tesis más decisivas que otras, lo cierto es que por razones pedagógicas, y aun asumiendo aquel riesgo, hemos querido reseñar diferentes consecuencias que conlleva el reconocimiento operativo de los derechos humanos directamente sobre la actividad jurisdiccional interpretativa o argumentativa según básicamente la matriz decimonónica o legalista, e indirectamente sobre la cultura y la teoría jurídica general y funcional al modelo de Estado de Derecho vigente. La conclusión es que ese paradigma configurado en Europa a partir de la Revolución francesa y aún presente en la cultura jurídica académica actual, es evidentemente incompatible con la presencia operativa plena o fuerte de los derechos humanos en el derecho vigente. Más aún, con los derechos humanos no solo se altera profundamente el quehacer interpretativo o aplicativo del derecho, sino que también se pone en crisis la teoría del derecho que sustentaba aquella exitosa teoría decimonónica iuspositivista.

Pero más allá de ese impacto superador que producen los derechos humanos en la teoría operativa del derecho más difundida, corresponde reconocer y asumir que ellos generan nuevos desafíos y exigencias sobre el jurista y el aparato conceptual y teórico que permite el mejor cumplimiento de su servicio profesional. La desatención a los requerimientos incluidos en lo precedentemente señalado, lejos de mejorar al derecho y al trabajo del jurista seguramente provocarán desconcierto, confusión,

52 Cfr. Santiago Alfonso, Lucía Bellocchio, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

incoherencia, inseguridad y excesos afectando la función primaria y constitutiva del derecho que es servir al buen vivir en sociedad proveyendo justicia. Lamentablemente, el panorama general no luce muy alentador, especialmente porque se mantiene una inercia académica instalada en gran parte de nuestras Facultades de Derecho que es la forjadora principal de los juristas, y por ese camino se favorece una especie de esquizofrenia en tanto que se repiten matrices superadas y en la realidad se recurre con ligereza y pragmatismo a instrumentos valiosos a los que se pone al servicio de proyectos ajenos al mejor derecho. Se requiere urgentemente una decisiva, adecuada, completa y urgente respuesta institucional, teórica y práctica que implique tomarse en serio los derechos humanos, para de ese modo posibilitar que ellos aporten a un mejor derecho, y también, se dificulte un uso desbordado, meramente político y peligroso de los mismos.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Aguiló Regla, Josep y Rodolfo Vigo, *Fuentes del derecho-Dos visiones*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 31-48.
- Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert, “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho* 43 (2000), pp. 217-249.
- Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26 (2003), pp. 145-160. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.08>
- Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 20 (2007), pp. 237-248. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.33>
- Alfonso, Santiago y Lucía Bellocchio, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Aquino, Tomás de, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, trad. Ana Mallea, 2000.
- Aquino, Tomás de, *Suma de Teología II. Parte I-II*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- Aristóteles, *Metafísica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1986.
- Atienza, Manuel, Rodolfo Vigo y Michelle Taruffo, *Verdad y proceso judicial*, La Paz, FC-JS-UNL-Cejip, 2019.

- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bonnecase, Julien, *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*, Puebla, Editorial José M. Cajicá Jr., trad. de José María Cajicá, 1944.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4 (1987), pp. 79-84. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.05>
- Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Ewald, François, *L'état providence*, Paris, Grasset, 1986.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Ferrajoli, Luigi y Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo - una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, México D.F., PorrúaUNAM, 2005.
- Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. de Cristóbal Orrego, 2000.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Finnis, John, *Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurídica*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, trad. de Fabio Morales, 2019.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- Gabel, Peter y Duncan Kennedy, “Roll over Beethoven”, en *Stanford Law Review* 36, 1 (1984), pp. 1-55. DOI: <https://doi.org/10.2307/1228680>
- García López, Jesús, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981.
- Hervada, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Persona y Derecho* 9 (1982), pp. 243-256.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México D. F., Editorial Porrúa, trad. de Roberto J. Vernengo, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, trad. de Eduardo García Máynez, 1979.

- Kaufmann, Arthur, "El Renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él", en Renato Rabbi-Baldi (comp.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pp. 223-254.
- Kozieki, Enrique, "Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. El derecho como texto sin sujeto", en VV. AA., *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982, pp. 23-37.
- Levinas, Emmanuel, "Les droits de l'homme et les droits d'autrui", en VV. AA., *Indivisibilité des droits de l'homme. Acte du Colloque Interuniversitaire*, Fribourg, Univ. Fribourg, 1985.
- Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963.
- Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho. Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 1993.
- Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.
- Ollero, Andrés, "La eterna polémica del derecho natural", en *Persona y Derecho* 40 (1999), pp. 90-112.
- Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, New York, Springer, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8730-1>
- Ramírez, Santiago María, *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978.
- Riedel, Manfred, *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Freiburg, Verlag Rombach Freiburg, 1974.
- Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Persona y Derecho* 37 (1997), pp. 279-314.
- Taruffo, Michelle, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- Taruffo, Michele, *Verdad, justicia y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- Taylor, Charles, "Los fundamentos filosóficos de los derechos", en VV. AA., *Los fundamentos de los derechos humanos*, Barcelona, Ediciones del SerbalUnesco, 1985.
- Ubertis, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penal*, Milano, Giuffrè, 1979.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Civitas, trad. de Luis Díez Picazo, 2016.
- Vigo, Rodolfo, "Aproximaciones a la seguridad jurídica", en *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos* 6 (1998), pp. 495-516.

- Vigo, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Bogotá, Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012.
- Vigo, Rodolfo, *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Vigo, Rodolfo, *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019.
- Vigo, Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Vigo, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Vigo, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- Vigo, Rodolfo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Educa, 2015.
- Vigo, Rodolfo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, Editorial La Ley-Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Vigo, Rodolfo, *Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2018.
- Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Vigo, Rodolfo, “Una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2016), pp. 99-125. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.07>
- Von Savigny, Friedrich Carl, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en VV. AA., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1949.



## **Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad**



### **Jorge Antonio Asbún Rojas - Bolivia**

Abogado Constitucionalista - Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

- Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Derecho Comparado por el Instituto de Derecho Comparado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz.
- Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid-España.
- Es catedrático de posgrado en Universidades públicas y privadas de Santa Cruz y La Paz. Ha sido Presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y miembro Fundador de esta institución.
- Publicó libros, artículos y ensayos, tanto en libros colectivos como revistas de Argentina, Brasil, España, Chile, México y Perú, entre otros países.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Jorge Antonio Asbún Rojas, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, René Yván Espada Navía.



# **Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad**

---

**Jorge Antonio Asbún Rojas**

## **1. INTRODUCCIÓN**

En la doctrina y en la jurisprudencia actual tanto nacional como extranjera, se afirma casi de forma unánime que en América Latina el Derecho ha ido evolucionando desde el control de Constitucionalidad hacia el Control de Convencionalidad y, que ésta sería una característica contemporánea que seguirá desarrollándose y profundizándose en el futuro y que además, marca una pauta diferenciadora en relación con el desarrollo del derecho en otros continentes.

En el marco del presente Congreso, “Corrientes Transformadoras de la Justicia Constitucional”, consideré oportuno abordar el tema en relación con el caso boliviano, considerando que en el artículo 410.II de la Constitución Política del Estado se estableció: *“El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.”* Y ello exige analizar este contenido, en relación al control de convencionalidad.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. El Bloque de Constitucionalidad**

En Bolivia se aludió por primera vez al bloque de constitucionalidad, a través de la Sentencia Constitucional N° 95/2001 de 21 de diciembre del 2001, en la que se expresó: *“...es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad...”*<sup>1</sup>.

Luego, en la SC N° 0102/2003 de 4 de noviembre de 2003, señaló: *“Que, conforme ha establecido este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, en ese marco se pasa a someter a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales esgrimidas con las normas de los*

---

1 En la SC N° 19/2003 de 28 de febrero, se aplicó ese entendimiento afirmándose: *“...la jurisprudencia tiene su fundamento en el hecho de que, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad”*.

*tratados, convenciones o declaraciones internacionales invocados, como lesionados, por los solicitantes de que se promueva el recurso”.*

En la SC 1494/2003-R de 22 de octubre, el Tribunal Constitucional expresó: “El art. 35 de la Constitución consigna una norma que, según la doctrina, se conoce como la cláusula abierta, cuya finalidad es la de evitar cualquier pretensión restrictiva de la vigencia de derechos fundamentales que no estuviesen expresamente consignados en el catálogo previsto por la Ley Fundamental, de manera que la jurisdicción constitucional, por vía de interpretación integradora, pueda aplicar los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos y de los que es parte el Estado boliviano.” Es decir, que a partir del artículo 35 de la Constitución de 1967 que señalaba: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”<sup>2</sup>, el Tribunal Constitucional dispuso que las autoridades internas de Bolivia debían aplicar los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

Luego, entre otras, en la SC N°1420/2004-R de 06 de septiembre precisó: “conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución”. En esta sentencia reconoce expresamente la misma fuerza jurídica y por ende el carácter directamente aplicable de los derechos contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

## **2.2. El bloque de constitucionalidad en el texto del 2009**

Ese reconocimiento jurisprudencial fue recogido en el texto constitucional del 2009, a través del artículo 410.II, que afirma: “El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional explicó en sus sentencias lo que debía entenderse por bloque de constitucionalidad, así lo hizo inicialmente en la SCP N° 110/2010-R de 10 de mayo, en la que expresó, que el mismo estaba “...conformado como unidad sistémica por tres compartimentos conexos entre sí: la Constitución Política del Estado vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional.” Es decir que, según esta sentencia, existe una unidad normativa, el texto formal que contempla los

---

<sup>2</sup> Este contenido actualmente se encuentra en el artículo 13. II de la Constitución vigente, que expresa: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

411 artículos y el contenido de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos suscrito por Bolivia.

En la SCP N° 0032/2019 de 9 de julio de 2019, el TCP afirmó: *“De lo expresado, es evidente que el bloque de constitucionalidad, al estar consagrado por el art. 410. II de la CPE, integra todo el “corpus iuris” de derechos humanos al contenido constitucional; ya que las normas constitucionales no son sólo aquellas que están plasmadas expresamente en la Constitución Política del Estado, sino también todas las normas y principios que no estén establecidos en ella pero a los cuales ésta misma se remita, complementándola y ampliando su cobertura protectora; esto se manifiesta mediante la incorporación de normas sobre derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos así como la interpretación que se ha hecho de estas disposiciones; siendo que, lo que determina que ciertas normas amplíen el catálogo constitucional no es tanto su procedencia sino su contenido; entonces, son integradas las normas provenientes de fuentes que se refieran a derechos humanos y sus garantías”.*

El TCP afirmó que el bloque de constitucionalidad significa que el orden constitucional boliviano, no sólo está integrado por los 411 artículos de la Constitución que se encuentran en el texto formal de la misma, sino también por todos los artículos contenidos en los Tratados y Convenios de Derechos Humanos suscritos por Bolivia, que al habérselos “constitucionalizado”, los mismos, por mandato del artículo 410.II de la Constitución, forman parte del propio orden constitucional y por ende tienen la misma fuerza normativa y rango jurídico.

La definición de bloque de constitucionalidad antes explicado es compartida de forma generalizada; así por ejemplo también lo definen Jose Antonio Rivera, Yazmin Serrano, Antonio Andaluz, Carlos Calderon, Alan Vargas, Ivan Sandro Tapia Pinto, Boris Arias, Willian Herrera, Farit Rojas, Israel Campero y otros.

En definitiva, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ya no sólo existen como acuerdos y obligaciones internacionales o entre estados, sino que en el caso boliviano se han integrado al orden constitucional interno y, por tanto, si bien en el ámbito internacional de los derechos humanos subsisten tal cual fueron concebidos inicialmente, la novedad es que se han integrado al orden constitucional boliviano y a partir de haberse instituido el bloque de constitucionalidad en la Constitución boliviana se puede afirmar que los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, se han “internalizado” si vale el término, porque hoy forman parte de la Constitución.

### **2.3. El control de convencionalidad**

El control de convencionalidad consiste en la verificación las normas, leyes y reglamentos e incluso la propia Constitución de un país, así como las actuaciones

y decisiones de las autoridades, son conforme con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su *corpus juris* del sistema Interamericano.

El control de convencionalidad según precisa Nogueira, “...constituye un mecanismo, ya sea en sede contenciosa o consultiva, que determina la compatibilidad o no del derecho interno o los actos de agentes de un Estado, determinando el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordenando al Estado modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno o prácticas de agentes estatales contrarias a los derechos asegurados por la Convención Americana y los tratados o convenciones complementarios del SIDH, con el objetivo de garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado”<sup>3</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue instituida por la Convención Americana de Derechos Humanos, y se le reconoció competencia para “interpretar y aplicar la Convención”, tanto en la vía consultiva como contenciosa y se precisó que las resoluciones que emita dicha instancia tienen carácter “definitivo e inapelable.” Es decir que, por mandato de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce el control de convencionalidad, pero conforme a este cuerpo normativo, en este caso el o los sujetos responsables son los Estados, no las personas.

#### 2.4. Control de convencionalidad por autoridades internas o nacionales

La descripción antes realizada sufriría un cambio a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso, Almonacid Arellano vs Chile, emitida en el año 2006, en la que precisó: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>4</sup>.

3 Véase: “En busca del tiempo perdido a propósito del “control de convencionalidad”.

4 Sergio García Ramírez, en su voto razonado a la Sentencia del caso Tibi vs Ecuador, ha señalado lo siguiente: “3. [...] la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos” Tibi vs. Ecuador, 2003.

El mismo año, en la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú* (2006), la Corte señaló que el control de convencionalidad era una *“...herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas jurídicas incluyendo las constituciones y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).”* Agregando: *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*.

Luego de transcurridos algunos años, la Corte Interamericana, en la sentencia *Gelman vs. Uruguay* emitida en el 2011, precisó: *“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

Es decir, que a través de estas sentencias se creó primero y se desarrolló luego, una dimensión más amplia del control de convencionalidad que ya no solo quedaba encargado a la Corte Interamericana, sino que podía o mejor sería decir debía ejercerse por todas las autoridades internas o nacionales de un país, quienes tenían potestad incluso de oficio para verificar la armonía de las normas internas de un Estado, no solo respecto de la Constitución en relación a las autoridades que ejercen justicia constitucional, como regularmente sucede, sino además en relación con la Convención; aunque como se refiere en esta última sentencia, ello debía ejercitarse *“...en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”* se entiende de cada ordenamiento nacional.

El Ex Magistrado de la Corte Interamericana- Eduardo Ferrer Mac Gregor -en diversos ensayos, afirmó que las sentencias de la CIDH referidas instituyeron el control difuso de convencionalidad, como un *“deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.

El entendimiento expuesto por la Corte Interamericana en las sentencias referidas y en otras que abordan el mismo tema, como es evidente implica que la misma entiende que en los Estados existen dos órdenes jurídicos: por un lado, el Pacto de San José y por extensión el corpus iuris interamericano y por otro la Constitución, en razón de lo cual las autoridades nacionales o internas a fin de proteger los compromisos asumidos por el Estado y evitar la violación del Pacto de Santa José, deben ejercer también el control de convencionalidad interno, nacional o también llamado difuso.

## 2.5. El control de convencionalidad en Bolivia

En Bolivia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue recibida con entusiasmo, no solo en el ámbito doctrinal, sino también por los altos tribunales, en particular por el Tribunal Constitucional Plurinacional y, esta instancia jurisdiccional a través de distintos fallos, entre ellos la SCP N° 2170/2013 de 21 de noviembre, determinó que: *“los jueces y tribunales tienen el deber de realizar el control de convencionalidad”*.

En la SCP N° 0487/2014 de 25 de febrero de 2014 señaló: *“Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, como ya lo anotara la Corte Interamericana en los casos antes referidos”*.

Luego, a través de la SCP N° 0572/2014 expresó: *“En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no sólo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo señala nuestra propia Constitución en los arts. 13 y 256 y lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta (...) Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad, como ya lo anotara la Corte Interamericana en los casos antes referidos”*.

En la jurisprudencia constitucional, tal como se observa en la cita realizada, en el análisis de la relación entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, se incorporaban referencias a otros artículos de la Constitución Política del Estado, como el 13, 14, 256, 257 y 410 y a partir de ellos se concluía el control de convencionalidad interno o nacional sólo correspondía al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Así por ejemplo, en la SCP N 84/2017 de 28 de noviembre, el Tribunal Constitucional Plurinacional afirmó que la Corte Interamericana: *“Precisó que los tribunales que se sometieron bajo su jurisdicción, como es el caso boliviano, que deben “ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos Humanos”* y en cumplimiento de esa jurisprudencia, aplicó el control de convencionalidad para resolver el tema de la reelección y dedicó 16 páginas de la sentencia a explicar el alcance del control de convencionalidad que le correspondería ejercer y como efecto de ello, concluyó *“aplicando preferentemente el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

Luego, en la SCP N° 0032/2019 de 9 de julio de 2019 expresó: *“La obligación del Estado Plurinacional de Bolivia de ejercer el control difuso de convencionalidad recae especialmente en este Tribunal, en su función de precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales establecida en el art. 196.I de la CPE, velando por la supremacía constitucional que, como se explicó líneas arriba, se encuentra irreversiblemente convencionalizada a través del bloque de constitucionalidad; si bien, el examen de compatibilidad de las normas internas con el ‘corpus iuris’ de derechos humanos a efectos de realizar una interpretación conforme o aplicación preferente al caso concreto, puede ser efectuado de oficio por toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias, en lo que respecta a dejar una norma interna constitucional o infra-constitucional sin efectos jurídicos ‘erga omnes’ o la supresión de normas contrarias al ‘corpus iuris’ de derechos humanos, se tiene que la declaración de aplicación preferente con efectos generales por inconventionalidad necesariamente la debe realizar este Tribunal a través de las acciones que más concuerden con tal actividad, las cuales no pueden ser otras que las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta”*.

En esta sentencia se agregó: *“El control difuso de convencionalidad es una nueva obligación que emerge del ‘corpus iuris’ de derechos humanos, no encontrándose prevista positiva o formalmente como facultad o atribución de ninguna autoridad dentro de las normas orgánicas y procesales de origen nacional; sin embargo, este Tribunal, como órgano especialmente encargado de precautelar el respeto y la vigencia de los derechos humanos en el Estado Plurinacional de Bolivia, necesariamente debe ejercer esta actividad con **autonomía procesal** en lo que respecta a dejar sin efectos jurídicos ‘erga omnes’ mediante la aplicación preferente del ‘corpus iuris’ de derechos humanos, incluyendo a la propia Constitución Política del Estado; todo esto, para garantizar la máxima protección a los derechos humanos y su vigencia efectiva a*



*través del bloque de constitucionalidad y su aplicación preferente, cumpliendo las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional en general y con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en particular (principio ‘pacta sunt servanda’).*

Es evidente entonces que a pesar de que las definiciones de bloque de constitucional y control de convencionalidad son uniformes, sin embargo, su aplicación guarda muy poca relación con esas definiciones, dado que se acude al control de convencionalidad para referirse a las normas contempladas en la Convención, pero como si se tratara de un contenido diferente al de la Constitución y por ende, olvidándose que se había definido que los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos formaban parte del bloque de constitucionalidad; situación que se complica cuando se utiliza un artículo distinto de la Constitución Política del Estado, en los que ésta alude a los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, como ser el artículo 13, 14, 256, 257 y/o 410, por lo que es imprescindible profundizar en éstos, a través de un estudio sistemático, en relación al tema en análisis.

## **2.6. Derechos más favorables**

El artículo 256 de la Constitución refiere: *“Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”* en el inciso II, agrega: *“Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”*.

El primer aspecto para resaltar en este artículo es que el mismo establece una regla de interpretación, pero lo hace como si los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, estuvieran fuera de la Constitución; para este artículo se trata de cuerpos normativos diferentes y los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución, no forman un bloque, por lo cual aquellos deben ser utilizados como mecanismos de interpretación.

Sin embargo, ese entendimiento resulta discordante con lo establecido en el artículo 410.II de la Constitución que ha dispuesto la *“incorporación de los Tratados y Convenios al orden constitucional a través del bloque”*, y por mandato del cual, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, forman parte de la Constitución.

El artículo 410.II de la Constitución tiene un contenido sustancial, es decir se refiere al contenido material de la misma, en cambio el artículo 256 instituye una regla hermenéutica.



Ahora bien, precisado ese aspecto y dado que el artículo 256 de la Constitución, instituye una regla para la interpretación de los derechos, resulta imprescindible encontrar una interpretación en la que el contenido de ese artículo armonice con el contenido del artículo 410.II de la misma norma.

La aplicación del derecho más favorable no surge por el contenido del artículo 256 de la Constitución y menos porque en este se haga referencia a los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Ese contenido surge de la existencia misma de la Constitución, dado que la efectiva protección de los derechos hace a su contenido ontológico; Así lo expresan, entre otros, el artículo 13.I de la misma norma, al disponer: *“Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”*. Luego, el artículo 14. III. Establece como finalidad del Estado: *“...garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución,”* y en el artículo 22 refirió: *“La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”*.

Si se tiene en cuenta que *“interpretar los derechos constitucionales de la manera más favorable”*, es el objeto del orden constitucional, no será entonces necesario acudir a la regla de interpretación contenida en el artículo 256 y menos aludir a los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos para ello, como si estos constituyeran *un orden jurídico* diferente a la Constitución y que además tuviesen un objeto más noble que ésta, sino que simplemente bastará efectuar ese mismo análisis sobre la disposición que sea más favorable a la efectiva protección de los derechos ciudadanos; y ello deberá realizarse sobre el contenido de la Constitución que, como se ha señalado, integró a través del bloque a los Tratados y Convenios de Derechos Humanos. A partir de lo cual se puede concluir que al aplicarse debidamente el artículo 410.II de la Constitución, se cumple plenamente el artículo 256.

## **2.7. Jerarquía normativa**

La Constitución Política del Estado, en el artículo 257.I afirma: *“Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”*. Y luego, en el primer párrafo del artículo 410.II afirma que los Tratados y Convenios ratificados *“forman parte del bloque de constitucionalidad”*, añadiendo en el segundo párrafo de este mismo artículo: *“La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”*.

Es decir, la Constitución reconoce a los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos humanos, no solo jerarquía constitucional, sino que considera que los mismos integran la Constitución, son Constitución. Así lo expresa en el primero párrafo del artículo 410.II; luego, la misma norma, alude a los tratados internacionales reconociéndoles jerarquía superior a las leyes, conforme consta en el artículo 410.II segundo párrafo y, por último, afirma que los mismos tienen rango de ley, conforme consta por el artículo 257.I. En realidad, la explicación armonizante de estos contenidos se explica en que los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, es decir, los que tienen esa materia, forman parte de la Constitución boliviana, son Constitución y por tanto tienen la misma jerarquía que ésta. Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, no se encuentran ni por encima ni por debajo de la Norma Fundamental.

Los tratados que tienen jerarquía superior a las leyes, no son los Tratados de Derechos Humanos, sino los tratados internacionales que se refieren a otras materias, como aquellos referidos a cuestiones limítrofes, integración monetaria, económica y cesión de competencias institucionales, porque para la aprobación de los mismos, además del proceso legislativo, se requiere un referendo popular y por ende, están dotados de una fuerza jurídica superior a la ley y por ello, no pueden ser modificados mediante ley, dado que para su reforma se requiere otra vez un referendo popular.

En lo que concierne a la expresión tratados internacionales con “rango de ley”, cabe señalar que, aclarado el alcance de los dos artículos anteriores, queda en evidencia que en esta expresión están comprendidos el resto de los tratados y esa jerarquía responde a que los mismos, solo cumplen el procedimiento legislativo para su aprobación.

## **2.8. Prevalencia de normas que prohíben limitación e interpretación conforme**

La Constitución Política del Estado, en el artículo 13.IV establece: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”*.

El primer aspecto a observar es que, a pesar que el artículo 13.IV de la Constitución, abre el título II de las -Disposiciones Generales referida -a los derechos fundamentales- el mismo trata solo de situaciones de excepción, es decir, no se trata de situaciones regulares, sino más bien de crisis comprendidas dentro de la expresión: *“Estados de Excepción”* que pueden darse por peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, tal como se describe en los artículos 137 y siguientes de la misma norma.

El contenido del artículo 13.IV de la Constitución se refiere entonces a esas situaciones de peligro y frente a ellas, se instituye la regla de prevalencia de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, sobre las normas internas y la interpretación conforme<sup>5</sup>, este es un aspecto esencial para ubicar debidamente el contenido de este artículo.

Luego, este artículo al igual que los otros que se analizaron, también describe reglas de interpretación y al igual que los anteriores, lo hace separando las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, de aquellas otras que se hallan expresamente en el texto formal de la Constitución. Es decir, que, para este artículo, en Bolivia existen dos órdenes jurídicos: por un lado, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Bolivia, y por otro, el texto formal de la Constitución y en ese contexto, manda que la Constitución se interprete conforme a aquellos. Entonces parecería que al redactarse el artículo 13.IV de la Constitución se omitió el contenido del artículo 410.II de la misma norma.

Ahora bien, precisados esos aspectos corresponde analizar cómo se armoniza el mandato del artículo 13.IV de la Constitución, cuando prohíbe la limitación y la prevalencia de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos sobre el texto formal de la Constitución y dónde queda el bloque de constitucionalidad.

Si se toma en cuenta todo lo referido sobre el rol de los derechos fundamentales, es evidente que por disposición constitucional la prohibición de limitación de los mismos, constituye una regla básica de ésta y ello surge de contenidos expuestos de la misma, como es el artículo 13.I de la misma norma, que refiere: *“Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”*. En consecuencia, el aplicar una norma que sea menos limitativa o el deber de efectuar una interpretación conforme, es un deber que surge desde y en el propio Bloque de constitucionalidad. No se requiere que los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos formen un contenido normativo distinto a los 411 artículos de la Constitución para aplicarlas y por ende, éste entendimiento ofrece una lectura armonizante de los mismos.

### 3. CONCLUSIONES

El artículo 410.II de la Constitución al afirmar que los Tratados y Convenios de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, implica que aquellos *“son parte”* de la Constitución, tal como lo reconocen todos los estudios y el propio Tribunal Constitucional Plurinacional.

5 Francisco Fernández Segado, acerca del principio de interpretación conforme, señala que: *“...antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa un[a] concordancia de dicha ley con la Constitución. Y ello en tanto en cuanto la anulación de una ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto administrativo, ya que crea por sí sola una gran inseguridad jurídica”*.

Sin embargo, es preciso distinguir que el artículo 410.II de la Constitución, es el único que se refiere a aspectos materiales o sustanciales relacionados a los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, mientras que los artículos 13, 256 y 257 establecen reglas hermenéuticas, reglas de interpretación y, por tanto, no pueden prevalecer sobre el contenido material de aquél.

En consecuencia, en el caso boliviano no es posible aplicar el *control de convencionalidad* porque para ello se requiere que dentro del estado existan dos órdenes jurídicos: el interno, regido por la Constitución y el internacional, que surge de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Al reconocer el bloque de constitucional -es imprescindible reiterarlo- los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, se tornan normas constitucionales, su contenido se integra a la Constitución.

Las autoridades, institutos y procedimientos reconocidos por el orden constitucional al aplicarse a través del control de constitucionalidad también implican la aplicación de los Tratados y Convenios de Derechos Humanos.

Los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, en lo internacional, continúan con su plena y absoluta vigencia y, además, tienen los organismos creados en los mismos para su protección y el Estado boliviano está obligado a cumplir dichas decisiones.

Estas conclusiones podrían llevar a pensar que actualmente nos encontramos en el punto de partida original, es decir, en un control de constitucionalidad simple y llano, tal como existía antes de reconocer a los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos como parte del bloque de Constitucionalidad, pero ello no es correcto, dado que el contenido de los mismos se integró al orden constitucional y por ende hay una mejor descripción de los derechos y existen mayores garantías para el ejercicio de estos.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ANDALUZ, Horacio: “la estructura del sistema jurídico boliviano y las relaciones entre las fuentes de su derecho según la “constitución” vigente” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) P. 468.

ARIAS, Boris: “Entre la constitución y los tratados de derechos humanos” en: [file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-EntreLaConstitucionYLosTratadosDeDerechosHumanos-5470220%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-EntreLaConstitucionYLosTratadosDeDerechosHumanos-5470220%20(2).pdf)

FERRER MACGREGOR, Eduard: Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. En Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional, México, UNAM-IIJ, 2011

HERRERA, Willian “El Pacto de San José y el control de convencionalidad” Revista Boliviana de Estudios Constitucionales, N°5, mayo del 2019 pp.

- RIVERA, Jose Antonio: La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia. Santa Cruz, Fundación Observatorio de Derechos Humanos, 2019.
- ROJAS, Farit T: “Bloque de Constitucionalidad.” En: Diario La Razón, La Paz, 6 de mayo 2019
- SERRANO, Jazmín: “Control de Convencionalidad en un Estado de Derecho” en: Tribunales, revista jurídica, diario 13 de septiembre del 2022.
- TAPIA PINTO, Ivan Sandro: “El bloque de constitucionalidad en Bolivia.” En: El nuevo Derecho Constitucional Boliviano. AAVV. ABEC, Santa Cruz, 2015
- VARGAS LIMA, Alan E: Justicia Constitucional y control de convencionalidad en Bolivia. Iustitia, La Paz, 2021, pp.275 y siguientes.



## **Protección Multinivel y Sistema Interamericano de Derechos Humanos**



### **Eloy Andrés Espinosa Saldaña Barrera - Perú**

Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú

- Doctor con mención sobresaliente Summa Cum Laude y Premio Extraordinario por la UNED (Madrid, España).
- Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bologna, Italia.
- Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Fundación Konrad Adenauer (Alemania), entre otras Universidades, Centros de Estudios y Tribunales o Cortes Constitucionales.
- Fue Ex Vicepresidente y Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú de junio de 2014 a mayo de 2022.
- En el campo académico, se desempeña como docente universitario en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, la Universidad de Lima, la Universidad de Piura y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Participación virtual del Expositor Eloy Andrés Espinosa Saldaña Barrera, desde Perú.



# **Protección Multinivel y Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

---

*Eloy Andrés Espinosa Saldaña Barrera*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Sobre la relevancia de la convencionalización de los derechos en un contexto como el latinoamericano**

Una de las más importantes tareas a cargo de un juez o jueza constitucional es hoy, qué duda cabe, la referida a la convencionalización del Derecho, y, sobre todo, la convencionalización de los derechos. Y es que, en contextos como el latinoamericano, en donde algunos problemas a nivel mundial (como los de la crisis de respeto a los derechos, muy a despecho de su reconocimiento constitucional, legal o jurisprudencial; o la crisis por falta o por insuficiencia de reconocimiento y vigencia de la idea de “buen gobierno”, y un largo etcétera) se dan la mano con algunas limitaciones ya casi endémicas en nuestros países. En este escenario, la convencionalización de los derechos ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las diferentes personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

Y es que estamos frente a un escenario como el latinoamericano (Estados Unidos y Canadá nunca habilitaron la competencia de la Corte Interamericana, y por ende, nuestro sistema supranacional de tutela de derechos, en donde, además de lo que se encuentra a nivel mundial, nos encontramos, entre otros elementos planteados, con mayor o menor intensidad, en función a la condición de cada Estado en particular, a la constatación de una situación de debilidad institucional y de poca participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes en una sociedad determinada. Junto a ello, conviene anotar que el quehacer político estatal latinoamericano oscila entre democracias insuficientes, ubicadas entre los riesgos de “democracias elitistas excluyentes” (1); diversas manifestaciones de populismo (2); y autocracias más o menos desembozadas.

Y por si lo expuesto no fuera suficiente, si bien son importantes los logros tuitivos alcanzados básicamente en el ámbito de los derechos, necesario es anotar como muchas veces existe un reconocimiento más formal que real de varios de estos derechos, o nos encontramos ante situaciones donde la titularidad de ciertos derechos aparece como irrazonablemente restringido para ciertos sectores de la población. También hay cuestionamientos vinculados con la actuación de quienes desempeñan labores jurisdiccionales, y no solamente en lo referido carácter contramayoritario de la tarea jurisdiccional, la legitimidad democrática de la labor emprendida, o la falta de familiaridad con las particularidades de la interpretación constitucional y la

interpretación convencional (existe el riesgo de encontrarnos con interpretaciones hiperformalistas, o de ubicarnos ante comprensiones que demuestran serias deficiencias formativas a nivel argumentativo o en el plano conceptual).

Incluso son cuestionables algunas disposiciones constitucionales o ciertas regulaciones o prácticas vinculadas con competencias asignadas a los juzgadores (sistemas de nombramiento, promoción, sanción y término de la carrera de juezas o jueces, o manejo de recursos económicos); y, finalmente, la hiperregulación de los derechos recogida en algunas Constituciones (la cual, por cierto, con intención o sin ella, recorta el ámbito de acción de quienes juzgan o interpretan). Frente a este contexto, adquiere innegable relevancia el aporte de la ya mencionada convencionalización de los derechos.

Sinceramente creo que hay mucho a favor de la relevancia y utilidad de la convencionalización de los derechos frente a la labor que hoy toca asumir a jueces y juezas. En primer lugar, se apuesta por la configuración de un Derecho común permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de nuestros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización de los derechos no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio, si su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel para así enriquecerlo y potenciarlo.

En segundo término, la convencionalización de los derechos facilita una comprensión de ciertos temas en los cuales a nivel interno no ha habido respuesta a alguna materia (o dicha respuesta ha sido deficitaria en términos de reconocimiento y protección de derechos). Además, permite recurrir a una pauta para la configuración de una alternativa, pauta proveniente del texto de la normativa convencional suscrita por cada Estado, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens*. Todo ello, claro está, no involucra desconocer la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común.

De otro lado, y en tanto y en cuanto se parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, la dinámica aquí descrita le permite al juez(a) constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

No debe además soslayarse que, muy a diferencia de lo que sucede con otras constituciones, donde la alegación de estar trabajando por buscar superar las

limitaciones de un contexto de democracia formal o insuficiente muchas veces parece más ben encerrar la justificación de nuevas expresiones de un populismo bastante lejano al ideal que se dice querer propulsar, la convencionalización de los derechos parte de una clara defensa de aquello que inspira, orienta y regula (muy a despecho de innegables tensiones y dificultades) el quehacer de una Estado Constitucional y Democrático.

En ese sentido, esta dinámica ayuda a quienes interpretan, y hasta juzgan, a encontrar o generar respuestas debidamente articuladas con los parámetros que por lo menos hoy acompañan al Estado Constitucional y la democracia Constitucional. Con esto me estoy refiriendo a que se permite construir, o por lo menos, potenciar opciones en donde se imponen límites y vínculos constitucionales a las decisiones de los órganos de gobierno de un Estado determinado. Ello con el objetivo de preservar el rol de los derechos como centro no solamente de la acción estatal, sino del quehacer de todo aquel que cuenta con autoridad, y de la ciudadanía en general.

Entonces, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas. Necesario es entonces anotar aquí que, y ya frente a estas materias, ha habido importantes avances contruidos o potenciados desde sede jurisdiccional, sobre todo desde los jueces, juezas o tribunales constitucionales, o de quienes hacen sus veces. Justo es también reconocer que ha habido imprecisiones y retrocesos, y hasta hoy hay muchos retos por superar.

## **1.2. Las diferencias entre el sistema interamericano de Derechos Humanos y los sistemas europeos, con especial mención al sistema europeo de protección de Derechos Humanos (3)**

Cabe eso si señalar que la alternativa europea es diferente. En primer lugar, en Europa se cuenta con un sistema regional de protección de Derechos Humanos distinto. No existe una Comisión, sino directamente una Corte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), encargado de interpretar la vigencia y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los Estados suscriptores del Convenio pueden ser directamente demandados ante esta Corte si quien cuenta con legitimación procesal activa para ello, y si, en principio, se ha agotado la vía interna para la solución del conflicto en el Estado al cual finalmente demanda.

En segundo término, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emite sentencias, pero no está tan directamente comprometido en su ejecución como se encuentra la Corte Interamericana en el sistema interamericano de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no cuenta con instrumentos propios para buscar garantizar el cumplimiento de sus sentencias. La Corte Interamericana, en cambio,

hace uso de sus audiencias y sentencias de cumplimiento, espacios en donde el Estado condenado tendrá que asegurar el cumplimiento de las sentencias de la Corte. Téngase presente que las sentencias de la Corte pueden recurrir a un sistema de reparaciones integrales, donde el cabal cumplimiento de lo resuelto tiene la posibilidad, para ser efectivo, de recurrir a medidas con las que puede contar cada sentencia: restitución, indemnización, rehabilitación, de satisfacción, y de no repetición. Se incluye aquí también a la investigación de los hechos que violentaron derechos, para así determinar qué tipo de responsabilidades se pueden haber generado.

Medidas de restitución son las que buscan el restablecimiento de los derechos vulnerados, y de las condiciones de las víctimas hasta antes que se produzca la violación de sus derechos. A modo de ejemplo podría aquí mencionarse la restitución de tierras ancestrales de un pueblo indígena. Las medidas de indemnización o compensación involucran una retribución económica en proporción a la vulneración ocasionada. Las medidas de rehabilitación están dirigidas a la atención de tipo jurídico, médico, psicológico y social en favor de las víctimas o de su entorno más cercano (sobre todo cuando las víctimas han fallecido, o se les ha violado derechos como el de integridad, por citar un caso). Las medidas de satisfacción intentan proporcionar bienestar, y contribuir a mediatizar el dolor de las víctimas, recurriéndose así muy frecuentemente a la publicación de la verdad sobre lo sucedido. Finalmente, y como lo indica su denominación, las medidas de no repetición son aquellas que tienen que tomar los Estados que violaron derechos para que estas vulneraciones no vuelvan a darse (mediante, por ejemplo, el cambio de normativa, la modificación de la jurisprudencia al respecto, o la capacitación de los actores involucrados).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, deja a la ejecución de sus sentencias como responsabilidad de los propios Estados que violaron el Convenio Europeo. El Tribunal no cuenta con audiencias o sentencias de cumplimiento, sino que se respalda en el margen de apreciación estatal y la fijación de estándares mínimos de protección de los derechos.

Ambas alternativas puedan parecer sugerentes, pues es finalmente el propio Estado sancionado quien garantiza el cumplimiento de lo resuelto, sin llegarse a interminables controversias entre, por ejemplo, la Corte Interamericana y el Estado que aceptó la competencia de dicha Corte sobre si se cumplió con lo resuelto en todos sus extremos. Sin embargo, respetuosamente aquí se discrepa con ambas alternativas.

Y es que el margen de apreciación estatal, nacional o de los Estados tiene el inconveniente de trasladar la responsabilidad de cumplir con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a entes calificados dentro del propio Estado infractor. Una vez emitida la sentencia correspondiente, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le corresponderá básicamente ejercer presión para que el Estado infractor materialice a cabalidad el pronunciamiento hecho en su contra. Y allí la rebeldía del Estado infractor puede ser más patente en los Estados suscriptores

del Convenio Europeo más poderosos, pudiendo generarse aquí cumplimientos incompletos y desiguales (y por lo mismo, injustos) ante una vulneración de derechos sustancialmente igual, dependiendo de cuál es el Estado infractor.

De otro, el establecimiento de un estándar mínimo de protección de derechos habilita a quien juzga dentro de un Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (y lo más grave, a quien juzga dentro de un Estado infractor a una de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a la posibilidad de preferir la norma estatal o nacional frente a la comunitaria, alegando que la primera de las mencionadas es más tuitiva que la segunda. Este margen de elección solamente podría justificarse excepcionalmente en contados casos, donde es palmaria la mayor protección que genera la norma interna frente al parámetro convencional (el tratado mismo o la interpretación vinculante de dicho tratado), pero esos supuestos no solamente son muy raros, sino que pueden generar la existencia de hasta dos tipos de controversias.

La primera de esta clase de controversias es la provocada por la no aplicación del Convenio de Viena sobre los tratados (justo es alegar que en Europa hay muchos países que no reconocen rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos). Ahora bien, y en cualquier caso, la interpretación de un tratado, máxime si versa sobre Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia supranacional emitida a propósito de dichos tratados, no debiera ser un acto unilateral, sino más bien producto de consensos mínimos, aunque sin desconocer el principio kompetenz-kompetenz). La segunda clase de controversias que puede generarse no es menos grave, pues si es quien juzga a nivel nacional estatal o nacional cuál es la norma más tuitiva, y lo hace de manera unilateral, puede terminar quitando toda eficacia jurídica al parámetro convencional (de allí la importancia, insisto, de realizar interpretaciones que sean producto de consensos mínimos, aunque sin soslayar la aplicación del principio kompetenz-kompetenz).

Finalmente, y para así culminar con este apartado del presente texto, Europa cuenta con un sistema de integración comunitario, que parte de lo económico, aunque no se queda en ello, y que se sustenta en diferentes tratados y la existencia misma de la Unión Europea. Las relaciones entre esta normativa comunitaria y el tribunal que la hace cumplir, tribunal con sede en Luxemburgo; y las vinculaciones entre los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo son temas que exceden a los alcances del presente trabajo.

### **1.3. El papel de jueces, juezas y tribunales Constitucionales latinoamericanos (o Altas Cortes que hagan sus veces) en la protección de los derechos**

En este contexto, la tarea de los Tribunales Constitucionales, así como las de las Altas Cortes que cumplen similar labor, y el quehacer de jueces y juezas constitucionales es de singular relevancia. En algunos Estados son quienes tienen la responsabilidad de ejecutar las sentencias emitidas por tribunales con pronunciamientos vinculantes

sobre la vigencia de ciertos derechos (eso no ocurre en el Perú, donde hay un procedimiento específicamente establecido al respecto, recogido en la ley 27775 y sus modificaciones). En todos los Estados que aplican el control de convencionalidad establecido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los jueces y juezas, y sobre todo, los que pertenecen a un Tribunal Constitucional (o a una Alta Corte que haga sus veces), son los principales responsables de aplicar las pautas convencionales en general (interpretación conforme a lo convencional), y de inaplicar las normas convencionales. También tienen a su cargo la aplicación de la jurisprudencia de ciertos tribunales encargados de interpretar esas pautas convencionales y de inaplicar las normas o actuaciones estatales que resulten contrarias a estas convenciones (en América Latina básicamente los tratados sobre Derechos Humanos).

Para ello se ha seguido, explícita o inconscientemente, pautas como las reseñadas en este texto. Precisamente sobre los retos existentes al respecto pasaré a efectuar, siquiera a modo de puntual reseña, alguna referencia de inmediato.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Los retos o riesgos a enfrentar para la consolidación de la convencionalización de los derechos a nivel jurisdiccional en América Latina**

La labor de interpretación y resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente, muy a despecho de eventuales cuestionamientos. Sin duda es innegable reconocer como el quehacer jurisprudencial ha planteado importantes avances en esta misma dirección, los cuales, por cierto, no se han quedado en el ámbito de tutela de los derechos, sino que se ha proyectado también al escenario de la toma de las decisiones de gobierno y gestión más relevantes en varios Estados en particular (4).

Ahora bien, estos avances o aportes deben, en su caso, hacer frente a la presencia de algunos significativos retos, más allá de los problemas de contexto mundial y latinoamericano a los cuales he hecho mención en otra parte de este mismo texto. Mucho es lo que podría decirse al respecto, pero aquí, siquiera puntualmente, voy a referirme a algunos temas que considero son de la mayor importancia.

El primero de ellos va dirigido a discutir qué y con cuál legitimidad algo es justiciable; y muy directamente relacionado con lo anterior, se vincula a si todo es realmente justiciable. El segundo va referido a la comprensión de los alcances de la misma tarea de convencionalización asumida. Está, por último, el reto del respeto a la soberanía del Estado que admite normas convencionales y la emisión de sentencias que apliquen parámetros convencionales, incluso dejando de lado aquella normativa estatal que resulte contraria a lo convencional. Buscar proporcionar insumos acerca de cómo abordar estos temas es aquello a lo cual dirigiré mi atención a continuación.

## **2.2. El reto sobre qué es justiciable, con cuanta legitimidad algo lo es, y los límites del quehacer jurisdiccional al respecto**

No olvidemos que se parte de la premisa mediante la cual se afirma que un Estado Constitucional no deben existir zonas o actividades exentas de control, y que la lucha para evitar la inmunidad (que suele devenir en impunidad) en el ejercicio del poder no debe detenerse. También demos tener presente que el Estado Constitucional se caracteriza por ser un Estado donde el poder es limitado, donde nadie tiene todo el poder, sino cuotas del mismo (competencias), las cuales son expresamente asignadas a cada entidad o funcionario(a) dentro de cada Constitución, o en su caso, por la norma correspondiente dictada por la autoridad competente, o por lo que se desprenda razonablemente de esa normativa, aunque allí no se encuentre explícitamente señalado.

Además, en el Estado Constitucional no solamente importa contar con la competencia para desempeñar una función (incluso la de interpretación vinculante y control de constitucionalidad). Involucra también ejercer esa responsabilidad dentro de ciertos parámetros. Por ende, un juez constitucional, una jueza constitucional o alguien que integra un Tribunal Constitucional tienen tareas muy importantes a su cargo, pero no están habilitadas para hacerlo todo. Corresponde entonces siempre preguntarse no solamente por la legitimidad de su labor, sino también interrogarse acerca de un tema muy vinculado con éste, el de los límites del quehacer de un juez constitucional.

Mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional, y con más detalle se ha hablado de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aun cuando el tema no se encuentra exento de polémica, en líneas generales se parte de reconocer que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solamente el quehacer jurídico, sino también el político, el social y el cultural al interior de un Estado determinado. La interpretación de dicha Constitución no solamente busca tutelar la voluntad general, sino, sobre todo, asegurar una mejor protección de los derechos (y especialmente los de las minorías), garantizado ello con una limitación del poder que se traduce en la distribución de funciones y de mecanismos de control a esas funciones.

El juez o jueza constitucional se legitima en esa delicada labor en función a que asume y justifica sus competencias en mérito a parámetros establecidos conforme a Derecho; en la imparcialidad e independencia que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional; y al desarrollo de sus tareas en base a su conocimiento del Derecho y lo jurídico (que es precisamente lo que debe aplicar). Ahora bien, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

Es importante entonces tener presente el tema de los límites a la labor del juez o jueza constitucional. Conviene allí entender que estos juzgadores y juzgadoras tiene un punto de partida y, por ende, un límite a su quehacer: la Constitución (más que

en su lectura literal, en su comprensión sistemática, y, sobre todo, en su versión convencionalizada) y lo que puede inferirse razonablemente de lo previsto en ella. También debe comprenderse que estamos ante autoridades, y, por ende, frente a personas que en las tareas a su cargo deben respetar parámetros de racionalidad, razonabilidad, corrección funcional o deber de motivación.

De otro lado, y en tanto y en cuanto son autoridades con labores de carácter jurisdiccional, no corresponde a esos jueces y juezas efectuar juicios en base a consideraciones de calidad o de oportunidad. En estos casos, también operan como límites al quehacer del juez(a) los alcances de las pretensiones puestas en su conocimiento, frente a las cuales puedan actuar en aplicación del *lura Novit Curiae* o de la suplencia de queja deficiente, más no romper una indispensable congruencia funcional; la especialidad de las materias decididas; o la misma “convencionalización del Derecho”, y especialmente la de los derechos, pues dicha convencionalización deja de lado y sin sustento algunas posibilidades interpretativas para los diferentes juzgadores y juzgadoras.

Finalmente, por no seguir con un largo etcétera, cuenta también la complejidad de los casos puestos en conocimiento de una jueza o un juez (fáciles, intermedios, difíciles y hasta trágicos (4) como elemento a tomar en cuenta para limitar su accionar.

Sin embargo, no son estas materias las únicas que generan algunas interrogantes. Cabe también preguntarse, tomando en cuenta las especiales características de ciertos temas, si es posible que puedan ejercerse sobre ellas eficientemente las labores de interpretación y control que se le piden a los jueces y juezas. Cabe entonces cuestionarse por si realmente todo es justiciable. En el fondo de ello hay una pregunta clave dentro del Estado Constitucional, uno de cuyos aspectos básicos es el de la necesidad de limitar y organizar el poder: la pregunta sobre quién se encarga de qué en un Estado o en una sociedad en particular. Corresponde entonces pasar a dar algunos apuntes al respecto.

Centraré por ahora mi análisis en un tema en particular, a modo de ejemplo de lo que quiero plantear: el electoral. ¿Acaso todo lo conflictivo en lo electoral (materia sobre cuyos alcances por cierto no necesariamente coincide el análisis de todos) es canalizable en sede jurisdiccional? Tiene que tomarse en cuenta la dificultad que implica el poco tiempo con que se cuenta para resolver este tipo de controversias; la real utilidad de la labor de algunas autoridades electorales, en función a sus actuales configuraciones y diseños; o el riesgo de politización de los espacios jurisdiccionales específicamente previstos para atender lo electoral (o que deben efectuar una interpretación constitucional con competencia en lo electoral) son algunos de los factores que por lo menos ponen en entredicho la pertinencia de judicializar cualquier materia, aun cuando dicha judicialización sea confiada a jueces y juezas constitucionales.



Bien podrá decirse que existe una especialidad sensibilidad en el tema electoral, en donde se encuentra en juego precisamente como alguien llega o se mantiene en el ejercicio de los espacios que le habilitan a un ejercicio legitimado de las mayores cuotas de poder en un Estado o en una sociedad en particular. Confiar a políticos el control del quehacer político puede sin duda causar ciertos resquemores. Sin embargo, y como acertadamente plantea Diego Valadés, existen casos ante los cuales las garantías de carácter jurisdiccionales pueden devenir en francamente ineficientes, siendo oportuno analizar la conveniencia de recurrir en estos casos a lo que el reconocido jurista mexicano denomina “garantía política” (5). En otros temas, como el informático, se requieren de respuestas rápidas, que difícilmente se pueden dar en un escenario jurisdiccional, que debe caracterizarse por una dinámica dialógica, de debate. Ello por más que se recurra a técnicas propias de una tutela diferenciada, y, dentro de ellas, incluso a una gran variedad dentro del escenario cautelar (recogiendo inclusive a medidas cautelares de tipo innominado o anticipado). Es por ello que en muchos temas el espacio jurisdiccional es el de ser el último recurso de tutela, con la ventaja de que suele ser el más garantista de los derechos o de la limitación del poder.

Como fácilmente puede apreciarse, la misma pertinencia de acudir al escenario jurisdiccional es lo que muchas veces se encuentra cuestionado. Ante la dificultad de dar rápida respuesta a materias muy complejas, y mirando los temas desde una perspectiva positiva, adquiere entonces especial significación contar con perspectivas interpretativas como la de la convencionalización del Derecho y los derechos, para así preservar o potenciar aspectos tan relevantes como aquellos a los cuales he hecho mención en otros apartados de este texto, muy a despecho de si eventualmente la aplicación de esta propuesta es o no finalmente confiada a organismos de naturaleza jurisdiccional, lo que, muy a despecho de ciertos reparos, la mayoría de las veces aparece como lo más adecuado, siquiera como el último espacio garantista.

### **2.3. El reto sobre la comprensión de los alcances de las tareas de convencionalización de los derechos**

Como se ha dicho en más de una ocasión, se entiende por “convencionalización del Derecho” a esa apuesta por la configuración de un Derecho común (que no descuida lo propio, sino que busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado), dentro del cual la comprensión del Derecho y de los derechos debe hablarse de acuerdo con lo señalado en los diferentes tratados suscritos por los distintos Estados, o, en su caso, conforme a lo que se desprende de dichos tratados, o de acuerdo con aquella normativa que ya ha adquirido carácter de *Ius Cogens*.

Ahora bien, necesario es anotar que los alcances de esta convencionalización (máxime en el escenario latinoamericano, donde se ha optado por una convencionalización de los derechos en la dinámica de un control de convencionalidad, y no dentro de la dinámica de un margen de apreciación estatal; donde la misma Corte Interamericana ha apostado por un sistema de reparaciones integrales; y, finalmente, donde la Corte

de San José de Costa Rica ha establecido su propio sistema de audiencias y sentencias para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias) también han admitido lecturas distintas.

Así, por ejemplo, hay quienes hacen una lectura literal de lo previsto, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre los tratados, y alegan sin más que no cabe alegar Derecho interno para desconocer el parámetro convencional. Frente a esta postura extrema, hay quienes alegan un carácter subsidiario de la convencionalización frente a lo existente en el Derecho interno, y sobre todo a nivel constitucional. En ese tenor, lo convencional solo se cumple si no afecta el parámetro constitucional interno, correspondiendo en principio a los organismos competentes de cada país (en líneas generales, las Altas Cortes de cada país, responsabilidad que incluso podría compartirse con otros órganos jurisdiccionales) determinar si es aplicable lo convencional o no. Esto último tiene el riesgo de llevar a que en los hechos sea unilateralmente la autoridad nacional o estatal quien juzga cuál es el estándar mínimo o deseable de protección, y en base a ello se soslaye la aplicación de todos los avances alcanzados a nivel convencional.

Y es que hay quienes alegan que la comprensión en clave convencional de estos temas debe entenderse en una dinámica de estándar mínimo, postura mucho más asentada en el espacio europeo. Allí se privilegia lo convencional, siempre y cuando se considere que lo estatal no resulta más tuitivo. Si lo previsto en un Estado en particular fuese más garantista que el parámetro convencional, primará la solución estatal en esa situación en particular. Esta postura es interesante, pero tiene la dificultad de determinar qué es lo más tuitivo y a quién corresponde esa determinación.

Sin embargo, corresponde entender que la configuración de la convencionalización del Derecho y de los derechos se da, como bien ha indicado calificada doctrina (6), comprendiendo que hoy nos encontramos en un escenario de fragmentación jurídica, y, por ende, de pluralismo interpretativo. Sin duda alguien va a tener que dar la última palabra en la solución de un caso en particular; o en la resolución de una situación o normativa planteada en términos generales, pero lo que se busca en estos casos una comprensión más bien uniforme. Sin embargo, ello no debería ser la consecuencia de la decisión unilateral de un supremo intérprete sobre los eventuales pareceres de otros intérpretes que en ciertos contextos pueden ser calificados como finales.

Y es que conviene tener presente que el tantas veces invocado “diálogo multinivel” no implica que alguien decide y el resto acata. Involucra más bien el uso de técnicas de cohabitación para así articular unas no siempre sencillas relaciones interordinamentales. La necesaria convergencia de interpretaciones en un escenario de varios intérpretes que se reclaman como finales va a llevar a la generación de consensos mínimos que encuentran en el principio pro homine su límite de actuación (7).

Estos consensos mínimos, como bien se ha explicado (8), son “soluciones de síntesis”, centradas en evitar interferir sobre la eficacia de la norma o la decisión a aplicarse. Alcanzar estos consensos mínimos implica articular entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, que los represente. La obtención de una respuesta común consensuada, añadido ya a nivel personal, sería lo óptimo a aplicarse. Ello, claro está, sin desconocer las competencias que le corresponden a cada autoridad o entidad involucrada.

Bien podría cuestionarse la relativa pérdida de certeza a la cual puede llevar la construcción de este tipo de respuestas. Esto, por lo demás, no es en rigor ni nuevo ni cierto. Es más, ya ocurre en la práctica en muchos países donde ya a nivel jurisdiccional coexisten varios intérpretes finales (o por lo menos, que reclaman esa condición). Por ello, con este tipo de “soluciones de síntesis” se busca evitar un “choque de trenes”, o, dicho con otras palabras, inconvenientes y harto perjudiciales conflictos interinstitucionales.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que la certeza de un pronunciamiento vinculante (entre los cuales destacan nítidamente las resoluciones emitidas por órganos con competencias jurisdiccionales) no solamente está marcada por la pulcritud de su redacción y motivación. Aquello, que sin duda es indispensable, debe darse en un contexto en que se asegure el cumplimiento de lo plantado. Eso es precisamente lo que busca conseguirse generando consensos mínimos entre la pluralidad de intérpretes vinculados.

#### **2.4. El reto de la invocación a la soberanía de los Estados**

Suele ser el primero de los retos a los que se referencia cuando se abordan estos temas, pero creo que aquí las posiciones sobre el particular son bastante conocidas. Y es que si partimos de la formulación inicial de lo que se entiende por soberanía (o, por lo menos, del más conocido en su momento), la soberanía es la capacidad de tomar decisiones últimas en un territorio determinado, sin interferencias internas o externas. Con el tiempo, varió quien es el titular de la soberanía (pasando de la persona que concentraba todo el poder (el denominado soberano) a, según la opción asumida, a la soberanía nacional, la soberanía del pueblo, la soberanía del Estado (y del debate sobre si hay un soberano en o dentro de mismo Estado). Y, tal vez lo más importante en este tema, se genera una polémica sobre si esas competencias consideradas como parte de la soberanía son delegables (pueden ser encargadas) e incluso transferibles (asignadas a un titular distinto al original).

La pregunta clave, y que no tiene una respuesta pacífica hasta hoy, está referida a si, precisamente por un acto soberano, se pueden transferir o delegar competencias tradicionalmente consideradas como parte de la soberanía a otra entidad o ente. De hecho, aquello es lo que ha ocurrido en la actualidad, y muy claramente cuando se habla de convencionalización del Derecho, o de los derechos.

Frente a lo expuesto, las respuestas son muy distintas, y hasta opuestas. Para algunos, la soberanía ha devenido en algo inexistente o carente de sentido. Para otros, se trata de un conjunto de competencias que pueden compartirse entre diversas instituciones, y no solamente ser ejercidas por un Estado en especial. Si se me pide opinión en este tema, harto discutible por cierto, coincido con quienes consideran que hay competencias donde el Estado, el pueblo o la Nación (según la postura por la cual uno se incline, materia que rebasa los alcances del presente trabajo), conserva la posibilidad de tomar ciertas decisiones sin interferencias de un ente o entidad externa, pero que hay competencias que han sido trasladadas a coberturas supranacionales, como, no sin dificultades, es el caso de la convencionalización del Derecho, y, principalmente, la convencionalización de los derechos.

## **2.5. ¿Reto o retroceso?: Algunas puntuales especificaciones sobre lo resuelto por la Corte Suprema argentina frente a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”**

Hace algunos años, cuando Carlos Menem era presidente de la Argentina, corrió el rumor que tenía un hijo al cual no reconocía públicamente. La revista “Noticias” investigó el hecho, y no solamente hizo una serie de notas al respecto, sino que dedicó alguna tapa de esa publicación a este tema. El entonces presidente argentino demandó a la revista “Noticias”, planteando que esa publicación habría violado su derecho a la intimidad.

Luego de haberse rechazado la demanda en primer grado, tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina más bien proceden a condenar, tanto a la editorial que emitía “Noticias”, como a los ciudadanos Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, a pagar una indemnización. Este caso es llevado a la Corte Interamericana, la cual, el año 2011, considera, para plantearlo aquí muy puntualmente, que, en este caso, la revelación hecha por “Noticias” estaba justificada, al ser Menem una figura pública; y que la condena aplicada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina constituían violaciones a la libertad de expresión de quienes fueron denunciados por Menem. Por ello, condena al Estado argentino en este proceso en particular.

Cabe destacar que la condena al Estado argentino, en la lógica de reparación integral que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluía tomar las siguientes acciones:

1. Dejar sin efecto la condena impuesta a Fontevecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias.
2. Publicar completa la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, así como

un resumen oficial de lo resuelto por la Corte Interamericana (elaborado por la Corte Suprema) en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación.

3. Devolver a Fontevecchia y a D’Amico lo que habían pagado por la condena, y, además, los gastos que tuvieron que hacer durante el proceso seguido ante la judicatura argentina.

El Estado argentino ya había cumplido con las publicaciones mencionadas en el punto dos, y estaba tramitando las devoluciones incluidas en el punto tres. Es en ese contexto que el Ministerio de Relaciones Exteriores le pide a la Corte Suprema de su país que cumpla con el punto uno al cual acabo de hacer mención.

Ante ese requerimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, con fecha 14 de febrero de 2017, en mayoría, señala lo siguiente:

1. Si bien se reconoce que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana es en principio obligatorio, esa obligatoriedad puede discutirse si la Corte Interamericana no cumple con ciertas condiciones, y entre ellas, la de ceñirse a sus propias competencias.
2. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema argentina se autohabilita la competencia de determinar si la Corte Interamericana, al momento de emitir “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, está en el cabal ejercicio de sus atribuciones o se encuentra actuando al margen de ellas. En este caso en particular, considera que la Corte Interamericana ha ido más allá de sus propias competencias.
3. Se alega que la protección internacional de los derechos tiene un carácter subsidiario (entendido aquí como que son los organismos nacionales los que deben cesar y reparar internamente las violaciones a dichos derechos, correspondiendo al plano internacional solamente participar cuando no se había conseguido la protección interna), y, por ende, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no constituye una cuarta instancia o grado destinado a revisar o anular decisiones jurisdiccionales tomadas, en este caso, por la judicatura ordinaria argentina.
4. Se invoca una aplicación de la teoría del margen de apreciación estatal.
5. Finalmente, la Corte Suprema argentina hace una referencia al artículo 27 de la Constitución de su país (por cierto, no comprendida sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución). En base a ello señala la existencia de unos principios de Derecho público provenientes de la Constitución, los cuales están por encima de lo dispuesto en los diferentes tratados, tratados a los que se les reconoce un rango supralegal pero infraconstitucional (convendría revisar el texto de la Constitución argentina para opinar sobre la validez de esa aseveración). La invocación de esos

principios, junto a las otras consideraciones ya aquí invocadas en este texto, le permiten a la Corte Suprema argentina, a la vez, preservar su sentencia y no materializar lo planteado en su momento por la Corte Interamericana.

Mucho es lo que se podría señalar al respecto. Sin duda, como ya se ha invocado en varios textos, siempre es necesario conversar sobre cuáles debieran ser los alcances y efectos de una sentencia de la Corte Interamericana. Además, repito, conviene siempre construir respuestas que sean producto de un diálogo interinstitucional multinivel. Sin embargo, estas tareas no pueden hacerse de cualquier manera.

Explico los alcances de esta última afirmación. Sin duda alguna siempre puede discutirse si un órgano jurisdiccional pasa, si de tutela de derechos se trata, de lo que bien señalaba Augusto Morello, de un necesario activismo a un riesgoso hiperactivismo en la comprensión de sus competencias. Sin embargo, no puede desconocerse que, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz, es a la Corte Interamericana a quien le corresponde determinar cuál es su margen de competencias. El resultado debe consensuarse, pero en base a un parámetro ya establecido (el convencional) y con respecto a las competencias reconocidas a los diferentes intérpretes involucrados.

Además de lo expuesto, debe mencionarse que la invocación hecha en este caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina al principio de subsidiariedad es muy respetable, pero errónea, pues en rigor no guarda relación con las medidas de reparación que puede fijar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escenario en el cual precisamente se desenvuelve esta controversia. Como bien conviene tener presente, este principio de subsidiariedad busca asegurar que la alegada violación de algunos derechos tenga una respuesta adecuada a nivel interno antes de eventualmente ir al escenario de la protección internacional de derechos. Una medida de reparación decidida por la Corte Interamericana es la consecuencia de un momento posterior, cuando lo ya lo debatido escapó del conocimiento a nivel nacional. No debe olvidarse que este caso ya tenía un pronunciamiento supranacional, acompañado de una serie de medidas destinadas a asegurar el cabal cumplimiento de dicho pronunciamiento.

También, con todo respeto, es equivocada la comprensión de la Corte Interamericana como una cuarta instancia o grado (ver al respecto, entre otros casos, lo dicho por la Corte en “Cabrera García y Montiel Flores contra México”). La Corte Interamericana no hace evaluaciones en función al cumplimiento de respetables ordenamientos jurídicos nacionales. Lo que la Corte Interamericana evalúa es si lo que se ha cumplido son los parámetros convencionales, previstos en la Convención Interamericana o en la interpretación contenciosa o consultiva que la misma Corte haya hecho de la misma Convención. No es pues un organismo de revisión de un ordenamiento jurídico estatal en base a las pautas de ese mismo ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, las apreciaciones más preocupantes son aquellas vinculadas a la invocación del margen de apreciación estatal y a los principios de Derecho público

incluidos en el artículo 27 de la Constitución argentina. Y es que las lógicas del margen de apreciación estatal, y del estándar mínimo de protección de derechos -lógicas por cierto muy cuestionadas en el escenario europeo donde habitualmente se han aplicado- van en un sentido muy distinto al de la configuración del control de convencionalidad que se ha venido siguiendo en los países inscritos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Y es que una cosa es tomar en cuenta las especiales características de lo que ocurre en un país para un mejor resolver, y otra condicionar la respuesta o su ejecución a la voluntad de organismos pertenecientes al Estado sancionado, o pasible de sanción por violación de parámetros convencionales. Lo segundo, con todo respeto, conspira contra el sentido último de la convencionalización del Derecho y de los derechos, el de la construcción de un Derecho común. Un Derecho común no es pues el producto de lo que se quiera aceptar o se admita ejecutar. Debe ser más bien, como ya se ha adelantado en otro apartado de este mismo texto, el producto de consensos interpretativos mínimos.

Es precisamente en mérito a esto último que la invocación hecha a los principios de Derecho Público en la sentencia en comento no solamente es incompleta, sino también preocupante. Incompleta, en primer lugar, pues, como bien anotan algunos autores (9), el artículo 27 de la Constitución debe leerse de acuerdo con lo señalado en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución, y, sobre todo, con el segundo párrafo de ese inciso, en el cual se consagra la vigencia de un Estado Constitucional y Convencional (el subrayado es mío). La consagración de un Estado Convencional queda despojada de sentido y contenido si el plano convencional es desconocido o entendido como un elemento subordinado.

Y es que el diálogo no implica que alguien tenga la razón per se, o que resuelva en función a cómo no solamente entiende sus propias competencias, sino también como se comprenden las atribuciones que son propias de los demás intérpretes involucrados. Menos aún que, en función de ese respetable razonamiento unilateral, un órgano de un Estado en particular se irrogue tener la última palabra en lo referido a la tutela convencional de diversos derechos. Aquello, sensiblemente, nada tiene que ver con la generación de un Derecho común inspirado en una lógica tuitiva de los derechos ciudadanos, que es precisamente a lo que todo juez(a) constitucional (sin importar si es parte de la judicatura ordinaria o de un Tribunal Constitucional) debería apuntar, máxime si tomamos en cuenta el actual contexto mundial en general, y latinoamericano en particular, salvo mejor parecer.

## **2.6. Lo ocurrido en el Perú: Del reconocimiento de las normas y pronunciamientos convencionales sobre derechos a la puerta abierta para desacatarlos**

Lo sucedido en el caso peruano es realmente digno de ser analizado. Como bien se sabe, la convencionalización del Derecho, y, especialmente, la de los derechos, implica

la aplicación de los parámetros convencionales (normativa, y jurisprudencia, donde la hubiera), e incluso de lo previsto como *ius cogens*. Todo ello sin importar si se trata de un pronunciamiento expresamente dirigido a un Estado en particular; una decisión cuyos criterios nos obligan por haber habilitado la competencia de un Tribunal que decide cómo debe interpretarse un tratado suscrito por el Estado en cuestión; la ineludible aplicación de una norma con carácter de *ius cogens*; o el cumplimiento de un tratado suscrito por un Estado en su propio quehacer soberano.

En el Perú, la Constitución de 1979, en su artículo 105, reconocía rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos. Uno de los debates que se daba en esa época era el de la relación entre normativa interna y tratado suscrito por el Estado peruano, aunque no fuese sobre Derechos Humanos. De acuerdo con la normativa entonces vigente, los tratados suscritos y ratificados por el Perú que no tuviesen como materia la protección de Derechos Humanos tenían rango legal, y la dificultad de comprender sus alcances se daba si había conflicto entre lo recogido en el tratado que no era referido a Derechos Humanos y lo prescrito en la normativa peruana ya existente, máxime si dicha normativa peruana tenía rango constitucional. La asunción de una postura monista y la suscripción del Convenio de Viena parecían llevar a una respuesta, pero ello en los hechos no se plasmó con claridad.

Lo que si se aplicaron directamente por algunos jueces penales fueron, incluso antes del formal reconocimiento de la convencionalización del Derecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1996 con “Almonacid Arellano contra Chile” (aunque con varios antecedentes previos como los votos singulares del entonces juez de la Corte Sergio García Ramírez en los casos “Myrna Mack Chang contra Guatemala”(2003), “Tibi versus Ecuador” (2004) o “López Álvarez contra Honduras” (2006); e incluso en fallos anteriores se habían adelantado criterios similares en casos como “Suárez Rosero contra Ecuador”, “Trujillo Oroza contra Bolivia”, “Barrios Altos contra Perú”, “Palamara Iribarne contra Chile”, “Castillo Petruzzi contra Perú”, o “Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú”), dos opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre la aplicación de los *habeas corpus* durante la vigencia de algún Estado de Excepción.

Aquello llevó que en la Carta peruana de 1993 se recogiera la posibilidad de evaluar judicialmente la razonabilidad y la proporcionalidad de medidas concretas tomadas al amparo de un estado de excepción vigente (debe tenerse en cuenta que, en este reconocimiento, hecho en una dinámica de contralor parcial, no se permitía la evaluación de la declaratoria de un Estado de Excepción, y además, no se explicitaban como criterios a analizar a los de temporalidad y necesidad).

Ahora bien, la Carta de 1993 no incluía una disposición como la del artículo 105 de la Constitución peruana de 1979. Es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú la que en diversos casos, siendo el primero el del Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura (la escuela destinada a capacitar a quienes juzgan dentro del Poder Judicial o judicatura ordinaria del Perú, a los y las fiscales del Ministerio



Público peruano, y a preparar a las personas que buscan ser jueces(zas) y fiscales en mi país), plantea dos aspectos centrales: el de reconocerle rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos, y el referido a considerar que el control de convencionalidad estaba recogido dentro del control de constitucionalidad. Dicho en otras palabras, la interpretación de la Constitución siempre tenía que ser la de una Constitución convencionalizada.

De esta toma de posición se derivaron muchas otras. En primer lugar, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial peruano comenzaron a aplicar los criterios establecidos en una serie de sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, tenemos que lo señalado por la Corte sobre materia electoral en “Yatama versus Nicaragua” se ve reflejado en casos como “Espino Espino”, “Lizana Puelles” o “Castillo Chirinos”. De otro lado, la comprensión de las leyes de amnistía (o autoamnistía), planteado en los casos de la Corte “Barrios Altos contra Perú” y “La Cantuta contra Perú” se ve reflejado en lo resuelto, por ejemplo, en “Salazar Monroe”. Lo propuesto por la Corte sobre plazo razonable, a su vez reflejo de lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, se aprecia en “Arce Paúcar”.

Además, lo planteado en “Tribunal Constitucional contra Perú” inspira lo resuelto en “Tineo Cabrera”. Lo señalado por la Corte acerca de leyes aprobadas por referéndum se encuentra en el caso “Fonavi”. Lo prescrito a nivel convencional sobre ejecución de resoluciones judiciales, a su vez, se encuentra en “Sindicato de Trabajadores Municipales del Rímac” Y así, un largo etcétera.

De otro lado, si bien gracias a *Gelman versus Uruguay*, la Corte Interamericana dijo que toda autoridad (y no solamente las jurisdiccionales) tenía que hacer una interpretación de la normativa existente conforme a parámetros convencionales, aunque el control de convencionalidad propiamente dicho, entendido como la inaplicación de aquellas normas contrarias al plano convencional, solamente está reservado a entidades con competencias jurisdiccionales (ver caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú”(2006)), se comenzó a dar una comprensión del ordenamiento jurídico en general más cercano a lo establecido convencionalmente, y no solamente a nivel del sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino también de lo prescrito por el sistema universal. Ello, que comenzó a darse desde inicios del siglo veintiuno, felizmente se contradecía con lo establecido anteriormente, donde el Perú, en la década de los ochenta del siglo veinte fue, durante tres años, el Estado con más detenidos-desaparecidos del mundo; y en las dos últimas décadas del siglo veinte fue el país con más condenas ante la Corte Interamericana y más recomendaciones de la Comisión Interamericana. Las vulneraciones del parámetro convencional no desaparecieron, aunque, en proporción a lo anterior, disminuyeron ostensiblemente.

Además, y como de una alguna manera se adelantó anteriormente, la interpretación conforme a la Constitución y el parámetro convencional no se limitó al respeto de la

normativa y jurisprudencia del sistema interamericano, sino también abarcó a normativa y pronunciamientos de organismos pertenecientes al denominado sistema universal de Derechos Humanos. Además, nuestro primer Código Procesal Constitucional establecía en su Título Preliminar que no solamente era obligatorio para el Estado peruano el cumplimiento de las normas convencionales de Derechos Humanos suscritas por el Perú, sino también los pronunciamientos de quienes cuentan con una interpretación vinculante de dichos tratados.

Ahora bien, no todo fue un lecho de rosas: el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana emitidas contra el Estado peruano por acontecimientos en las décadas de los ochenta y noventa del siglo veinte sigue siendo bajo, máxime si se toma en cuenta a las reparaciones integrales que acompañan a las sentencias de la Corte Interamericana. De otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en Europa, no existe en América Latina una verdadera garantía de ejecución de los tratados de integración (económica). La convencionalización del Derecho es aquí básicamente entendida como una convencionalización de los derechos. Finalmente, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional del Perú, se emitieron sentencias que decían aplicar pronunciamientos y normativa convencional, cuando en los hechos se hacía todo lo contrario (ver al respecto el caso “Panamericana Televisión”).

Sin embargo, recientes pronunciamientos nos hacen pensar que todo lo avanzado en el Perú (sobre todo para cubrir las deficiencias en el tratamiento de varios derechos en el texto de la Carta peruana de 1993) viene siendo en entredicho. Lo más reciente dentro de lo preocupante al respecto es el texto del denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional”, que suprime la referencia del antiguo Código al cumplimiento de los fallos emitidos por tribunales con interpretación vinculante de los tratados sobre Derechos Humanos, e incluye más bien en el párrafo final del artículo VIII de su título preliminar una disposición que deja en manos de jueces y juezas (sean del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional), la posibilidad de que, en caso de exista un conflicto, quien juzga pueda escoger entre la norma estatal o la convencional, inclinando su opinión por la que considere más tuitiva. El cuestionamiento a la constitucionalidad del “Nuevo Código...” no alcanzó los votos suficientes para ser declarado fundado por el Tribunal Constitucional del Perú.

Esto genera, a todas luces, el riesgo de romper con la aplicación del control de convencionalidad en el Perú, pues permite dejar de lado la pauta convencional. Alguien podría alegar que en algún caso lo previsto a nivel convencional genere un menor margen de tutela, pero el problema es que con esa interpretación se deja en manos de una decisión unilateral, la cual solamente puede revertirse agotando las vías internas en el caso peruano (o alegando y acreditando que esas vías no son idóneas), yendo a la Comisión Interamericana y convenciendo a la Comisión que lleve el caso a la Corte (ningún Estado ha ejercido su competencia contenciosa contra otro Estado que haya habilitado la emisión de pronunciamientos en su contra por la Corte Interamericana). Esta opción no es rápida ni sencilla de conseguir

### 3. CONCLUSIONES

A pesar de la desconfianza (en América Latina tradicional, cuando no endémica) en la labor de jueces y juezas, y existiendo precisamente un contexto difícil a nivel mundial y latinoamericano al respecto, las ventajas de la convencionalización del Derecho son a todas luces ostensibles. En este escenario, el papel de los jueces y juezas constitucionales (integrantes del Poder Judicial, de Tribunales Constitucionales, o de Altas Cortes que además asumen labores de Tribunales Constitucionales) adquiere gran relevancia. Son ellos quienes muchas veces aplican las sentencias de tribunales que interpretan de manera vinculante el parámetro convencional, sancionando a su Estado en particular. Son ellos los que deben promover la plena vigencia de los criterios establecidos por esos tribunales. Son ellos también los llamados a preferir la aplicación de la norma convencional frente a la norma interna (aunque no de manera mecánica, sino procurando la generación de consensos mínimos). Incluso son los llamados a garantizar la vigencia no solamente de las normas recogidas en los tratados suscritos y ratificados por su Estado, sino también deben asegurar la aplicación de las normas con carácter de *ius cogens*.

Ahora bien, esta convencionalización tiene (y seguramente tendrá) que hacer frente a una serie de retos y riesgos. El pronunciamiento de la Corte Suprema argentina a propósito de “*Fontevicchia y D’Amico*”, o lo recientemente previsto en el autodenominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” peruano nos demuestra cuáles son algunos de estos retos y riesgos, presentados algunos de ellos bajo nuevas justificaciones.

Bienvenido entonces el análisis crítico, e incluso la discrepancia, materia que analizaré con más detalle en otros trabajos. Ahora bien, creo que este caso corresponde discrepar respetuosamente con lo señalado en su momento por la mayor parte de los jueces supremos argentinos, o más recientemente por el Congreso peruano, e ir más en esa lógica de generación de consensos mínimos, buscando resolver algunas eventuales imprecisiones existentes (alcances de la convencionalización; configuración del escenario de diálogo; pautas de nombramiento, promoción y salida de los juzgadores(as) nacionales y supranacionales) vinculadas a esta materia. Lo ya obtenido gracias a la convencionalización del Derecho y de los derechos, así como la relevancia de los objetivos que se apunta conseguir así lo reclaman, por lo menos en nuestro escenario latinoamericano.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- (1) Nombre que se otorga a posturas como las acogidas en su momento por Schumpeter, las cuales el antecedente de posturas como las de la escuela del “Public Choice”, hoy predominantemente en la Ciencia Política norteamericana. Una estupenda explicación de los alcances y consecuencias de este elitismo excluyente lo encontramos en SALAZAR UGARTE, Pedro – Política y Derecho (Derecho y Garantías). Cinco ensayos latinoamericanos. México, Fontamara, 2013, p. 34 y ss.

- (2) Y es que en América Latina, más no solamente allí, se ha tenido y se tiene manifestaciones del populismo que puedan ser definidas de “derecha” (invocan representatividad popular adscrita a perspectivas de fortalecimiento del status quo ante) o de “izquierda” (se reivindica un cambio del status del quo ante y de las correlaciones del poder desde una perspectiva que se reclama progresista pero que, o mantiene la misma concentración del poder; o la pasa al control de otras manos pero, en el fondo, bajo las mismas prácticas).
- (3) Una explicación sobre los importantes avances alcanzados al respecto se encuentra en varios de nuestros trabajos. Destaco aquí “Reflexiones sobre la convencionalización del Derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana”. En: Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, año XXI, 2015, p.87 y ss. Este tema también está desarrollado en “Cuando el juez constitucional latinoamericano olvida su labor de Convencionalización del Derecho: reflexiones en torno a una reciente sentenciade la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina” En. Ius Et Veritas N. 54 Lima. PUCP, 2017. P.150 y ss.; o en “Derecho y Debate N° 27” Lima, diciembre de 2016 (ver al respecto [www.derechoydebate.com](http://www.derechoydebate.com)).

Finalmente, nuestra crítica a la comprensión que se ha hecho sobre el margen de apreciación estatal la encontramos, entre otros trabajos, en “Convencionalización del Derecho: Avances y retos”. En: Materiales de la Academia de la Magistratura. Lima, Academia de la Magistratura, 2016; y en “Cuando el juez constitucional latinoamericano olvida su labor de Convencionalización del Derecho: reflexiones en torno a una reciente sentenciade la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina” En. Ius Et Veritas N. 54 Lima. PUCP, 2017. Op.cit.

- (4) En este sentido conviene revisar el importante trabajo de ATIENZA, Manuel- “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En: Isonomía N° 6. México, ITAM, 1997.
- (5) Recomiendo ver al respecto VALADÉS, Diego – “La garantía política como principio constitucional”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 132. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Septiembre-diciembre 2011, p. 1259-1291.
- (6) Ver al respecto, PIZZOLO, Calógero- “Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales”. En: la Ley Buenos Aires, Febrero 2017. Año LXXXI N° 39, tomo La Ley 2017-A.
- (7) En este mismo sentido, PIZZOLO - Op.Cit.
- (8) Sobre el particular, PIZZOLO - Op.Cit., Loc.cit.
- (9) En este sentido destaca nitidamente lo trabajado por GIL DOMINGUEZ, Andrés. “La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos”. En: <http://underconstitucional.blogspot.pe/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.htm>.

## **La Convencionalidad y el Diálogo Jurisdiccional Multinivel: Inconvenientes y Protección**



### **Pablo Dario Villalba Bernié - Paraguay**

Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional

- Abogado, Profesor de Derecho Procesal Civil y Decano en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay.
- Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay, Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay.
- Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.
- Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y Conferencista Internacional, autor de libros y artículos especializados.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Pablo Dario Villalba Bernié, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Brigida Celia Vargas Barañado.

# **La Convencionalidad y el Diálogo Jurisdiccional Multinivel: Inconvenientes y Protección**

---

**Pablo Dario Villalba Bernié**

## **1. INTRODUCCIÓN**

La investigación proyecta la idea de una visión transformacional de la ciencia jurídica a partir del control de convencionalidad, que a través de la humanización exhibe la tendencia a generar un diálogo multinivel entre organismos jurisdiccionales. Conlleva la idealización que se tiendan puentes de comunicación sobre la base del principio pro homine. El modernismo jurídico condiciona la aceptación de una perspectiva reflejada en un *ius comune* interamericano a partir de los tratados internacionales y del accionar tesonero de la Corte IDH, que debe repercutir efectos en el orden interno de los países signatarios de la Convención ADH, haciendo necesario que el repertorio jurídico se amolde a las nuevas condicionales. Con seguridad para ello será vital solidificar un diálogo multinivel jurisdiccional, la suma tutela de los derechos de la persona humana así lo requieren para su definitiva consolidación.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Reflexiones preliminares**

Las coordenadas de las Ciencias Jurídicas se han transformado, planteando la modificación del complejo mundo de protección y tutela a consecuencia de la irrupción avasallante de la idea de los Derechos Humanos. Aquello que en sus orígenes por medio de tratados internacionales planteaba el respeto hacia la persona humana por parte de los Estados, en este tiempo ha traspasado sus fronteras originales influyendo agudamente sobre el repertorio legal de los órdenes internos de cada Estado, generando la necesidad de reacondicionar sus arbotantes, ajustando a las bisoñas idealizaciones.

Todo el marco interno afectado por los mandatos de humanización del derecho que se exteriorizan a través de los imperativos del sistema universal y de los sistemas regionales de derechos humanos, planteando la innovación de antiguas estructuras que precisan ser reacondicionadas. En tal discernimiento se exhiben las líneas de estas reflexiones, con el objetivo de enmarcar las razones fundamentales para diagramar un inédito contexto jurídico.

El rostro de la mundialización, viabilizada con el mejor semblante de la globalización impone la observancia de los derechos y libertades vía tutela de los derechos humanos. En este orden se ha construido un *ius comune* para la humanidad y un *ius comune*

regional al amparo de la salvaguarda de derechos<sup>1</sup>, conllevando la necesidad de ajustar los cánones internos a los designios del orden internacional, que generalmente por mandatos constitucionales se convierten en derecho positivo nacional. Proyecta la consolidación de los derechos humanos que no es más que la concreción de una mejor onda proteccionista de derechos esenciales, algo así como una mirada utópica, hacia ese ideal a obtener en el cual se arrije a un eficaz amparo de los derechos del hombre.

La nueva majestad de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos se fue imponiendo dando preeminencia al principio *pro homine*, que a su vez coloca en escena a la noción del Bloque de Constitucionalidad transmitiendo el ideario que no todo está en la Constitución, sino que por mandato constitucional la concepción comprende otras normativas con carácter constitucional, pero con incidencia desde fuera de la Constitución, como son los tratados internacionales de DH.

Advertir que se abre una panorámica diferente y diversa en función de una mejor tutela, invitando al contorno de las ciencias jurídicas (sea de derecho constitucional, sustancial o procesal) acomoden sus condicionales a los surcos venideros que prometen una transformación de fuste, invitando a un diálogo jurisdiccional que debe abordarse tanto en el contorno social, cultural como jurídico. Enmarcado en esta lucidez se dirige la investigación, con la finalidad de demostrar el escenario de metamorfosis en que fluye la ciencia jurídica de frente al Milenio en ciernes.

## 2.2. Los Derechos Humanos como eje para el Diálogo

Al analizar la protección contenida en los repertorios supralegales, estos órdenes no están prisioneros de los marcos hermenéuticos contenidos en el Derecho de los Estados, mereciendo un tratamiento distintivo, porque de hecho lo son, planteando un sistema operativo y funcional diverso que sigilosamente se introduce en cada uno de los países.

- a) En una primera acepción genérica, los derechos humanos representan a los derechos inalienables e inherentes a la persona humana, derechos anteriores y superiores a aquellos que emergen de la legitimidad de los Estados<sup>2</sup>. Son derechos reconocidos socialmente a la persona humana, más allá de su sexo, razón, religión o nacionalidad, las que deben ser tuteladas frente al abuso de poder de los Estados. Se comportan como derechos de jerarquía superior, representando principios inalienables que se vinculan a verdaderas fuentes del

---

1 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La navegación Americana de los Derechos Humanos: hacia un ius commune*, p. 87, 2º párrafo, publ. en *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Coord. Von Bogdandy, A., Morales M. y Ferrer Mac Gregor, E. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y Max Planck Institute, Querétaro, México, Año 2017.

2 VEGA, Juna Carlos, *Los Derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional*, p. 31, 5º párrafo, publ. en *Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, Año 2006.



Derecho Internacional excediendo a los repertorios normativos de los países, orientando desde fuera.

- b) En una segunda acepción, vincula la noción política, internalizada en la correlación individuo-Estado, en una clásica relación de autoridad/obediencia, que surge del monopolio del Estado en el ejercicio de su poder hegemónico. Introduce la idea de una Ley Universal superior a la ley estatal, de la cual deviene toda justificación, es aquí donde la protección del ser humano se vuelve vital, pues la Ley Universal precautela los intereses de los hombres y no del Estado, en definitiva, estas son creaciones de los hombres, por lo que nada puede estar por sobre la persona humana.
- c) En una tercera acepción, la visión de legalidad, donde los derechos humanos traslucen avalados en tratados y pactos internacionales, cuyo único objetivo es poner límites a los poderes estatales, condicionando a los Estados a respetar y garantizar su vigencia.

Formula un quiebre de la territorialidad de los Estados, para dar pié a una protección de legalidad que supera las fronteras de los países, aceptando una jurisdicción supralegal con carácter especial, cuando se pone en juego la violación de derechos fundamentales por parte de los Estados.

### **2.3. Metamorfosis generada por los Derechos Humanos**

Con el objetivo de visualizar los efectos devastadores de la concepción de los Derechos Humanos, se intentarán explicitar las consecuencias generadas en derivación de la irradiación de efectos de los mismos:

- a) A nivel *filosófico*: Se ha avanzado en la comprensión de la estructura humana en respuesta a dos guerras mundiales, mudando la concepción de la dignidad humana.
- b) A nivel *jurídico*: Adquieren relevancia los tratados y convenios internacionales de tutela de los derechos humanos, donde los ideales de libertad y de democracia se globalizan.
- c) A nivel *político*: Generó un derrumbe de ideologías totalitarias, trayendo como consecuencia el crecimiento de la concepción de democracia social. Pierden valor las ideológicas de extrema izquierda como la del comunismo, asimismo las de extrema derecha como el fascismo, nazismo, dictaduras militares e incluso el capitalismo puro. Se posiciona la idealización en concretar gobiernos democráticos de centro, ya sea con tendencia liberal o socialista, pero sin una inclinación hacia una u otra, bregando por la tutela de los derechos esenciales y del medio ambiente.
- d) En lo *científico*: Las transformaciones son abruptas como la cuestión espacial, energía nuclear, biología molecular, biotecnología, informática y telemática.

- e) En lo *económico*: Resurge el liberalismo económico sustentado en un gran contenido social, con interdependencia entre los Estados.
- f) En lo *social*: Difunde el reconocimiento de problemas de la deuda externa a los países del tercer mundo, mayor preocupación por la ecología y la protección del ambiente.
- g) En la *salud*: A partir de la pandemia que ha sufrido la humanidad (Covid 19), se verifica una visión de proteccionismo universal, donde las fronteras son inexistentes, verificando que hay problemas que afectan en común a la humanidad, por tanto, requieren de respuestas solidarias y globales, no sirven las supuestas soluciones sectoriales de un Estado.

#### 2.4. La relevancia de la mutación propiciada

La idea avasallante de los derechos humanos exhorta a una intensidad inaudita del orden internacional, estimulando a madurar perspicazmente sobre este fenómeno, que se contonea en torno al “control de convencionalidad”, doctrina erigida con el propósito inexcusable de posicionar a los derechos humanos en la cima del contorno de tutela.

Al conjuro de la tutela de los derechos fundamentales viabiliza la necesidad de vincular al elenco de garantías previstas en el marco interno de los Estados enlazado con el orden internacional, en especial de tutela de los Derechos Humanos, al haberse comprendido que ambos regímenes se encuentran unidos por un mismo cordón umbilical y no por derivaciones diferentes.

La narrativa previa focaliza la idea humanista e integradora del ser humano que cabe concebirla como una utopía realizable<sup>3</sup>. Esta debe partir desde el constitucionalismo, pues esta cultura de la legalidad constitucional argumenta favorablemente en el sentido de inducir su aplicabilidad dentro del quehacer jurisdiccional de los Estados.

La trascendencia jurídica que se plantea a partir de los embates transformacionales, invita a reflexionar sobre cuestiones profundas en favor de ir adecuando los conceptos a las nóveles realidades.

Al partir de una nueva visión esta merecerá recibir ajustes para ir moldeando su actuación a coordenadas de una correcta asimilación de los flamantes postulados que requieren inéditas precisiones, no en vano se sostiene que los Derechos Humanos han transformado la ciencia jurídica.

---

3 LANDA, César, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, p. 210, Editorial Porrúa, México, Año 2.011.

## 2.5. Los efectos devastadores de la Convencionalidad

### 2.5.1. El avance Convencional

El ámbito jurídico moderno no puede soslayar la visión convencional, buscando su complementación y concreción en cada legislación, de no hacerlo se exhibirá como un repertorio rezagado e inconsistente. Se brega desde la visión internacional la operatividad de modelos judiciarios propiciadores de una justicia para todos en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial. Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países, al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, al fin de cuentas los derechos humanos pasaron a ser parte del derecho positivo interno de cada país.

Esa internacionalización de los derechos, tiene la virtualidad de influir en forma directa en todos los ámbitos de la ciencia jurídica, obligando que las legislaciones adapten su normativa, asimilando las instituciones pregonadas desde lo supranacional<sup>4</sup>.

Trátese de asegurar la aplicación efectiva de los derechos humanos, propiciando un equilibrio entre los miembros de la sociedad democrática inmersos en un Estado Social de Derecho, armonizando las relaciones entre los poderes públicos y las vinculaciones con los particulares.

El desafío de este tiempo, compromete la nacionalización de los derechos universales (derechos humanos) y su intromisión en el orden interno como la única vía eficaz para concretarlos, de allí que dichos orientadores evocan un papel trascendental para la asimilación irreversible de los derechos reconocidos.

América Latina se muestra como el continente donde el control de convencionalidad ha adquirido un vuelo propio, desde nuestro particular punto de vista, a consecuencia de la carencia de marcos teóricos de referencia constitucional<sup>5</sup>, una situación negativa (falta de *ius philosophia*), convertida en positiva a la luz de la teoría convencional.

---

4 Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, sentencia 21 de junio de 2002. Afirmaba: “El Estado debe remover todos los obstáculos que puedan existir para que los ciudadanos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1. de la Convención”.

5 Europa en cambio, no se han dado estas circunstancias por lo que la incidencia de los órganos internacionales de Derechos Humanos y de la doctrina del Control de convencionalidad no ha proliferado con la magnitud que se da en el continente americano, donde la característica es que si bien se apuntala el respeto de las garantías fundamentales se concreta por vía de la jurisdicción constitucional interna y no por el control de convencionalidad, que es mirado con cierto recelo. No obstante recalcar la gran trascendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el alto grado de cumplimiento de las sentencias por los Estados signatarios del Convenio Europeo, situación que contrasta con Latinoamérica.

El Control de Convencionalidad responde a doctrina de la Corte IDH al manifestar que los juzgadores deben hacer un cotejo entre la norma convencional y la norma interna para verificar la conformidad de ésta con el tratado internacional, idéntica al control de constitucionalidad pero que concreta la aplicabilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cambio el control de constitucionalidad versa sobre el cumplimiento de la Constitución Nacional en el caso en concreto.

Actúa el control de convencionalidad sustituyendo a la Constitución como parámetro único de validez, en el tema puntual de los derechos humanos, colocándose en el grado superior de la escala jerárquica normativa de los sistemas constitucionales de la región<sup>6</sup>, señalando un derrotero de aguda metamorfosis.

Emerge como un mandato solidificado hacia el orden interno, obligando a los jueces y al Poder Judicial adecuen su accionar a los postulados de la Convención, materializando en los casos concretos que las garantías fundamentales consagradas del ámbito internacional sean cumplidas en todos los fueros.

### 2.5.2. Los ciclos de la Convencionalidad

Infiere trascendente explicitar los ciclos de la evolución convencional porque constituye un mandato a todas las autoridades estatales, no solo los jueces están obligados sino todo el aparato estatal.

Resaltar que en una primera etapa el control de convencionalidad fue en principio jurisdiccional, instando la propia Corte IDH su aplicación.

Una segunda etapa, obligando a los jueces nacionales de los distintos fueros en el orden interno su aplicabilidad.

Una tercera etapa, en función de la competencia de los órganos judiciales y en virtud del despliegue de operatividad de esa competencia (principio de legalidad). La función de Control de Convencionalidad devino en la construcción internacional de un “*corpus iuris*” un derecho común.

Una cuarta etapa, exhibiendo la aplicabilidad reservada a los órganos auxiliares de la justicia, quienes son los gestores de la función judicial y administrativa (Actuarios, Ministerio Público, etc.).

Una quinta etapa, que involucra a todos los órganos y agentes del Estado abriendo el horizonte de manera extendida (Ejecutivo, Legislativo, todos).

Comprender que no se dice “acatamiento”, que implica un cumplimiento imperativo, sino que se reflexiona sobre un “control” de convencionalidad que tendrá que

---

<sup>6</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, publ. en *Revista Estudios constitucionales*, p. 123, Año 8, N° 1. Universidad de Talca. Chile, Año 2010.

ser efectuado en cada caso en particular aplicando la norma más benéfica para la protección de la persona humana.

La bitácora de la convencionalidad, produce el fenómeno de una ampliación de las fronteras del Derecho Constitucional, rebasando los originarios posicionamientos que fueran proyectados por doctrinarios que desde antaño vienen realizando investigaciones sobre el tema. El Derecho Constitucional ya no puede ser mirado con una visualización restringida, pues su dinamicidad concibe el reformulamiento constante de sus límites y contenidos, en una visión amplia no restrictiva, solo así acomodarse a las necesidades de la comunidad donde está vigente.

### **2.5.3. Implicancia de la Convencionalidad**

El control de convencionalidad, que constituye una noción puesta de moda en el Derecho Internacional, a partir de la novedosa doctrina esbozada por la Corte IDH en el año 2006 proferida en el caso “*Almonacid Arellano vs Chile*”, que si bien no fue el primer caso en el cual se cita la terminología<sup>7</sup> fue allí donde se efectúa una descriptiva funcional del concepto por el pleno del órgano internacional.

En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del “principio de convencionalidad” ligado a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En forma específica, el “Control de Convencionalidad” alude a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto de derechos humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente constituye un mandato realizado a los jueces nacionales, obligándoles a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención.

En la impronta, versa plasmar una pasarela o “tender un puente” de unión entre ambos órdenes, beneficiando al ser humano, en cumplimiento del principio *pro-homine*. Al Poder judicial le compete realizar el control de convencionalidad de la manera más efectiva posible.

Desde el momento que los Estados confirmaron la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos se obligan a respetarla, emergiendo al compás de esta afirmación la doctrina del “control de convencionalidad”.

Se posiciona marcando un supuesto de primacía del Pacto sobre las constituciones y demás preceptos jurídicos del Derecho Interno, instando imperativamente a que los

---

7 Corte IDH, caso Myrna Mack vs. Guatemala, 2001, donde se utiliza por vez primera el término control de convencionalidad; luego en caso Tibi vs. Ecuador, 2004; caso López Álvarez vs. Honduras, febrero 2006; caso Vargas Areco vs. Paraguay, septiembre 2006.

Jueces de los Estados viabilicen el respeto a los Derechos Humanos, aplicando aun de oficio la Convención.

Debe entenderse que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto al derecho internacional y, específicamente, a los derechos humanos, de ahí que la función del control de convencionalidad tiene que concretarse de manera efectiva, pasando de la mera declamación a la tutela efectiva.

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores, denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere. Implica que el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad actuarán fusionados en pos de brindar una mejor protección.

## 2.6. Necesidad de un tendido de puentes

En la diferencia entre Derecho Interno y el Derecho Internacional, debe prevalecer aquello que engrandece más al ser humano, aquello que mejor le protege, donde quiera que se encuentre el principio *pro persona*. En caso que haya tensión o contradicción, el Art. 2 de Convención ADH manifiesta que el Estado deberá adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter para el respeto de los Derechos Humanos en la medida que concedan una mejor protección. Si hace falta, habrá que ajustarlas vía reforma legal y de ser ineludible vía reforma constitucional. No prima la norma constitucional por ser constitucional, ni la internacional por ser internacional, sino la que mejor protege al ser humano.

En la actualidad se vislumbra que entre Derecho Internacional y el Derecho Nacional hay un tendido de puentes<sup>8</sup> para evitar los desdenes, tanto en un orden como en el otro. Sin embargo, no todas con concreciones efectivas en una labor aún pendiente de asimilación, en gran medida a consecuencia de la falta de desarrollo del temario en el orden interno. Se divisan los siguientes enlaces comunes de diálogo jurisdiccional multinivel que se generan:

**a) Tendido del puente constitucional:** Esto se ha percibido con claridad en la Constitución de Colombia del 1991 que asiente expresamente un Bloque de Constitucionalidad (Art. 93)<sup>9</sup>, como también se da en la Constitución Argentina de 1994, que elevó a rango constitucional determinados tratados de Derechos

8 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La navegación Americana de los Derechos Humanos: hacia un ius commune*, publ. en *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Coord. Armin Von Bogdandy, Mariela Morales y Eduardo Ferrer Mac Gregor, p. 87, por el Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y Max Planck Institute, Querétaro, México, Año 2017.

9 CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. Art. 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

Humanos<sup>10</sup>. Como asimismo se presenta con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (Art. 13, par. IV)<sup>11</sup>. En el caso paraguayo consiste en una débil asimilación al tener un contorno de Supremacía Constitucional intensa que surge a partir del Art. 137 de la CN.

- b) **Puentes normativos secundarios:** La mayoría de las legislaciones domésticas no han tendido los puentes secundarios indispensables para que el control de convencionalidad sea operativo, careciendo de leyes para la integración de las normas externas e internas de manera ordenada; que por otro lado, también servirían para operar una hipotética relación con la Corte Penal Internacional. Se perciben vacíos enormes entre el Derecho Constitucional, el Derecho sustancial del fondo y el derecho procesal, con el orden proteccionista de los Derechos Humanos, que en apariencia se descubren en compartimientos estancos sin visos de armonización.
- c) **Puente cultural:** Resulta forzoso referenciar la importancia de asumir a los Derechos Humanos y al control de convencionalidad como elementos esenciales de una transformación jurídica y cultural, comprendiendo que la necesidad de tutela se muestra como un anhelo cultural de toda la comunidad. Acarrea un cambio de paradigma cultural.
- d) **Puente de políticas públicas:** En el contexto de políticas públicas se incluyen programas nominales para la asimilación de los Derechos Humanos y la defensa de los derechos fundamentales, sin embargo, de cumplimientos ficticios en la práctica. Debería esquematizarse la prospectiva que las políticas públicas proteccionistas se consoliden en la praxis. Hay programas nominales, pero de cumplimientos ficticios.
- e) **Puente jurisdiccional:** Mediante el Diálogo Jurisdiccional generado entre el orden internacional y el orden doméstico, navega la idealización del control de convencionalidad, que discurre como una idea a la que aún le falta madurez para su consolidación definitiva, aunque corresponde reconocer que confluye en un marco doctrinario que comienza a marcar los rumbos a seguir al orden jurídico interno de los distintos Estados.

El diálogo jurisdiccional multinivel expuesto como esencial para la consolidación de una correcta tutela de derechos, debe ser solidificado a partir de la vigencia del principio *pro homine* o *pro persona*, como condicional para una benéfica materialización.

10 CONSTITUCIÓN DE ARGENTINA: Art. 75, inc 22: “(...) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Americana sobre Derechos Humanos; (...) en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...).

11 CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Art. 13: “(...) IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

Conlleva que a partir de la idea de un pluralismo jurídico, se aplique la norma que más ampliamente tutele a la persona humana, sin importar donde se encuentre, sea el ámbito interno como el externo.

Notar que en el tendido de puentes entre lo local y lo internacional se perciben más deudas que concreciones, sin embargo, admitir un progreso continuo de la penetración de la idea, en especial mediante el mecanismo del Control de Convencionalidad que debe ser asimilado por todo el estamento jurisdiccional.

## 2.7. Diálogo Multinivel

La incidencia del ámbito interamericano de derechos humanos ha planteado la viabilidad de un Diálogo multinivel jurisdiccional, graficando un escenario nuevo donde discutir ideas, pero fundamentalmente donde consentir el avance de la ciencia jurídica en favor de una mejor tutela de la dignidad humana.

Derivó en la asimilación de la idea de una tutela multinivel de los derechos fundamentales, atento a que las garantías fundamentales de la persona humana ya que no solo son protegidas por las Altas Cortes nacionales, sino también por los organismos supranacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, planteando un tema novedoso por la necesidad de relacionamiento entre ambos contornos jurídicos.

No cabe la menor duda que el diálogo (*judicial dialogue*) propiciado, en estos tiempos ha adquirido ribetes amplios en especial al proyectar la idea de los derechos humanos, con una incidencia tal que permea los cimientos sobre los cuales fueron concebidos los órdenes internos.

Subyace reconocer que el diálogo jurisdiccional o diálogo entre Cortes se ha convertido en un tema de vital importancia, como de gran complejidad para la cultura jurídica contemporánea<sup>12</sup>, irradiando componentes para la configuración de un novel paradigma, que aún no ha sido comprendido a cabalidad.

No obstante, corresponde contemplar que el nuevo paradigma convencional refleja un grado de impacto que supera los límites de legalidad intensa, repercutiendo sobre la idea de democracia, de transformación de la ciencia jurídica, como de un gran impacto social que no se limita al derecho, sino que en los últimos tiempos incide sobre las políticas públicas de los Estados.

El éter convencional invita que a través del diálogo transnacional, involucrando a las Cortes internacionales como a las nacionales, mediante una integración basada en los derechos humanos, ausculten modular nuevos marcos teóricos, formas de interpretar

---

12 PIOVESAN, Flávia, *Controle de convencionalidade, direitos humanos, e dialogo entre jurisdicoes*, publ. en *Controle de Convencionalidade*, Coor. Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli, p. 117, Editorial Gazeta Jurídica, Brasília, Brasil, Año 2013.



y concebir el derecho. Es aquí donde los organismos jurisdiccionales adquieren una dimensión inusitada, siendo los jueces los verdaderos vectores del cambio.

## **2.8. Cláusulas de Diálogo**

Para generar un diálogo, el mismo debe producirse sobre determinados componentes jurídicos, que generalmente surgen del ámbito constitucional, siendo esencial visualizar como se resuelven las disputas generadas entre el ámbito nacional en su relación con el internacional, primordialmente que norma prevalece.

En el contorno latinoamericano son varias las posiciones al respecto, unos de mayor amplitud con el contorno internacional, otras apenas dejando un resquicio para su introducción tal como una pequeña brecha que se asemeja a la mirilla de la llave de las puertas antiguas, como poniendo trabas o parapetos para la custodia, así las cosas, deviene en una situación harto complicada, porque no todos los órdenes constitucionales dan el mismo valor a los derechos humanos.

Entre estos últimos países reacios a la admisión se encuentra Paraguay, que si bien tiene una normativa constitucional que asiente específicamente a un “orden jurídico supranacional” (práctica inusual para Latinoamérica), lo hace enmarcado en un contorno de supremacía constitucional aguda y penetrante, que hasta parecería ser contradictorio.

En la Constitución Nacional Paraguaya de 1992, el Art. 137 dice textualmente: “*La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado (...)*”. Disposición sobre la que no surge ninguna duda que es la Constitución la superior jerárquica a las otras normativas que fluyen del plexo legal, con ello se opta por una jerarquía superior del orden interno por sobre el supranacional.

Sin embargo, por el Art. 142 de la Constitución Nacional se admite la vigencia de un “orden jurídico supranacional”, haciendo que la Constitución paraguaya sea una de las pocas normativas fundamentales que de manera precisa reconoce al dispositivo internacional en concreto. No solo asiente a los tratados internacionales, sino que lo llamativo es admitir un orden jurídico supranacional a modo de reconocer un sistema de Derecho Internacional de protección de los derechos humanos, con un sentido más amplio que la simple admisión de un tratado internacional.

Por otro lado, constituye un tema referencial la circunstancia que por el Art. 142 de la Constitución Nacional regula que los Tratados internacionales relativos a derechos humanos no pueden ser denunciados sino por el procedimiento que rige para la enmienda constitucional. Se advierte que del contexto global de la Carta Magna paraguaya no se equipara a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con la

Constitución, ni tampoco se la ubica por encima de ésta (como un orden supralegal), siendo el silencio una de sus características. Aun así, lo reglado por el Art. 143, no puede pasar inadvertido al otorgar una protección para su vigencia que se asimila al marco constitucional. Le otorga una rigidez parecida a la del propio texto constitucional, al exigir para su denuncia el mismo procedimiento que para reformar la Constitución<sup>13</sup>.

Lo referenciado invita a sostener que cuando el orden jurídico supranacional fuera reconocido en Paraguay, pasa a tener un rango semejante al constitucional, aunque no propiamente constitucional, inclusive la misma Corte Suprema de Justicia le ha calificado de *cuasi constitucional*<sup>14</sup>.

Lamentablemente esta doctrina aún no ha sido convenientemente desarrollada por la jurisprudencia paraguaya, fundamentalmente a consecuencia de la visión de constitucionalismo restrictivo que abruma a la doctrina nacional, que no condice con el constitucionalismo abierto que propende la idea de los Derechos Humanos.

Así las cláusulas de diálogo se abren desde el constitucionalismo, consintiendo la concreción de la idea pero condicionada por una doctrina de tendencia legalista, positivista a ultranza y restrictiva, que apuntala con énfasis a la Supremacía Constitucional. Se tendrá que realizar un gran trabajo hermenéutico para la asimilación de la doctrina propiciada desde el convencionalismo, para que las concreciones y los diálogos se plasmen efectivamente hacia el interior del orden jurídico paraguayo.

El caso particularísimo de Paraguay sin dudas requiere de una visión superadora de anquilosadas doctrinas que tendrán que ajustarse, puede notarse que esta situación descubre las grandes asimetrías que se presentan en Latinoamérica como parte del constitucionalismo regional, donde algunos abren las compuertas de la admisibilidad del orden internacional, y otros si bien reconocen la vigencia de lo supranacional, lo mantienen bajos determinados cerrojos que impiden traspasar las fronteras de lo jurídico territorial. De esta descriptiva trasluce la gran urgencia e imperiosidad de generar bolsones de diálogo jurisprudencial con el objetivo que los órdenes internos comiencen a asimilar los niveles de mejoría en la tutela de la dignidad humana.

## 2.9. Diálogo entre jurisdicciones y convencionalidad

Fue reseñada la relevancia del diálogo entre Cortes o *judicial dialogue*, que contiene variadas aristas y niveles, por un lado, un diálogo horizontal y, por otro, un diálogo vertical.

---

13 MANILI, Pablo Luís, *La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, publ. en *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Dir. Grilesda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, p. 483, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, Año 2012.

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PARAGUAY, Acuerdo y Sentencia N° 160, de fecha 02 de Abril de 2014. Ratificada en el Acuerdo y Sentencia N° 1070, de fecha 14 de Noviembre de 2018 por el pleno de la Sala Constitucional de la CSJ.

Cuando se describe al fenómeno de un diálogo horizontal, este se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, especialmente entre las Cortes o Tribunales Constitucionales, o también entre las Cortes internacionales, como se daría entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El segundo fenómeno del diálogo vertical, se lleva a cabo en la relación con jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales, pudiendo tener una oscilación de arriba hacia abajo, como de abajo hacia arriba, estudiando la relación que se formula entre las Altas Cortes, los Tribunales Constitucionales y la Corte IDH.

Incluso se reconoce un diálogo multinivel que se va adecuando de acuerdo a las necesidades de los interlocutores del diálogo; como un diálogo directo, cuando alguna iniciativa proteccionista encuentra respuesta en otro, que generalmente ocurre entre órganos estatales de un mismo nivel.

A los afectos de esta investigación resulta relevante la variedad de alternativas de diálogo, pero esencialmente aquel que proyecta al control de convencionalidad, en pos de una concreción en la praxis tribunalicia.

Se presentan variados niveles de relacionamiento, entre los que destacan:

- a) *Diálogo entre jurisdicciones regionales*, como se visualiza entre las Cortes Internacionales de protección de los Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea De Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).
- b) *Diálogo entre las jurisdicciones regionales y los órganos constitucionales* (Corte IDH en su relación con las Cortes Supremas de Justicia y los Tribunales Constitucionales).
- c) *Diálogo entre jurisdicciones constitucionales sobre temas de relevancia en la tutela de Derechos Humanos* (distintas Cortes de los países interamericanos).
- d) *Diálogo entre las Cortes Interamericanas y constitucionales con los organismos judiciales inferiores*, que aplican la protección derechos humanos.

Para el control de convencionalidad todos los planos son esenciales, porque permiten un desarrollo sistemático de la doctrina de convencionalidad, pero en donde aún debe consolidarse su materialización es en los órdenes internos.

En lo que respecta al primer nivel, los diálogos ante jurisdicciones regionales ya se produce un abundante predicamento y desarrollo, debido a que tanto la Corte Interamericana como la europea intercambian posiciones, jurisprudencias y líneas doctrinarias de aplicabilidad.

En cuanto al segundo nivel, comienzan a visualizarse los inconvenientes, porque constituye un relacionamiento que surge de acuerdo al grado de apertura que manifiesten los órganos internos, quienes escudados bajo el manto de la soberanía son poco propensos a aceptar mandatos internacionales, exteriorizando una gran asimetría en cuanto a la adaptabilidad y la recepción. No todos los países han aceptado la doctrina convencional, aunque se tenga que reconocer que la mayoría lo propicia, cuanto menos de forma. Restaría concretar el convencimiento y asimilación cabal para que pueda afirmarse la idea (situación sobre la que retoza la CSJ de Paraguay).

En el tercer nivel, el diálogo entre jurisdicciones constitucionales se presenta, aunque tímidamente aun, precisando de una mayor profundización.

El último nivel, que es el fundamental para esta descriptiva, constituye la deuda pendiente del sistema, que conlleva la aplicabilidad de la convencionalidad por los jueces inferiores, ámbito donde verdaderamente se presentará la tutela efectiva de los derechos. La protección de los Derechos Humanos tiene que darse en las instancias inferiores, para ello es necesario que la doctrina convencional sea manejada por todos los jueces, no solo por los superiores, porque son los inferiores quienes tienen las herramientas para concretar el amparo de las garantías fundamentales.

En este cuarto nivel donde intervienen los jueces inferiores, radica el escenario donde se percibirá efectivamente el relacionamiento inexcusable que debe alardear el control de convencionalidad en su vinculación con las demás áreas del orden doméstico. Siendo los jueces inferiores los que darán vida a una eficaz protección.

Así lo ha reconocido la Corte IDH en su Informe Anual 2010, al significar:

(...) Al respecto, cabe destacar que estos avances jurisprudenciales establecen estándares interamericanos que son obligatorios no solo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados partes de la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana, al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de “intérprete final”.

Esta Jurisprudencia de la Corte en diferentes casos, ha venido siendo aplicada efectivamente por tribunales internacionales de otros Estados, lo cual ha generado la existencia de un “diálogo jurisprudencial” en el cual los órganos del sistema interamericano interactúan con organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles con organismos internacionales y, fundamentalmente, con otros tribunales que a nivel nacional incorporan los estándares interamericanos al derecho interno de sus respectivos países (...)

Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizado por la Convención Americana en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección

internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia. Cabe destacar que este dialogo jurisprudencial se relaciona, además, con la obligación que pesa sobre los jueces internos de verificar la compatibilidad de las normas y actos que deben analizar con respecto a la Convención Americana y con la interpretación que de esta hace la Corte Interamericana (...) <sup>15</sup>.

El objetivo consiste en llamar la atención intentando poner en contacto a la doctrina internacional de convencionalidad con la realidad diaria del juez nacional, para que éste pueda aplicar el mejor derecho en favor de la persona humana. La mayoría de los textos describen la convencionalidad desde cánones constitucionales e internacionales, dejando de lado bajar a niveles inferiores estas erudiciones intentando que la novel concepción descienda de la estratósfera al campo mundano administrado por el juez. Se trata en definitiva de propiciar cultivando el diálogo jurisprudencial creativo y proactivo con la defensa de los Derechos Humanos, donde los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos.

## **2.10. Desafíos del *Ius Comune* Interamericano**

Con luces y sombras se fue desarrollando la jurisprudencia de la Corte IDH, a través del cual se originó el control de convencionalidad, implica reconocer que visualiza una evolución constante del derecho internacional de los derechos humanos caracterizado por la dinamicidad. Versa sobre una idealización con contornos definidos, pero de gran variabilidad y adaptación constante.

No cabe dudas que se está marchando en favor de la conquista de un *ius commune* interamericano, con vasos conectores que estrechan el derecho internacional con el nacional, en un movimiento de arriba y abajo, y viceversa, por lo tanto devienen relevante las mandatos de la Corte IDH, pero también las interpretaciones proactivas que realicen los jueces inferiores (no solo las Altas Cortes Nacionales), con ello se enriquece la tutela. Presenta una doble vía de internacionalización de la justicia interna, como de nacionalización de la justicia internacional, por decirlo de algún modo, al punto que la propia Corte IDH ha reconocido la utilidad y beneficio de la jurisprudencia nacional <sup>16</sup>, diálogo advertido en el Informe Anual de la Corte IDH ante la OEA, en los siguientes términos:

4. (...) Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno, se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por otro lado, la Corte se ve enormemente beneficiada de

15 Informe Anual de Labores de la Corte IDH, Año 2010, párr. 55-56.

16 FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*, publ. en *Controle de Convencionalidade*, Coor. Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli, p. 651, Editorial Gazeta Jurídica, Brasília, Brasil, Año 2013.

la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los Tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia<sup>17</sup>.

Primordial radica comprender dos aspectos, por un lado, que se hace necesario la conformación de un *ius commune* interamericano y, por el otro, que los jueces de cada nación en particular, son actores esenciales no solo de la aplicación sino del contenido de la Convención<sup>18</sup>.

Para la conformación de un verdadero *ius commune*, se tendrán que presentar determinadas condicionales, entre los que desde nuestro particular punto de vista deberían concretarse las siguientes cuestiones:

- a) Fortalecimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, asentidos cuanto menos con rango constitucional apuntalando que los jueces inferiores apliquen directamente la Convención, ejerciendo el control de convencionalidad.
- b) Reconocer como nuevo paradigma una cultura de convencionalidad, proyectando una visión de concreción ideológica.
- c) Propiciar políticas jurisdiccionales que propendan al intercambio y al diálogo jurisdiccional entre los jueces nacionales y la Corte IDH. Incluso prever, un procedimiento de consulta que podría realizar el juez interno sobre la aplicabilidad de los Derechos Humanos (el sistema europeo así lo prevé). En tal caso, introducir las reformas necesarias en cuanto al procedimiento y la legitimación.
- d) Avalar la admisión de la doctrina del precedente judicial obligatorio de las resoluciones de la Corte IDH, de esta manera a los jueces no les quedará otro camino más que la aplicación efectiva de la convencionalidad en el fuero interno.
- e) Modificar la obligatoriedad de asistencia a los jueces que intervienen en el orden interno, con el fin de aclarar su posición jurídica. Ello tendría dos efectos concretos: la primera, una reafirmación de escudriñar la opinión de los magistrados nacionales, conociendo sus posibilidades y argumentos jurídicos; la segunda, un fin pedagógico permitiendo a los jueces la funcionalidad del sistema, como la manera de tratamiento del objeto litigioso en cuestión.

---

17 Síntesis del informe anual de la Corte IDH del 2010, que presenta a la comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington DC, 18 de Marzo de 2011).

18 DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano*, p. 372, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, Año 2017.

- f) Propiciar una capacitación permanente de todos los operadores del servicio de justicia latinoamericana, proyectando cursos, buen servicio de la plataforma jurisprudencial vía internet, incorporación del temario en las universidades, en las escuelas judiciales, y en todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial).

## 2.11. Debilidades del Diálogo Jurisprudencial

Corresponde indicar que el diálogo jurisprudencial es un tema de gran complejidad, porque invita a modificar los arbotantes sobre los cuales fueron construidos los órdenes jurídicos internos, situación harto complicada y de variadas polémicas en el contorno teórico de los derechos humanos. Aun a pesar de ello se realiza una apuesta por el *judicial dialogue*, con la salvedad de tener que describir sus debilidades en concreto con el objetivo de indicarlos como negatividades que precisan una evolución, pero sobre todo solución.

Primeramente decir, que la Corte IDH no ha colaborado en gran medida para establecer cuál es el valor de su jurisprudencia, al decir de Dulitzki<sup>19</sup> no ha indicado si sirve de ejemplo de buena práctica, o como guía o pauta para la interpretación y aplicación, como tampoco ejecutado una labor comparativa de verificación de un consenso regional sobre las pautas de interpretación de sus fallos.

En segundo lugar, la Corte no se ha hecho eco en el sentido de manifestarse sobre una refutación de los argumentos de fallos contrarios a su criterio. Tampoco explica en muchos casos, porque es válido recurrir a la jurisprudencia latinoamericana, ni se explicitan los parámetros de selección de la jurisprudencia que utiliza<sup>20</sup>.

En tercer lugar, la Corte no expone como se resolverían posibles conflictos de jurisprudencia, que pueden presentar sesgos y matices diferentes, salvo la actitud de repetir una y otra vez la aplicabilidad del principio *pro homine*.

---

19 *Idem* anterior, p. 368. Comentaba el citado autor: “Por ejemplo, cuando la Corte decidió Barrios Altos, la mayoría de los países tenían leyes de amnistía y la mayoría de los Tribunales les habían dicho que tales leyes eran constitucionales. ¿Debería la Corte haberse guiado por ese consenso? Algunos han entendido que la corte debería seguir más de cerca a su par europeo en este punto que presta mayor atención a la existencia de un consenso regional antes de extender los alcances de la Convención Europea de Derechos Humanos. No definiremos la legitimidad, el valor o la importancia del consenso regional en materia de derechos humanos. Dudamos que sea aconsejable que el congreso regional sea un factor determinante en la interpretación de la Convención. En una región donde hay tantas deudas en materia de derechos humanos, dar deferencia al consenso regional implicaría bajar muchos estándares de protección. Además, significaría una visión un tanto conservadora del rol de la Convención y de la Corte que se limitaría a proteger los derechos ya tutelados regionalmente a nivel nacional, y tan solo ayudarían a avanzar a algunos países rezagados. Creemos que la Convención y la Corte cumplen un rol mucho más importante en las Américas. El consenso regional puede ser una de las pautas de interpretación, pero ni la primera ni la principal. La Corte debe estar consciente de que es los que están haciendo los Estados y juzgando los Tribunales en cada área sobre la que debe pronunciarse”.

20 *Idem* anterior, 371.

Evidentemente, el trabajo desarrollado en pos del diálogo entre Cortes ha sido cuantioso y significativo, que se esté analizando sobre la convencionalidad obra producto de este diálogo, pero que aún hay mucho camino por recorrer.

Llegará el momento en que se abandone lo que hoy parece más un monólogo<sup>21</sup>, que un diálogo, siendo un ida y vuelta entre lo internacional y lo nacional. El diálogo nunca debe terminar, pero para que sea diálogo tiene que provenir de todas partes.

## 2.12. La Nueva Aurora

A modo de síntesis, la transformación permanente del ámbito judicial, hacen que se planteen la apertura de nuevos conductos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de inéditas coordenadas. Algunas de las mutaciones son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso. Plantea la exigencia de apuntalar cimientos que convaliden las transformaciones, sobre todo cuando de ser bien utilizadas se convertirán en elementos fructíferos para fortalecer el régimen proteccionista.

Perfilar ribetes de transformación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentar una nueva ciencia del derecho, desde allí trasladarse a todo el repertorio jurídico en general, sea sustancial o procesal, donde cada una de las áreas ajustará sus parámetros a los flamantes postulados. Una incidencia globalizadora que insta a revisar las condicionales del derecho con el objeto de hacerlo más eficiente y justo para la persona humana.

## 3. CONCLUSIONES

*En resumen*, el derecho deberá amoldar sus líneas genéricas a las conquistas de la nueva doctrina propias del avance del ser humano, que se han agudizado en las últimas décadas, planteando una verdadera transformación de los lineamientos en pos de una mayor eficiencia a instalar en el orden jurídico interno, rompiendo las barreras.

Adscribir al criterio de no cerrar las compuertas de la modernidad jurídica, pero sin perder identidad y cultura, propiciando diálogos interjurisdiccionales en todos los niveles. La humanización de la ciencia jurídica constituye un reto por el cual vale la pena hacer esfuerzos, es hora de revisionismo serio y profundo.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

### Libros y artículos consultados

BAZÁN, Víctor, *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, publ. en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18/2, Semestre 2011.

---

21 BAZÁN, Víctor, *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, publ. en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 94, N° 18/2, Semestre 2011.



DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, Año 2017.

CONSTITUCIÓN DE ARGENTINA.

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano*, publ. en *Controle de Convencionalidade*, Coor. Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli, Editorial Gazeta Jurídica, Brasilia, Brasil, Año 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La navegación Americana de los Derechos Humanos: hacia un ius commune*, publ. en *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Coor. Von Bogdandy, A., Morales M. y Ferrer Mac Gregor, E. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y Max Planck Institute, Querétaro, México, Año 2017.

LANDA, Cesar, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Editorial Porrúa, México, Año 2.011.

MANILI, Pablo Luís, *La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, publ. en *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Dir. Grilesda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, Año 2012.

PIOVESAN, Flávia, *Controle de convencionalidade, direitos humanos, e dialogo entre jurisdiccões*, publ. en *Controle de Convencionalidade*, Coor. Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli, Editorial Gazeta Jurídica, Brasilia, Brasil, Año 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, publ. en *Revista Estudios constitucionales*, Año 8, N° 1. Universidad de Talca. Chile, Año 2010.

VEGA, Juna Carlos, *Los Derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional*, publ. en *Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, Año 2006.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial La Ley, Asunción, Paraguay, Año 2014.

- *Jurisdicción Supranacional*, 2º Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, Año 2019.

- *Convencionalidad y Derecho Procesal, vinculaciones e incidencias*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, Año 2020.

## **Fallos e Informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**V Congreso Internacional** de Derecho Procesal Constitucional

Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, sentencia 21 de junio de 2002.

Corte IDH, Caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, 2001.

Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, 2004.

Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, febrero 2006

Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, septiembre 2006.

INFORME ANUAL DE LABORES de la Corte IDH, Año 2010.

Síntesis del INFORME ANUAL de la Corte IDH del 2010, que presenta a la comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington DC, 18 de Marzo de 2011).

## **¿Supremacía Normativa o Primacía de los Derechos?**



### **René Moreno Alfonso - Colombia**

Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional

- Abogado Sociólogo por la Universidad Nacional de Colombia. Tiene estudios en Ciencia Política y Derecho constitucional en la Universidad de Salamanca, España.
- Magíster en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Lomas de Zamora, Argentina, y en Teoría del Derecho en la Universidad Nacional de Colombia.
- Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y miembro fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Fue Conjuez de la Corte Suprema de Justicia.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor René Moreno Alfonso, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.

## ¿Supremacía Normativa o Primacía de los Derechos?

---

**René Moreno Alfonso**

### 1. INTRODUCCIÓN

En todos los procesos judiciales donde existe controversia sobre la titularidad de un derecho para obtener prosperidad de las pretensiones o su oposición es necesario que las partes prueben que tienen la razón utilizando los medios probatorios que conduzcan al Juez sobre el conocimiento de la verdad probable para adjudicar el derecho en conflicto.

Es por ello que existe el principio constitucional del derecho a la prueba<sup>1</sup> para que las partes puedan participar durante el proceso en el debate para demostrar que les asiste el derecho, no solamente amparado en una norma sustancial sino en las pruebas incorporadas regularmente para el éxito de sus pretensiones o excepciones.

En derecho probatorio, por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Este razonamiento se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos “*onus probandi incumbit actori*”, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y “*reus in excipiendo fit actor*”, es decir que el demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla está consagrada en el campo del Derecho Privado en los Arts. 1757 del Código Civil, en virtud del cual “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”, y el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, señala que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Los anteriores criterios en materia probatoria son objeto de análisis para examinar si en los conflictos normativos entre normas infra constitucionales y normas de rango constitucional tienen aplicación cuando la Corte Constitucional decide las garantías procesales para la defensa de la supremacía constitucional.

En términos generales probar es considerada como la actividad individual dirigida a la verificación de un juicio. Lo que materia de prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios de prueba para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

---

1 Constitución Política de Colombia, Art. 29 (1991).

La “Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un *quid sensible* en cuanto sirve para fundamentar una razón”<sup>2</sup>.

La necesidad de la prueba es un elemento del debido proceso constitucional<sup>3</sup> y que se encuentra incorporado en el Código General del Proceso, indicando que toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso<sup>4</sup> y que es aplicable a todos los asuntos de cualquier jurisdicción y especialidad<sup>5</sup>.

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado inadmisibles las pruebas aportadas en un procedimiento irregular seguido por autoridades que no satisfacían los requisitos consagrados en el artículo 8<sup>o</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, de independencia, imparcialidad y competencia<sup>6</sup>. Igualmente considera que los obstáculos en la recepción y práctica de pruebas admisibles constituyen una violación de la Convención Americana de Derechos Humanos porque afecta el derecho a la defensa.

La prueba es entonces un requisito esencial y necesario para la prosperidad de las pretensiones en todo proceso sin distinguir su naturaleza o especialidad y para la efectividad de la garantía del debido proceso. Si la prueba es necesaria en todo asunto o proceso el problema objeto de análisis es interrogarnos si existe verdadera prueba en los procesos de naturaleza objetiva que son tramitados ante la Corte Constitucional en Colombia y el Consejo de Estado en función de control de constitucionalidad.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. El proceso constitucional

Los conflictos regulados por el derecho cuando no son solucionados de manera directa por las partes acuden a un tercero imparcial e independiente para que decida a quien corresponde las pretensiones por intermedio del órgano investido de función jurisdiccional a través del proceso como medio legalmente establecido para resolver pacíficamente las controversias.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-025/20 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas; 29 de enero de 2020).

3 Constitución Política de Colombia, Art. 29 (1991).

4 Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Art. 164. D.O. No. 48.489. 12 de julio de 2012.

5 Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Art. 1. D.O. No. 48.489. 12 de julio de 2012.

6 García Ramírez, Sergio; El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sergio García Ramírez. Pág. 74. Ed. Porrúa, 2007.

Los órganos investidos de jurisdicción tienen fuente constitucional y es una potestad del estado para ejercer el monopolio del poder y frente a la diversidad de conflictos cada vez la jurisdicción se ha ido especializando de acuerdo a la naturaleza de la controversia en civil, penal, laboral, administrativo, familia y en las últimas dos décadas del siglo XX se ha ido implementando la especialidad de la jurisdicción constitucional en el caso colombiano<sup>7</sup>.

Para resolver las controversias de carácter constitucional bien sean de carácter subjetivo y objetivo existe en la legislación colombiana la forma de resolverlos a través del proceso constitucional que se encuentra regulado en sus diferentes etapas procesales para decidir el asunto.

En ese orden de ideas podemos definir el proceso constitucional “como un conjunto de actos jurídicos coordinados entre sí, provenientes de órganos jurisdiccionales u órganos no jurisdiccionales, o de las partes, cuyo objeto es la defensa de la supremacía de la Constitución (como norma jurídica) y la protección procesal de los derechos humanos, a fin de resolver conflictos de naturaleza constitucional”<sup>8</sup>.

### **2.1.1. Clasificación de los procesos constitucionales**

Los procesos o juicios de constitucionalidad que se tramitan ante la jurisdicción constitucional se pueden clasificar: (1) según la materia o clase de acto sometido a control y (2) según la naturaleza de la garantía procesal, que tiene por finalidad la defensa de la supremacía constitucional o la defensa de los derechos fundamentales constitucionales y (3) mixtos, cuando existe conflicto normativo y titular de un derecho subjetivo constitucional.

Los procesos constitucionales según el acto o materia sometida a control y siguiendo el criterio propuesto por el profesor Ernesto Rey Cantor, son:

- (i) Proceso de constitucionalidad ordinario, que se tramita para conocer y decidir la acción pública de inconstitucionalidad sobre leyes, proyectos de ley estatutaria, proyecto de ley de convocatoria de un referendo constitucional y ley de convocatoria de una asamblea constituyente, referendo legislativo, consultas populares nacionales y plebiscitos nacionales, tratados públicos y leyes que los aprueban.
- (ii) Procesos de constitucionalidad especiales para tramitar y decidir las objeciones presidenciales a los proyectos de ley; para ejercer el control de constitucionalidad sobre los Decretos Legislativos dictados por el gobierno nacional en ejercicio de las facultades otorgadas en los estados de excepción y sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos de suspensión de las votaciones en los referendos y en las consultas populares.

7 Constitución Política de Colombia. Art. 239. (1991).

8 Rey Cantor, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional. Pág. 99. Ed Doctrina y Ley, 2010.

- (iii) Procesos constitucionales atípicos, para tramitar la excepción de inconstitucionalidad y las excusas por inasistencia de los citados a las comisiones constitucionales del congreso.
- (iv) Agregó a la anterior clasificación los procesos particulares según la materia, que corresponden a cada una de las garantías procesales que se encuentran reguladas por leyes especiales, como el habeas data; habeas corpus, recurso de insistencia; la acción de tutela y acción popular<sup>9</sup> y que se tramitan ante los jueces y corporaciones con función jurisdiccional constitucional en virtud de lo ordenado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia<sup>10</sup> cuando deciden acciones de tutela o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Los procesos constitucionales según la naturaleza del conflicto constitucional sometido a la jurisdicción constitucional pueden ser según la controversia **(i)** subjetivos, **(ii)** objetivos y **(iii)** mixtos.

Las controversias de naturaleza subjetiva surgen cuando se realiza el control concreto de constitucionalidad en los casos de amenaza o vulneración de derechos fundamentales que tienen como garantías procesales de protección el habeas data (artículo 15 C.P.); habeas corpus (artículo 30 C.P.) recursos de insistencia (artículo 74 C.P.) acción de tutela (artículo 86 C.P.) y acción popular (artículo 88 C.P.).

Las controversias de naturaleza objetiva surgen cuando decide conflictos normativos, en aquellos donde se demanda una norma infra constitucional por vulnerar de una norma de mayor jerarquía o rango constitucional, mediante el medio de control denominado nulidad por inconstitucionalidad<sup>11</sup> en los casos de actos administrativos de carácter abstracto y general o mediante la acción pública de inconstitucionalidad<sup>12</sup> frente a las leyes, actos legislativos, decretos ley y decretos legislativos.

Las controversias de naturaleza mixta surgen cuando se ejerce la garantía procesal contenida en el artículo 4<sup>o</sup> superior constitucional desarrollada en materia administrativa por el artículo 148 de la Ley 1437 de 2.011, denominada excepción de inconstitucionalidad que tiene por finalidad inaplicar una norma para resolver un caso particular y concreto por vulnerar de manera directa la constitución.

En esta excepción, el primer presupuesto es de carácter objetivo, porque existe confrontación normativa y el segundo, es de carácter subjetivo, sí obtiene la protección de un derecho amenazado o vulnerado de índole constitucional. La

---

9 Moreno Alfonso, René. Aproximación a la Codificación Procesal Constitucional. Pág. 19 – 20. Ed. Nueva Jurídica, 2017.

10 Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Art. 43. D.O. No. 42.745. Marzo 15 de 1996.

11 Constitución Política de Colombia. Art. 237 - 2 (1991).

12 Constitución Política de Colombia. Art. 242. (1991).



mencionada garantía puede ser aplicada de oficio o a solicitud de parte y solo tiene efectos interpartes en el respectivo proceso.

## **2.2. Procesos constitucionales de naturaleza objetiva**

Los procesos objeto de análisis del presente artículo son los de naturaleza objetiva, es decir aquellos en donde entran en conflicto normas de diferente jerarquía, como cuando estamos en presencia de un acto administrativo de carácter general, decreto ley, decreto legislativo, ley o acto legislativo que vulneran normas de rango constitucional y en particular examinamos si la decisión de la jurisdicción cuando ejerce control de constitucionalidad se fundamenta en los medios probatorios regulados en la Ley, es decir, si el fallo analiza verdaderas pruebas que se encuentran recaudadas en el proceso o si por el contrario, los argumentos base del fallo pueden ser considerados como una decisión política que responde a una ideología de quienes integran el órgano jurisdiccional constitucional cuando ejercen control abstracto de constitucionalidad.

## **2.3. Control abstracto de constitucionalidad**

El control abstracto de constitucionalidad es la manifestación del poder político que puede ejercer cualquier ciudadano cuando interpone acciones públicas de inconstitucionalidad en defensa de la supremacía constitucional o por la acción oficiosa y automática del órgano jurisdiccional constitucional cuando cumple su función de velar por la integridad de la supremacía constitucional en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

El control abstracto de constitucionalidad puede ser ejercido por la Corte Constitucional bien sea por vicios sustanciales o de fondo como por vicios formales o procedimentales. En esta clase de control no se requiere que haya un titular de derechos subjetivos constitucionales afectados con la norma, sino que se pretende es la armonización, integración y unidad del sistema del ordenamiento jurídico para evitar conflictos entre diferentes niveles de jerarquía normativa y defender la supremacía del texto constitucional como valor constitucional.

Esta clase de proceso constitucional es tramitado cuando se ejerce (i) el control abstracto de constitucionalidad, cuya competencia corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional y se encuentra regulado por el Decreto 2067 de 1.991 que consagra el procedimiento para examinar la constitucionalidad de la norma acusada de infringir normas de rango constitucional cuando se ejerce la acción pública de inconstitucionalidad y (ii) cuando se ejercer el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad regulado en el artículo 237-2 de la C.P., y en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2.011.

### 2.3.1. Acción pública de inconstitucionalidad

La acción pública de inconstitucionalidad es el mecanismo de control que tiene todo ciudadano para la defensa de la supremacía constitucional y el control sobre las competencias ejercidas por los órganos del poder del estado.

La competencia para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional en los siguientes temas<sup>13</sup>:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
8. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el

13 Constitución Política de Colombia. Art. 241. (1991).

Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

### **2.3.2. Demanda de inconstitucionalidad**

El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad es rogado<sup>14</sup>, requiere formular demanda que se debe presentar en escrito por duplicado y tiene que cumplir con los siguientes requisitos:

1. Señalar con precisión las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas, es decir, *“la prueba de la existencia de la norma demandada”*. Esta exigencia no está acorde con el carácter público y ciudadano de la acción, en virtud que conforme a lo señalado en el artículo 177 del Código General del Proceso que regula la prueba de las normas jurídicas, excluyen de prueba el derecho nacional, es decir, leyes, actos legislativos, decretos ley y decretos legislativos entre otros. Para facilitar el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.) y la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.) la exigencia de la prueba de la norma acusada es un requisito innecesario que proponemos modificar en la regulación de la demanda de inconstitucionalidad.
2. Indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales los textos demandados violan la constitución, que como explicaremos constituyen la prueba en esta clase de procesos.
4. Cuando fuere el caso, indicar el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, o sea señalar el vicio del procedimiento en que incurrió el órgano productor de la norma. En este caso si es procedente la utilización de los medios probatorios, por ejemplo, para demostrar que un trámite de la ley que requería votación por mayoría absoluta se aprobó con mayoría simple. La prueba idónea en el ejemplo señalado sería la documental, como las actas de las sesiones de las cámaras del congreso cuando fue aprobado el texto legal demandado por no cumplir con la votación requerida por la constitución.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de las demandas.
6. En caso de que la demanda sea presentada a petición de una persona natural o jurídica el demandante deberá indicarlo en la demanda.

### **2.3.3. Procedimiento constitucional en la acción pública de inconstitucionalidad**

Para el reparto equitativo de los asuntos sometidos al control de la Corte conforme a los criterios y procedimientos consagrados en el Reglamento Interno, se tiene en

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 025/20. (M.P. Fernando Reyes Cuartas; 29 de enero de 2020).

cuenta la necesidad de la práctica de pruebas<sup>15</sup> para la distribución de los procesos para que haya una adecuada carga de trabajo a cada uno de los Magistrados.

Repartida la demanda, el Magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez (10) días siguientes, si está no cumple con los requisitos se concederá tres (3) días al demandante para que proceda a corregirla señalando con precisión los requisitos incumplidos<sup>16</sup>. Si no lo hiciera en dicho plazo será rechazada y contra el auto de rechazo procederá el recurso de súplica ante la Corte.

Admitida la demanda “o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente”, se ordenará correr traslado al Procurador General de la Nación (PGN), para que rinda concepto, el mencionado término iniciara a contarse el día siguiente de entrega de la copia en el despacho del Procurador.

El Magistrado sustanciador tiene la facultad en el auto admisorio de la demanda de decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicaran en el término de 10 días<sup>17</sup>, pero el Decreto 2067 de 1991 que regula los procesos ante la Corte Constitucional, omitió regular la actividad probatoria en los mencionados procesos, razón por la cual es necesario aplicar las reglas de la hermenéutica acudiendo a las normas generales sobre la materia.

En esta clase de procesos es procedente la adición de la demanda de inconstitucionalidad hasta antes que el expediente ingrese al despacho del Magistrado Sustanciador y es viable la acumulación de procesos solamente en aquellos casos que se incluyan en el respectivo programa mensual de trabajo y reparto, previo informe del presidente o de cualquier magistrado sobre la ponencia de un mismo asunto a cargo de varios Magistrados<sup>18</sup>.

Vencido el término para que el Procurador General de la Nación (PGN) rinda concepto, se iniciará el cómputo de treinta (30) días para que el Magistrado sustanciador presente proyecto de sentencia ante la Corte y vencido este término comenzara a correr los sesenta (60) días que dispone la Corte para adoptar la decisión.

### **2.3.4. La prueba en la acción pública de inconstitucionalidad**

Es importante señalar que la legislación colombiana en el proceso de control de constitucionalidad abstracto regula parcialmente la materia probatoria a diferencia de

---

15 Corte Constitucional. Acuerdo 02 de 2015. Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. Art. 42. 22 de julio de 2015.

16 Decreto Ley 2067 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. Art. 6. D.O. No. 40.012. 04 de septiembre de 1991.

17 Decreto Ley 2067 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. Art. 10. D.O. No. 40.012. 04 de septiembre de 1991.

18 Corte Constitucional. Acuerdo 02 de 2015. Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. Arts. 5 y 47. 22 de julio de 2015.

la legislación Peruana que no menciona ni regula la actividad probatoria en el proceso de inconstitucionalidad.

En la acción pública de inconstitucionalidad tenemos que distinguir el tema probatorio cuando se ejerce por vicios sustanciales o de fondo de cuando se ejerce por vicios formales o de procedimiento.

### **2.3.5. Inconstitucionalidad por vicios de fondo**

El control de constitucionalidad de naturaleza objetiva es abstracto y en consecuencia es importante determinar el vicio de inconstitucionalidad, en razón a que si es de contenido sustancial o material, el examen de constitucionalidad que realiza la Corte es de derecho y por lo tanto, “*no requiere de práctica de pruebas*” y es innecesario el periodo probatorio ya que la función de la jurisdicción constitucional es de confrontación normativa entre la norma demandada y el texto constitucional para analizar si existe conflicto normativo y decidir de fondo. La prueba en esta clase de procesos “son las razones, los argumentos, los instrumentos y los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar o no de la constitución”<sup>19</sup>. Los argumentos presentados a la jurisdicción constitucional son las razones para fundamentar que una norma infra constitucional vulnera normas de rango constitucional.

La efectividad del derecho político consagrada en el artículo 40-6 de la C.P., mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, como lo señala la Corte Constitucional<sup>20</sup> depende que las razones presentadas por el actor sean: (i) clara; (ii) ciertas; (iii) específicas; (iv) pertinentes y (v) suficientes.

La claridad hace referencia que las razones presentadas por el demandante puedan ser entendidas por cualquier ciudadano; la certeza, significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente, es decir que la acción esté encaminada a cuestionar significados de la ley vigente; la pertinencia, corresponde a cuestiones de constitucionalidad que tengan por objeto preservar la vigencia de la carta, esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, sustentado en la apreciación del contenido de una norma superior que expone y enfrenta con la norma infra constitucional demandada; la especificidad se refiere en indicar el sentido concreto en que se produce la infracción al orden constitucional a través de la formulación de un cargo constitucional concreto contra la norma demandada; la suficiencia son las razones y elementos de la demanda que susciten una duda mínima sobre la validez de la Ley.

La Corte Constitucional colombiana ha estimado necesario que la acusación en contra de las normas adoptadas por los órganos representativos se apoya en razones con

19 Giacomette Ferrer, Ana. La Prueba en los Procesos Constitucionales. Pág. 163. Ed. Señal Editora. Primera reimpresión, 2009.

20 Corte Constitucional. Sentencia C 025/20. (M.P. Fernando Reyes Cuartas; 29 de enero de 2020).

aptitud para poner en duda la validez constitucional de la regulación que pueda poner en riesgo la supremacía constitucional.

Los anteriores criterios para decidir de fondo han sido matizados por la Corte Constitucional con el principio *pro actione*, mediante el cual el rigor en el juicio se aplica a la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación estricta porque haría nugatorio el derecho ciudadano y permite que la duda habrá de interpretarse a favor de la demandante, admitiendo la demanda y fallando de fondo.

### 2.3.6. Inconstitucionalidad por vicios de procedimiento

A diferencia del vicio sustancial si el acto demandado es de contenido formal o de procedimiento, es necesario acudir a los medios de prueba pertinentes para determinar la omisión en el procedimiento en el trámite de la producción normativa de proyectos de ley; actos legislativos o decretos, que son regulados por la ley y la constitución.

En las decisiones de la Corte en que sea necesario el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto sometido al juicio constitucional de la Corte o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado sustanciador podrá decretar en el auto admisorio de la demanda “las pruebas que estime conducentes”, las cuales se practicarán en el término de 10 días.

La Corte Constitucional en relación a las pruebas en la acción de tutela ha sostenido que la omisión en el decreto de pruebas por parte de la autoridad judicial competente, impide la recepción y análisis de hechos que resultan indispensables para la correcta solución del caso debatido. Así, en los eventos que se rechaza la práctica de una prueba que conduciría a aclarar las premisas fácticas debatidas, esta Corte ha sostenido que, ante tal circunstancia, se estarían vulnerando los derechos al debido proceso y a la defensa.

Esta omisión ocurre, por ejemplo, **i)** cuando la autoridad judicial no ejerce la facultad para decretar pruebas de oficio en los casos que faltan elementos para dirimir adecuadamente el conflicto, o **ii)** cuando se niega el decreto y práctica de pruebas pertinentes, conducentes o esenciales para resolver el fondo del asunto...<sup>21</sup>. El anterior argumento de la Corte es extensivo para ser aplicado en los procesos de constitucionalidad objetivos por vicios de forma o procedimiento.

En los procesos de constitucionalidad de naturaleza objetiva, bien sea por vicios de fondo o de forma, cualquier Magistrado podrá proponer hasta 10 días antes del vencimiento del término para decidir, que se convoque a una audiencia para que quien hubiere dictado la norma o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado y el demandante, concurren a responder preguntas para profundizar los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión.

21 Corte Constitucional. Sentencia T 074/18. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 02 de marzo 2018).

Excepcionalmente, cuando la Corte considere que podría contribuir a esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional podrá ser invitado a presentar argumentos orales en la audiencia quien hubiera intervenido como impugnador o defensor de las normas sometidas a control.

El Magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas o privadas y a expertos en material relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo.

En este contexto de la actividad probatoria desarrollada en la acción pública de inconstitucionalidad, es relevante cuando se trata de decidir la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional por vicios de forma o de procedimiento y no cuando se trata de vicios sustanciales donde existe son argumentos para demostrar la inconstitucionalidad de una norma.

## **2.4. Nulidad por inconstitucionalidad**

La nulidad por inconstitucionalidad<sup>22</sup> es la garantía procesal que tiene todo ciudadano para solicitar la declaración de nulidad de los decretos de carácter general dictados por el gobierno nacional cuya revisión no corresponde a la Corte Constitucional por infracción directa de la constitución sino que la competencia corresponde al Consejo de Estado; así como los actos administrativos de carácter general expedidos por entidades u organismos distintos del gobierno nacional, cuya competencia corresponde a la jurisdicción administrativa en función jurisdiccional constitucional.

### **2.4.1. Procedimiento en la nulidad por inconstitucionalidad**

El proceso de nulidad por inconstitucionalidad tiene trámite especial regulado en la codificación procesal contencioso administrativa<sup>23</sup> en los siguientes términos:

1. La sustanciación y ponencia de esta clase de procesos de nulidad por inconstitucionalidad corresponde a uno de los Magistrados de la sección respectiva, según la materia y el fallo corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado.
2. La demanda de nulidad por inconstitucionalidad deberá indicar las normas constitucionales que considere infringidas y exponer en el concepto de violación las razones “que sustentan la inconstitucionalidad alegada”.
3. Contra los autos del ponente solo procederá el recurso de reposición, excepto el que decreta la suspensión provisional del acto y el que rechaza la demanda, los cuales son susceptibles de súplica ante la Sala Plena del Consejo de Estado.

---

22 Constitución Política de Colombia. Art. 237 – 2. (1991) & Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Art. 135. D.O. No. 47.956; 18 de enero de 2011.

23 Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Art. 184. D.O. No. 47.956; 18 de enero de 2011.

4. Realizado el reparto y recibida la demanda, el Magistrado ponente se pronunciará sobre su admisibilidad dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no cumplir los requisitos, se inadmitirá y se concederá un término de tres (03) días para que sean corregidos los requisitos incumplidos y si no lo hiciera será rechazada.
5. Cumplidos los requisitos será admitida la demanda, mediante auto que ordenará la (i) notificación a la autoridad que expidió el auto; (ii) a las personas que tengan interés en el resultado del proceso; (iii) concederá el término de tres (03) días para contestarla demanda, proponer excepciones y “solicitar pruebas”; (iv) Notificar al Procurador General de la Nación, quien deberá obligatoriamente emitir concepto; (v) Fijar aviso por el mismo término en la secretaría y en la página web de la jurisdicción contenciosa administrativa, sobre la existencia del proceso, para la intervención ciudadana por escrito para defender o impugnar el acto demandado; (vi) El envío por parte del funcionario correspondiente, los antecedentes del acto administrativo en el término judicial fijado para el efecto. (vii) invitar a entidades públicas y privadas y a expertos relacionados con el tema a presentar por escrito concepto sobre la materia en el término señalado en el auto admisorio de la demanda.
6. Vencido el término de traslado de la demanda “y en caso de que se considere necesario se abrirá el proceso a prueba” por el término de diez (10) días contados desde la ejecutoria del auto que las decreta y vencido el término probatorio o prescindido de éste, se correrá traslado por diez (10) días al Procurador de la Nación para que rinda concepto.
7. Vencido el anterior término, el ponente registrará fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la entrada al despacho para sentencia y la Sala Plena adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes.

#### **2.4.2. Prueba en la nulidad por inconstitucionalidad**

En materia probatoria en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad se siguen los mismos criterios de la acción pública de inconstitucionalidad. Así por ejemplo mediante sentencia proferida el día cinco (05) de diciembre de 2.017 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Magistrada Ponente Roció Araujo Oñate, decidió la demanda instaurada bajo el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, presentada por el ciudadano German Calderón España, contra el artículo 2.2.4.3 del Decreto 1189 de 2016<sup>24</sup> proferido por el Presidente de la Republica, porque a su juicio consideró que la norma acusada vulneraba los artículos 126 inciso 4<sup>o</sup>, 152 literal b), 257A inciso 2<sup>o</sup> y 150 superiores y para sustentar su escrito introductorio se basó

---

<sup>24</sup> Decreto 1189 de 2016. Por el cual se adiciona un título al Decreto 1081 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”, en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República”. 19 de julio de 2016.



en argumentos con los cuales pretendía demostrar la presunta vulneración de los postulados constitucionales.

Para tomar la decisión de fondo el Órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en función de control de inconstitucionalidad, ordenó como prueba requerir de oficio al Senado de la República para que allegara las Actas y antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2.015, y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para que aportara los antecedentes y documentos que sirvieron de fundamento para la expedición del Decreto acusado.

En las consideraciones del Consejo de Estado en la precitada sentencia, se estableció que la acción de nulidad por inconstitucional, “es una acción de carácter público, en tanto puede ser incoada por cualquier ciudadano, que su objetivo de control recae sobre los decretos o actos administrativos de carácter general que expidan el Presidente de la República o Entidades u Organismos distintos del Gobierno Nacional y cuya finalidad no es otra que anular tales normas y por esta vía extraerlas del ordenamiento jurídico, porque infringen de manera directa la Constitución Nacional”<sup>25</sup>.

En el mencionado fallo se indica que la demanda de nulidad por inconstitucionalidad al ser una acción pública no requiere de ninguna formalidad, sin embargo, el escrito introductorio debe contener una carga argumentativa mínima que permita evidenciar cual es el problema jurídico que se va a dirimir, y cumplir con determinadas condiciones tales como: **(I)** claridad, **(II)** certeza, **(III)** especificidad, **(IV)** pertinencia y **(V)** suficiencia<sup>26</sup>.

Entendiendo por claridad cuando “la demanda contiene una coherencia argumentativa”; la certeza “se refiere a los cargos que se dirijan contra una proposición normativa contenida en la disposición acusada...”; la especificidad se cumple cuando “ la demanda contiene al menos un cargo concreto de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política”; la pertinencia tiene lugar cuando “las razones del concepto de violación están soportadas en argumentos de índole constitucional”.

Por su parte la suficiencia, “requiere que las razones de inconstitucionalidad guarden relación con: **i)** la exposición de los elementos de juicio, argumentativos y probatorios necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad; **ii)** la presentación de argumentos... que despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada”.

En providencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el día treinta (30) de septiembre de 2.020, se cita jurisprudencia de la misma corporación en la que

25 Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo. Rad. No. 2016 - 00484 (C.P. Rocio Araujo Oñate; 05 de diciembre de 2017).

26 Consejo de Estado, Sección Primera, Rad, No. 2002 - 00417 (C.P. María Claudia Rojas Lasso; 22 de septiembre de 2016).

se indica que los presupuestos para que opere el medio de control por inconstitucional son los siguientes:

- i) Que la disposición acusada sea de carácter general, expedida por el Gobierno Nacional o por cualquier entidad diferente, en ejercicio de una atribución derivada de la Constitución misma; ii) Que se trate de un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución sin la existencia de ley previa; iii) Que el juicio de validez, o el reproche endilgado al acto enjuiciado, se realice de manera directa frente a la Constitución, no a la ley; iv) Que la revisión de la disposición demandada no sea de competencia de la Corte Constitucional en los términos del artículo 241 de la Constitución Política.

Es de señalar que el Consejo de Estado no está limitado para proferir su decisión de fondo a los cargos formulados en la demanda y podrá declarar la nulidad por inconstitucionalidad por violación de cualquier norma de rango constitucional e igualmente puede pronunciarse sobre las normas que a su juicio conforman unidad normativa con las normas demandadas que declaren nula por inconstitucionales.

## 2.5. ¿Los argumentos son medio de prueba?

En los procesos de constitucionalidad objetiva como son los tramitados cuando se ejerce la acción pública de inconstitucionalidad y el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, es requisito indicar las razones por las cuales los actos demandados vulneran la constitución. Este aspecto es considerado como la prueba para obtener favorablemente la decisión de fondo.

Es necesario precisar si los argumentos son medio de prueba en consideración que éstos son entendidos como los intentos de apoyar ciertas opiniones con razones<sup>27</sup>. Los medios de prueba son entendidos como los instrumentos indispensables para lograr la finalidad del proceso, siempre y cuando sean allegados regular y oportunamente al proceso y se encuentran regulados en la legislación colombiana los siguientes: La declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros del dictamen pericial la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes o cualesquiera otro medio que resulte para la formación del convencimiento del juez<sup>28</sup>.

Ahora bien, corresponde examinar si los argumentos se encuentran ubicados dentro de los mencionados medios probatorios y en particular dentro de la expresión o cualquier otro medio que resulte para la formación del convencimiento del Juez. Los argumentos o exposiciones del texto de la demanda de inconstitucionalidad no es un verdadero medio de prueba sino un análisis del accionante que intenta convencer a la

27 Weston, Anthony. Las claves de la argumentación. Pág. 13. Ed. Ariel, Barcelona. 1999.

28 Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Art. 163. D.O. No. 48.489. 12 de julio de 2012.

Corte Constitucional o Consejo de Estado que una norma infra constitucional vulnera otra de rango constitucional.

## **2.6. El rol del juez en la recaudación de pruebas dentro del proceso constitucional**

Para la correcta resolución de los conflictos constitucionales, es necesario analizar el alcance de las facultades otorgadas al Juez constitucional por la legislación; es así como se analizará brevemente el rol judicial sobre la facultad para ordenar de oficio la práctica de pruebas para que la jurisdicción decida si una norma de carácter legal o acto administrativo de carácter general está conforme o no con la constitución.

En todos los procesos de competencia de la Corte Constitucional el Magistrado Sustanciador podrá insistir en la práctica de las pruebas decretadas y no recaudadas y en caso de dilaciones injustificadas en el aporte de las pruebas pedidas, éste podrá poner en conocimiento a la Sala Plena o a la Sala de Revisión en su caso esta circunstancia para que se adopten las medidas pertinentes.

En los procesos de nulidad por inconstitucionalidad la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en función de control de inconstitucionalidad, también tiene que de decretar pruebas de oficio cuando se trata de vicios de forma en la producción del acto administrativo.

En materia probatoria el Juez constitucional simbólicamente representa el poder del estado, es decir, es la persona autorizada por la institucionalidad para procurar la solución de las controversias constitucionales, a través de la materialización de las garantías procesales entre ellas solventar las deficiencias probatorias presentadas; para el cumplimiento de su función el órgano con función jurisdiccional constitucional tiene el deber de emplear todos los poderes, entre ellos, decretar las pruebas de oficio para verificar los eventos alegados de inconstitucionalidad por el accionante en los vicios de forma, ya que en los vicios de fondo o sustanciales no existe verdadera prueba, sino argumentos para controvertir la constitucionalidad de una norma de jerarquía infraconstitucional.

La prueba de oficio es considerada por la Corte Constitucional como un mecanismo útil y práctico en aquellos casos en que los medios de prueba que obran al expediente son insuficientes para adoptar la decisión, considerando así que el decreto de pruebas de oficio no es una mera liberalidad del juez, sino que es un verdadero deber legal, posición que es extensiva para los procesos de constitucionalidad objetiva cuando se requiere la práctica de pruebas para adoptar la decisión de fondo.

## **2.7. Ideología y proceso de constitucionalidad objetiva**

Para reflexionar sobre la relación existente en las prácticas judiciales entre ideología y proceso, es importante precisar el concepto de ideología y su aplicación en el derecho procesal:

La ideología es una de las formas que pueden revestir los diversos modelos integradores de las creencias morales y cognitivas sobre el hombre, la sociedad y el universo (este último en relación con el hombre y el universo) que florece en las sociedades humanas<sup>29</sup>.

La ideología, son siempre políticas porque tienen que ver con la autoridad trascendente o terrena que tiende a santificar su existencia sobre principios válidos por sí mismo, extendiendo su dominio sobre todas sus partes. En ese contexto la ley fundante de una organización socio política o ley fundamental determina una forma de sociedad y de hombre orientados por valores en su diseño constitucional.

Los valores así referenciados son normas constitucionales superiores que regulan los fines generales del estado y tienen entre sus funciones determinar el significado de las normas<sup>30</sup> y ser fuente de producción normativa.

Las constituciones en ese sentido tienen un grado de santidad para que sus valores y principios sean considerados como sagrados y no sean vulnerados y consagra garantías procesales para su protección y defensa. En esa dirección las normas constitucionales corresponden a la ideología dominante y su sometimiento asegura la reproducción del sistema político diseñado por ellas.

Las garantías procesales para la defensa de los valores y principios consagrados en un texto constitucional son consagradas fundamentalmente en los códigos procesales; por eso la necesidad de la codificación procesal constitucional para sistematizar los medios de defensa directos de las normas constitucionales como valor superior en una sociedad.

Las normas constitucionales que establecen las competencias de los órganos de poder son un mecanismo ideológico de dominación cuyo medio de persuasión es promover su cumplimiento, bien sea para el acceso al poder o para su ejercicio conforme a las funciones asignadas o de lo contrario se ven compelidos por el uso de la fuerza de la jurisdicción constitucional para hacer respetar la supremacía constitucional mediante la acción pública de inconstitucionalidad o por la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

La relación entre ideología y proceso constitucional objetivo, la encontramos en comprender la función de la jurisdicción y el proceso constitucional. La jurisdicción en general es una forma de dominación legal para resolver los conflictos utilizando la fuerza del estado y el proceso es el medio pacífico para la solución pacífica de las controversias. El proceso constitucional de naturaleza objetiva es concebido no como un medio para la tutela efectiva de derechos e intereses subjetivos de la persona, sino como un instrumento para garantizar la supremacía constitucional que consagra

29 Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Volumen V. Pág. 598. Ed. Aguilar Madrid. 1975.

30 Sanjuán, Freixes & Remoti Carbonell, José Carlos. Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional. Revista Española Derecho Constitucional Año 12. Número 35. Pág. 101. Agosto 1992.

un diseño de estado, que corresponde necesariamente a una decisión política que contiene una determinada ideología.

La jurisdicción constitucional es la encargada de resolver conflictos de naturaleza constitucional y el medio son los procesos constitucionales que se encuentran reglados. El proceso constitucional objetivo como mecanismo o medio para resolver un conflicto normativo ante la jurisdicción constitucional que decide su constitucionalidad en defensa del modelo político contenido en la constitución es en consecuencia, ésta una decisión de carácter político que defiende una posición ideológica contenida en el contexto constitucional y que tiene expresamente asignada esa competencia como guardián supremo.

En el derecho procesal existen modelos o concepciones políticas de juez y de proceso, que se encuentran reflejadas en los códigos procesales, conforme a las facultades otorgadas al juez y a la finalidad del proceso. En un extremo predomina el individuo sobre el colectivo y la libertad sobre otros principios o valores y en el otro, que prevalece el colectivo sobre el individuo, privilegiando lo colectivo sobre lo individual<sup>31</sup>, sacrificando el derecho a la libertad, en procura de los principios y valores como la seguridad e igualdad.

El Juez como tercero neutral, permitiendo el debate procesal a las partes y el otro, el juez como tercero que busca la verdad y en consecuencia facultado para decretar pruebas para lograr los fines del estado diseñado en la constitución.

El proceso de constitucionalidad objetivo por vicios de forma bien sea en la acción pública de inconstitucionalidad, como en la nulidad por inconstitucionalidad, el Juez en función jurisdiccional constitucional, tiene que ser activo en materia probatoria, por eso está facultado para decretar pruebas de oficio con el objetivo de verificar el incumplimiento de las reglas para la producción normativa, bien sea una norma de carácter legal o administrativa.

Por otra parte en el examen de constitucionalidad por vicios sustanciales o de fondo, los argumentos requeridos por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, cuando decide una acción pública de inconstitucionalidad o una nulidad de un acto administrativo de carácter general por inconstitucionalidad no son propiamente de carácter jurídico sino político por los siguientes razones: (i) los argumentos o motivos indicados con los requisitos de claridad, certeza; pertinencia, especificidad y suficiencia, no son medios de prueba que estén regulados por la ley, sino son razonamiento o alegaciones del peticionario sobre que una norma infra constitucional vulnera otra de jerarquía superior de rango constitucional; (ii) la constitución o conjunto de normas de rango constitucional, consagra un modelo o sistema político que tiene que ser defendido hasta tanto no haya una modificación constitucional; (iii) la jurisdicción constitucional es el órgano que constitucionalmente ha sido encargado

---

31 Montero Aroca, Juan. Proceso Civil e Ideología. Pág. 289. Ed. Nueva Jurídica.

de competencias para la defensa del sistema político que está enmarcado del contexto constitucional: (iv) la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo de control político (artículo 40-6 C.P.), que permite a todo ciudadano defender el sistema o proyecto político contenido en la constitución; (v) la nulidad por inconstitucionalidad es un medio de control ciudadano para garantizar que el poder ejecutivo ejerza sus funciones dentro del modelo o diseño político consagrado en el texto constitucional; (vi) la jurisdicción constitucional en los procesos de constitucionalidad objetivos no ejerce un control judicial sino político en defensa del sistema modelo político que consagra la constitución y que en el caso colombiano es el estado social de derecho; (vii) los procesos de constitucionalidad objetivos utilizan argumentos o razones jurídicas para la defensa del sistema político consagrado en la constitución; (viii) la integración de los órganos jurisdiccionales es fundamental para que sus miembros con sus decisiones judiciales en los procesos constitucionales objetivos defiendan el modelo o sistema político diseñado en el texto constitucional; (ix) es compatible que las decisiones jurisdiccionales en los procesos de control abstracto de constitucionalidad tengan contenido político porque su función es precisamente defender el orden constitucional que consagra un particular modelo o proyecto político; (x) la esencia de los procesos constitucionales objetivos es ideológica porque su finalidad es la defensa del sistema político contenido en la constitución.

### 3. CONCLUSIONES

El presente análisis se realizó con fundamento en la regulación normativa de los procesos constitucionales objetivos, para demostrar que mediante la forma en que se desarrolla el tema probatorio que se surte en ellos, en los conflictos normativos por vicios sustanciales por vulneración de normas de rango constitucional, no existen verdaderos medios de prueba para adoptar una decisión por los órganos competentes en función jurisdiccional, sino que realmente los argumentos o motivos de inconstitucionalidad, son decisiones políticas que están orientadas en una ideología que subyace en el modelo o sistema político diseñado en el texto constitucional.

Por eso podemos afirmar que un razonamiento o argumentación formulada ante un órgano de control para un periodo determinado, resulte rechazado y en otra época, frente a una diferente conformación del órgano en función jurisdiccional constitucional, adopte la decisión conforme a los argumentos impetrados en la demanda. Es decir que los integrantes de los órganos con competencia para resolver conflictos internacionales tienen que estar impregnados de la ideología de la constitución para que sus fallos sean coherentes con el diseño político consagrado en ella.

La prueba de oficio es una elección política de fundamental importancia para la defensa de la supremacía constitucional y la integridad del ordenamiento jurídico y en los procesos constitucionales de naturaleza objetiva, no hay duda que los principios probatorios “onus probandi incumbit actori y reus in excipiendo fit actor” no tienen aplicación y en consecuencia, existe el deber de la jurisdicción decretar pruebas de

oficio para salvaguardar la supremacía constitucional que es su función y de esta manera asumir la defensa del sistema política consagrado en el texto constitucional.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

Constitución Política de Colombia. (1991).

Corte Constitucional. Acuerdo 02 de 2015. Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. 22 de julio de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T 074/18. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 02 de marzo 2018).

Corte Constitucional. Sentencia C-025/20 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas; 29 de enero de 2020).

Consejo de Estado, Sección Primera, Rad, No. 2002 - 00417 (C.P: María Claudia Rojas Lasso; 22 de septiembre de 2016).

Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo. Rad. No. 2016 - 00484 (C.P. Rocio Araujo Oñate; 05 de diciembre de 2017).

Decreto Ley 2067 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. D.O. No. 40.012. 04 de septiembre de 1991.

Decreto 1189 de 2016. Por el cual se adiciona un título al Decreto 1081 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”, en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República”. 19 de julio de 2016.

Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Volumen V. Pág. 598. Ed. Aguilar Madrid. 1975.

García Ramírez, Sergio; El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sergio García Ramírez. Ed. Porrúa, 2007.

Giacomette Ferrer, Ana. La Prueba en los Procesos Constitucionales. Ed. Señal Editora. Primera reimpresión, 2009.

Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Art. 43. D.O. No. 42.745. Marzo 15 de 1996.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. D.O. No. 47.956; 18 de enero de 2011.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. D.O. No. 48.489. 12 de julio de 2012.

Moreno Alfonso, René. Aproximación a la Codificación Procesal Constitucional. Ed. Nueva Jurídica, 2017.

**V Congreso Internacional** de Derecho Procesal Constitucional

Montero Aroca, Juan. Proceso Civil e Ideología. Pág. 289. Ed. Nueva Jurídica.

Rey Cantor, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional. Pág. 99. Ed Doctrina y Ley, 2010.

Sanjuán, Freixes & Remoti Carbonell, José Carlos. Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional. Revista Española Derecho Constitucional Año 12. Número 35. Pág. 101. Agosto 1992.

Weston, Anthony. Las claves de la argumentación. Pág. 13. Ed. Ariel, Barcelona. 1999.



## **Estado y Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**



### **Héctor Enrique Arce Zaconeta - Bolivia**

Embajador de la Misión Permanente de Bolivia ante la Organización de los Estados Americanos

- Licenciado en Derecho y Diplomado en Planeación y Organización Docente Superior por la Universidad Mayor de San Andrés. Magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato a Doctor en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia, España.
- Catedrático de las materias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Mayor de San Andrés. Docente en programas de postgrado en la Universidad Mayor de San Andrés y en la Maestría de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Se desempeñó como Ministro de Justicia y Transparencia Institucional, Procurador General del Estado Plurinacional de Bolivia, Presidente de la Cámara de Diputados, Ministro de Defensa Legal del Estado, Viceministro de Coordinación Gubernamental de la Presidencia de la República y Juez del Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos.
- Autor de distintos libros en materia constitucional. A partir de junio de 2021, es Embajador Representante Permanente del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Organización de los Estados Americanos.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Héctor Enrique Arce Zaconeta, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

# **Estado y Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

---

*Héctor Enrique Arce Zaconeta*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Muy buenas tardes. Es un verdadero honor, un verdadero placer estar esta noche con ustedes. Mi agradecimiento personal a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, a los distinguidos magistrados, a la cabeza de su presidente, el Dr. Paul Franco. El día de hoy voy a conversar y comentarles algunas propuestas que hemos venido construyendo desde una experiencia vivida en defensa de los Derechos Humanos. Particularmente, en esta última etapa de nuestra vida profesional como embajador representante permanente de Bolivia ante la Organización de los Estados Americanos, una organización que tiene bastantes sombras y bastantes luces. Diríamos, bastantes y pocas luces. Y si alguna luz brilla y debe brillar aún más, es el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

Nosotros hemos aprendido a ver las posibilidades y los mecanismos necesarios para fortalecer estas instituciones, que en su momento han sido fundamentales ante el fracaso de los estados, ante la falencia de los estados de defender y proteger los derechos humanos. El sistema interamericano de Derechos Humanos, que como todos sabemos, parte el año 1969 con la aprobación, la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, y se materializa casi 10 años después, el año 1978, con la declaración o con la ratificación del undécimo país de la Convención. Y empieza el trabajo de la Corte también 10 años después, el año 1979, como respuesta a las falencias y a los fracasos que han tenido los países para proteger y defender objetivamente los derechos humanos.

Esto ha hecho que la Comisión tenga una evolución de menos a más. Cada vez es más la expectativa, es más lo que se cierne sobre, es más lo que se espera, es más lo que genera esperanza dentro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esto ha generado que, en los últimos años, haya habido una extraordinaria sobrecarga procesal que está poniendo en riesgo el funcionamiento y el desarrollo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la efectividad material, su posibilidad de dar la respuesta precisa, ejecutiva y necesaria que se precisa para una solución a los diferentes problemas de Derechos Humanos que existen, como carencia de los estados.

Simplemente, les voy a dar algunos datos. En el año 1998, la Comisión tenía o recibió 504 casos bajo el sistema de peticiones y casos, que es el sistema más importante,

el sistema donde de mejor manera se protegen los derechos de las personas de los diferentes países que conforman la Comisión. Y el año 2022, esta cifra ha subido a 2440 casos, es decir, ha habido un crecimiento exponencial del 400% en 15 años, aproximadamente. Esta situación ha generado una serie de situaciones que generan una mayor cantidad de rechazo de diferentes peticiones, que están generando un marco de ineffectividad de la Comisión. Y les voy a dar algunos datos de las 2440 peticiones que han sido ingresadas el año 2022.

1864 están consideradas para rechazo. Imagínense ese índice de rechazo que se tiene. Hubo una audiencia la semana pasada en la Comisión, justamente, donde algunas organizaciones le cuestionaron a nuestro Tribunal Constitucional el por qué se habían rechazado algunas acciones de inconstitucionalidad en la vía abstracta. Quizá no se ha tomado en cuenta este dato que es fundamental. De 2440, 1864 consideradas para rechazo, 200 pendientes de estudio, 340 con decisión de abrir causa y solamente 88 con informe de admisibilidad. Es decir, si consideramos que estamos ya concluyendo la gestión 2023, hay una demora sustancial y considerable, incluso para estas 88 causas, que de 2440 resulta un índice absolutamente inferior.

Esta situación está generando una cierta ineficacia y un cierto descrédito de parte de la Comisión, y las razones las vamos a ver más adelante.

Continuando con el análisis de la situación actual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es crucial entender las cifras y los desafíos que enfrenta. La extraordinaria sobrecarga procesal, mencionada anteriormente, está poniendo en riesgo su funcionamiento y desarrollo. La eficacia y la capacidad de respuesta de la Comisión se ven amenazadas por la creciente cantidad de casos y la falta de recursos para abordarlos adecuadamente.

En el año 1998, la Comisión recibió 504 casos bajo el sistema de peticiones y casos, mientras que en el año 2022, esta cifra ha aumentado significativamente a 2440 casos, representando un crecimiento exponencial del 400% en aproximadamente 15 años. Esta abrumadora carga de trabajo ha llevado a que 1864 casos sean considerados para rechazo. Es fundamental reflexionar sobre este alto índice de rechazo, ya que impacta directamente en la efectividad de la Comisión y genera preguntas sobre su capacidad para abordar de manera adecuada las preocupaciones planteadas.

En una audiencia reciente en la Comisión, algunas organizaciones cuestionaron al Tribunal Constitucional sobre el motivo de rechazo de ciertas acciones de inconstitucionalidad en la vía abstracta. Es esencial considerar este dato fundamental. De los 2440 casos, 1864 están considerados para rechazo, 200 están pendientes de estudio, 340 tienen decisión de abrir causa y solo 88 cuentan con un informe de admisibilidad. Estos números revelan una demora sustancial incluso para las 88 causas que han avanzado en el proceso, lo cual es preocupante.

Esta situación está contribuyendo a una percepción de ineficacia y descrédito hacia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En las próximas secciones, exploraremos más a fondo las razones detrás de esta ineficacia y propondremos algunas soluciones que podrían fortalecer y revitalizar el papel crucial que desempeña la Comisión en la protección de los derechos humanos en la región.

En esta presentación, quiero abordar dos propuestas fundamentales que considero esenciales para fortalecer el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, específicamente centradas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Estas propuestas surgen de la necesidad de mejorar la eficacia y la continuidad de la CIDH, así como de promover una participación más amplia de los Estados miembros.

La primera propuesta se enfoca en la creación de una Comisión Permanente de Derechos Humanos. Actualmente, la CIDH opera de manera intermitente, reuniéndose tres o cuatro veces al año durante periodos cortos. Esto ha llevado a una acumulación de casos y a una falta de tiempo para abordarlos de manera efectiva. La propuesta es avanzar hacia un modelo similar al de las Cortes internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, que cuentan con jueces permanentes. Una Comisión Permanente permitiría un abordaje continuo de los casos y una mayor eficiencia en la protección de los Derechos Humanos en la región.

La segunda propuesta busca facilitar la suscripción y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de todos los Estados miembros. Actualmente, la sede de la CIDH está en Washington, D.C., y gran parte de su presupuesto depende de Estados Unidos. Sin embargo, Estados Unidos no puede ser constreñido bajo medidas cautelares ni sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Esta falta de participación plena de Estados Unidos representa una falencia que debe ser abordada. Es esencial un sinceramiento de los estados miembros para determinar si realmente quieren comprometerse con una política de defensa de los derechos humanos. De los 35 países miembros, solo 25 han suscrito y ratificado la Convención. Este desequilibrio debe ser corregido para fortalecer el sistema en su conjunto.

La tercera propuesta se centra en asignar un mayor presupuesto a la CIDH. Si consideramos que la CIDH es fundamental no solo para la protección de casos individuales sino también para el desarrollo de jurisprudencia y estándares que beneficiarán a todos los Estados, es necesario dotarla de recursos suficientes. Esto contrasta con otras instituciones de la OEA que, a pesar de tener presupuestos significativos, no siempre cumplen adecuadamente con sus funciones. La CIDH, con una secretaría ejecutiva relativamente pequeña, realiza un trabajo crucial y requiere un respaldo financiero acorde con su importancia.

Estas propuestas se presentan con la intención de abrir un diálogo constructivo sobre cómo mejorar la CIDH y fortalecer su capacidad para proteger y promover los Derechos Humanos en nuestra región. Espero que estas reflexiones sean consideradas y discutidas en profundidad por las autoridades académicas, los distinguidos profesores y las reconocidas personalidades internacionales presentes. Juntos, podemos avanzar hacia un sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos más eficiente y equitativo.

Continuando con nuestras propuestas, la cuarta sugerencia que planteo es establecer una presencia regional en algunos países de las Américas. Actualmente, el proceso para solicitar medidas cautelares es extremadamente lento y, en situaciones de riesgo inminente o irreversible, la rapidez es crucial para la protección de los derechos humanos. Propongo la creación de oficinas regionales que permitan un contacto más directo y eficiente con el sistema interamericano de derechos humanos. En casos conflictivos o en periodos complicados, los países podrían aceptar la presencia de estas oficinas regionales, facilitando un intercambio más fluido y una respuesta inmediata.

La quinta propuesta, posiblemente la más crucial, es la necesidad de lograr una verdadera independencia de la Comisión Interamericana. Actualmente, la CIDH depende en gran medida de poderes económicos, en ocasiones de países altamente desarrollados, como Canadá y Estados Unidos. También está subordinada a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, lo que puede afectar su autonomía funcional y presupuestaria. Es esencial otorgar una autonomía completa en cuanto a presupuesto, designaciones y funcionamiento para garantizar la independencia total de la CIDH.

Finalmente, la sexta propuesta busca institucionalizar los grupos de expertos independientes. Estos grupos, como el Grupo Internacional de Expertos Independientes (GII) que ha trabajado en Bolivia, representan un recurso valioso. Estos expertos, con fondos provenientes de la cooperación internacional, realizan investigaciones especializadas después de crisis o situaciones complejas, emitiendo informes forenses que tienen un peso significativo en el ámbito de los derechos humanos. La institucionalización de estos grupos garantizaría su continuidad y eficacia.

Todas estas propuestas están destinadas a fortalecer y mejorar la CIDH. Planeamos presentar formalmente estas sugerencias en la próxima reunión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diciembre, en colaboración con otros países que comparten nuestra visión. Estamos comprometidos a contribuir a la construcción de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos más robusto, independiente y eficiente. Agradecemos su atención y esperamos con interés sus opiniones y contribuciones a estas propuestas.

Quería aprovechar los minutos restantes para hablarles sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Corte es un órgano contencioso que genera jurisprudencia obligatoria para los Estados y actúa como catalizador para diversos temas, estableciendo líneas jurisprudenciales vinculantes para todos los países.

Me gustaría abordar el tema del control de convencionalidad. Se ha entendido como un control difuso, como si volviéramos al espíritu del antiguo artículo 228 de la Constitución abrogada en 1967. Este artículo establecía que la Constitución era la norma fundamental del ordenamiento y que los jueces y autoridades la aplicarían con preferencia a las leyes y a estas con preferencia sobre cualquier otra resolución. Tras la creación del Tribunal Constitucional Plurinacional en la reforma de 1995, no se derogó el artículo 228. Un profesor argentino, el querido profesor Néstor Pedro Sagüés, nos dijo que Bolivia no tenía un sistema ni difuso, ni concentrado, ni mixto. Esto limitó al Tribunal Constitucional y le impidió concentrar el poder, lo que se superó en otros países. No puede ser que la visión de la Corte Interamericana pretenda poner esto en tela de juicio.

Hablando sobre el control difuso, mencionábamos que Estados Unidos es el país por excelencia con este tipo de sistema. Sin embargo, no conozco fallos de control constitucional de los jueces de Estados Unidos. En cambio, conozco fallos de las Cortes supremas estatales y del Tribunal Supremo de la Corte Suprema Federal. El sistema de control de constitucionalidad, al ser concentrado, debe arrastrar también o generar las condiciones para que el control de convencionalidad también pase por el tribunal constitucional. Este tribunal, en un sistema de control concentrado, unifica los criterios que, si tengo un poco más de tiempo, explicaré cómo se deben hacer en un sistema interpretativo, sin sobreponer unas normas sobre otras.

Presento cinco propuestas para mejorar la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cantidad ínfima de casos enviados a la Corte en comparación con las posibles violaciones a los derechos humanos en los países miembros es preocupante. Propongo la necesidad de ampliar la visión, considerando incluso la creación de una Corte Permanente de Derechos Humanos con una institucionalidad renovada y mayor presupuesto.

Actualmente, menos estados se someten a la función de la Corte en comparación con la Comisión. Se deben generar políticas para fomentar una cultura universal de sometimiento a la Corte.

Las opiniones consultivas deben basarse y limitarse específicamente a la evolución de los sistemas de protección de derechos humanos. Se requiere evitar fallos divididos por tendencias políticas y asegurar que la Corte no emita opiniones consultivas con motivaciones políticas.

La Corte necesita un mayor desarrollo jurisprudencial, logrando esto mediante una mayor remisión de casos. No puede trabajar eficazmente con un número limitado de casos cuando las solicitudes presentadas superan significativamente esa cantidad.

### 3. CONCLUSIONES

Quería concluir con una reflexión que mi buen amigo y profesor, el Dr. Jorge Asbun, compartió esta mañana sobre la relación entre la Constitución Política del Estado en Bolivia y los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos. Existen tres visiones diferentes, y permítanme ofrecer una opinión basada en la experiencia vivida en nuestro país y en el ámbito internacional.

El artículo 256 de la Constitución establece que las normas de los tratados internacionales que establezcan derechos de mejor manera que la Constitución se aplicarán de manera preferente sobre esta. Aquí destaco los términos “de manera preferente” y “sobre la Constitución”. El artículo 13 señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional prevalecen en el orden interno, interpretándose los derechos establecidos en la Constitución conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia. El artículo 410 introduce los tratados internacionales de Derechos Humanos dentro del bloque de constitucionalidad.

La pregunta es si estos tratados están en una condición de igualdad, aplicándose de manera preferente cuando establecen estándares más altos que los de la Constitución. La Constitución se interpretará conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia. Nuestra Constitución es única, con un extenso catálogo de derechos, y la lógica es la interpretación conforme a los tratados internacionales.

La labor de interpretación es fundamental, integrando otros elementos, como la relación entre derechos humanos y democracia, así como la relación con la institucionalidad republicana. Los Derechos Humanos son fundamentales y decisivos, pero su relación directa con el funcionamiento del Estado requiere sabios equilibrios.

Agradezco esta invitación y espero que esta propuesta reciba el respaldo de ustedes. Pongamos nuevamente a Bolivia como un país que propone y construye, generando lo que nos interesa a quienes estudiamos la noble profesión de proteger y defender los Derechos Humanos. Agradezco a los magistrados por esta oportunidad. Muchísimas gracias.



## **La Contaminación del Lago Uru Uru en Bolivia y la Respuesta del Tribunal Constitucional Plurinacional a la Problemática**



### **Brigida Celia Vargas Barañado - Bolivia**

Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Abogada por la Universidad Mayor de San Andrés. Magíster en Derecho Procesal Penal y Especialista en Ciencias Forenses y Criminología. Cuenta con Diplomado en Nuevo Código Procesal Civil y en Intervención a Víctimas de Maltrato, Violencia Intrafamiliar y Abuso sexual Infantil, Diplomado en Altos Estudios Nacionales.
- Fue Abogada de Oficio, Consultora Legal del Servicio Estatal Atención y Protección a Víctimas del Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales del Ministerio de Justicia, Asesora Legal del Centro de Información y Desarrollo de la Mujer y Consultora en el Programa Regional ComVoMujer “Carta de Mujeres, Mujeres Libres de Violencia” de la Corporación Alemana al desarrollo Agencia GIZ,
- Asimismo, ha escrito varios artículos; entre sus obras más destacadas, se encuentran los libros “Derecho Disciplinario - Características, Naturaleza Jurídica y Fundamento Constitucional” y “El Constitucionalismo Latinoamericano, El Pluralismo Jurídico y La Perspectiva de Género como Instrumentos para la Protección en las Comunidades Indígenas de los Derechos de las Mujeres, Niñas, Niños y Sectores Vulnerables en las Comunidades Indígenas” y “El Procedimiento Abreviado y las Garantías Constitucionales”.
- Actualmente, es Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia electa por el Departamento de La Paz.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora Brigida Celia Vargas Barañado, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# **La Contaminación del Lago Uru Uru en Bolivia y la Respuesta del Tribunal Constitucional Plurinacional a la Problemática**

---

*Brigida Celia Vargas Barañado*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La acción popular en Bolivia constituida como un mecanismo legal que permite a las y los ciudadanas y ciudadanos participar activamente en la tutela de derechos e intereses colectivos, fue introducida en la reforma constitucional de 2009 y se encuentra consagrada en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia como una vía dentro de las garantías constitucionales; para que cualquier persona, sin necesidad de ser directamente afectada, pueda denunciar situaciones que atenten contra el medio ambiente, el cual merced a las disposiciones dogmáticas insertas en el texto constitucional, encuentran una protección inmediata. Este mecanismo permite que la sociedad en su conjunto se involucre en la protección de nuestro entorno, generando así un mayor compromiso y conciencia ambiental.

La ponencia pretende mostrar la materialización efectiva dentro de la justicia constitucional de la protección del medio ambiente, a través de la emisión de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1582/2022-S2 de 14 de diciembre, la cual tuve a mi cargo en mi condición de magistrada relatora.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **La problemática**

Emerge de la denuncia realizada por los accionantes, quienes afirmaban que el lago Uru Uru se encuentra contaminado; debido a que, los canales de aguas servidas que provienen de la ciudad de Oruro desembocan en el mismo, siendo estos residuos líquidos en su mayoría aguas que no son tratadas por la Planta Procesadora de la empresa de Servicio Local de Acueductos y Alcantarillado (SELA-ORURO), y que a su vez proceden por otra parte de las actividades mineras de la zona, las cuales por el uso de reactivos generan una contaminación que afecta la vida de los pobladores y sus familias, así como de sus animales, esto en el entendido de que dichas familias tiene como principal actividad el desarrollo de actividades pesqueras y ganaderas que eran el sustento de su núcleo familiar.

Dicha contaminación provocó la migración de los miembros de las comunidades y la disminución de sus ingresos, situación que afectó las condiciones de vida digna, aspecto que influye directamente en la salud de dicha población como también de su ganado, quienes frecuentemente presentan problemas gastroenterológicos,

respiratorios agudos y dérmicos; aquello debido a que la tierra se encuentra afectada por la sedimentación y el desborde de los ríos ocasionando su desertificación.

Asimismo, dentro de los aspectos importantes para lograr la tutela, se puede manifestar que en lo formal, la Sentencia preciso que la acción popular tiene su propio objeto y ámbito de protección, al garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente; que alcanza a derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Ley Fundamental.

En ese entorno resulta pertinente señalar que en dicho fallo se distinguió los derechos de carácter difusos los intereses cuya titularidad no descansa en un grupo o colectividad determinada, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad

Por otra parte, argumento e interpretó respecto a la flexibilización de la legitimación pasiva en acciones populares, dejando claramente establecido que la falta de legitimación pasiva no necesariamente provoca la denegatoria de una solicitud de tutela, sino que aquella debe atenderse por la urgencia y tipo de la misma y si no se provoca indefensión; que en este tipo de mecanismos de defensa -acciones populares- es posible realizar una flexibilización a la legitimación pasiva, así como también integrar a la litis a personas no demandadas a través de la solicitud de información sobre el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen sobre la prevención, preservación y reparación de la contaminación del lago Uru Uru.

En ese mismo orden la Sentencia establece que los presupuestos procesales son distintos a los de otros mecanismos de defensa, estableciendo al efecto, que debido a la expansión del interés en la causa (derechos difusos y de masas, intereses colectivos, acciones de grupo, etc.) se encuentra flexibilizado el cuadro de exigencias rituales; por lo que, en este sentido será más importante lo que se pide, que el cuestionar el interés que tiene con respecto a quien demanda la actuación jurisdiccional.

### **En el fondo se demostró que:**

- La contaminación en el lago en cuestión no solo constituye un riesgo para la salud humana respecto a las aguas ácidas y servidas provenientes de las minas que ingresan al mencionado lago sin ningún tratamiento, a lo que se suma la basura dispersada en el canal;
- La contaminación viene provocando muerte de ganado y pone en grave riesgo a la flora y fauna de la zona.
- Existen conflictos con referencia al recurso natural del agua entre habitantes del municipio de El Choro, cuyas autoridades tuvieron que recurrir a la compra del

líquido elemento vital frente a la “turbidez” elevada que puede llegar a impedir la vida acuática.

- La contaminación provocó el proceso de migración de campesinos de la comunidad Cruz Choro del municipio el Choro del departamento de Oruro, identificando como su causa la falta de agua. (desplazamiento).
- Las aguas servidas de la planta de tratamiento de la ciudad de Oruro desembocan en el lago, y en su mayoría estas no fueron tratadas.
- Las descargas de la Empresa Minera San José que contienen metales pesados: zinc, cadmio, plomo, hierro y arsénico, se encuentran presentes en el agua como en los sedimentos y en la totora de la zona.
- El mantenimiento y dragado de las lagunas no se efectúa por falta de recursos económicos, y tampoco se contaba con un sistema desarenador para las aguas residuales de las urbanizaciones nuevas las cuales ingresan directamente al sistema hídrico.
- En la audiencia pública de inspección ocular los comunarios señalaron que deben consumir las aguas contaminadas del lago Uru Uru que antes era su fuente de ingresos, pues anteriormente se pescaba pejerrey y se proveía a los mercados de Oruro, La Paz y Cochabamba; empero, ahora ya no existen peces;
- Los lugares de pastoreo se han vuelto inservibles y no tiene ningún tipo de producción.
- En la inspección se pudo comprobar que en los canales de aguas servidas que desembocan en el Lago Uru Uru, no existe el tratamiento realizado por la empresa de agua potable de la ciudad de Oruro, por lo que esta acción es insuficiente.
- Se demostró que el mismo Estado por DS 335, declaró situación de emergencia de carácter departamental, debido a la inminente afectación a la salud humana y a la seguridad alimentaria ocasionada por la prolongada presencia de contaminación y salinización de los suelos del área de influencia de la subcuenca Huanuni del Departamento de Oruro.
- Se concluyó que la contaminación se debe principalmente a dos factores: a la contaminación de subcuenca Huanuni por la actividad minera y a las aguas servidas que genera el municipio de Oruro, las cuales desembocan en dicho lago.
- Que las aguas servidas pese a que, cuentan con un proceso de tratamiento antes de su ingreso al mismo, por el informe “Lago Uru Uru: Evaluación De La Calidad Del Agua, Sedimentos Y Totorá” elaborado por Juan Carlos Montoya Choque y Milton Robert Pérez Lovera, se pudo comprobar que las aguas servidas de la planta de tratamiento de la ciudad de Oruro, muchas veces ingresan sin tratamiento alguno y que la situación ambiental del lago es alarmante; por lo que, requiere

de acciones conjuntas urgentes de las entidades públicas del nivel central, departamental y municipal, además de la comunidades.

- El Tribunal pudo comprobar también que la planta de tratamiento de aguas se encuentra en una situación crítica al no contar con recursos económicos para el mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos electromecánicos y el sistema de pretratamiento
- Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, no tiene un presupuesto anual específico destinado a planes, proyectos para la descontaminación y mitigación del citado lago.
- El Gobierno Autónomo Municipal de El Choro, no tienen políticas institucionales que acorto, mediano o largo plazo para la conservación del lago.
- El Estado debe garantizar la salud ambiental y regular de manera urgente e inmediata la contaminación de las empresas mineras, hecho que trasunta el orden interno; puesto que, es una responsabilidad internacional del Estado.
- La contaminación del lago Uru Uru no es de responsabilidad única y exclusiva del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, ya que se tiene a otras entidades involucradas en el saneamiento básico, tales como el Ministerio de Medio Ambiente y Agua, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico, los municipios colindantes que se encuentran dentro del lago y la comunidad en general.
- El Estado se encuentra obligado ante la comunidad internacional a preservar el lago UruUru, conforme su adhesión al Convenio sobre Humedales conocido como la “Convención de Ramsar”, mediante la cual, el aludido lago fue designado como un sitio Ramsar, generándose en consecuencia un deber para nuestro país a través de todos sus niveles de efectuar labores tendientes a su conservación y uso racional.
- Se vulneró el derecho al agua; toda vez que, las aguas del lago Uru Uru, antes del problema de la contaminación, se utilizaban para el riego y consumo tanto de personas y animales.
- Sobre los derechos a la vida y a la vida digna, este Tribunal entiende que, las aludidas prerrogativas son de orden subjetivo; no obstante, por las connotaciones que tiene la contaminación del lago Uru Uru descritas en el presente fallo constitucional su reparación será indirecta a través de los derechos al medio ambiente y al agua en su dimensión colectiva.
- La falta de acceso al agua afecta a las grupos, personas y colectividades históricamente discriminadas, como mujeres, niños, niñas y adolescentes, pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes, poblaciones rurales y urbanizadas

en asentamientos precarios, personas privadas de libertad o con discapacidad, adultos mayores, entre otros.

- Las personas que viven en esas condiciones sufren de manera desproporcionada las consecuencias de la obstaculización del acceso al agua y a un saneamiento adecuado; lo que, repercute de manera agravada en el goce de sus derechos económicos, sociales y culturales, limitando así las posibilidades de salir de la pobreza y romper el círculo de la exclusión y desigualdad.
- La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico, y el control que ejerce sobre SELA-ORURO, son insuficientes, más aún si la empresa fiscalizada solo tiene autorizado el servicio de provisión de agua potable; considerando que dicha entidad realizó observaciones a las condiciones técnicas operativas y de mantenimiento del sistema de alcantarillado sanitario y de la Planta de tratamiento.

La Sentencia impuso varias obligaciones al Estado, para que en todos sus niveles y de manera coordinada asuman políticas públicas para descontaminar el Lago Uru Uru, obligaciones que deben ser cumplidas de forma periódica e informadas a la comunidad supervisadas incluso por la Contraloría General del Estado, destacándose que al tratarse de derechos de orden difuso, las obligadas a exigir el cumplimiento del fallo constitucional son las personas afectadas, las que tienen el derecho de exigir su cumplimiento pero también la obligación de coadyuvar en la mitigación de la contaminación; así la Sentencia establece que de manera anual en el primer trimestre de cada año, se realicen una rendición de cuentas públicas, a las autoridades indígenas originarias campesinas del sector, a las comunidades que viven y son afectadas por la contaminación y a las personas que ejercen control social, destinada a informar de manera puntual sobre los planes estratégicos, sus avances, ejecución, fiscalización, los planes estratégicos de conservación y todas las acciones asumidas para el cumplimiento de lo establecido en el Decreto Supremo 335, y las acciones tomadas para la conservación del lago Uru Uru como humedal declarado “Ramsar”.

### **3. CONCLUSIONES**

Se pretende mostrar que la acción popular en el Estado Plurinacional de Bolivia, se constituye en un mecanismo idóneo para la protección del derecho al medio ambiente sano, que tutela derechos difusos y otorga a las personas la legitimación activa para lograr la reparación de daños ambientales, pero también obliga a las personas a comprometerse con el cuidado del medio ambiente, pues la tarea de conservación del medio ambiente no es solo labor de los Estados, sino también del conjunto de las personas y o habitante del lugar; por ello, el enfoque sobre los derechos difusos involucra también obligaciones de todas las personas a la conservación del medio ambiente; entendiendo que, la acción popular no es un mecanismo de tutela controvertido o contradictorio entre partes, sino una posibilidad de que las partes puedan lograr consensos para resguardar un medio ambiente sano y saludable;

circunstancia por la cual, los ciudadanos tienen la posibilidad a través de esta acción de generar un cambio real en la defensa de nuestros recursos naturales, participando activamente en la denuncia y prevención de actividades que atenten contra el equilibrio ecológico, siendo esa función responsabilidad de todos, colaborando al efecto en la protección de nuestro entorno, concluyendo que en este tipo de problemáticas de orden complejo, la acción popular se presenta como una vía efectiva para resguardar y restituir los derechos y garantías de orden difuso y colectivo.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

Acción Popular Boliviano. (s/f). Scribd. Recuperado el 30 de noviembre de 2023, de <https://es.scribd.com/document/476345844/Accion-popular-boliviano>

Boris, A., & Arias López, W. (s/f). LA ACCIÓN POPULAR CONSIDERADA DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO. Eumed.net. Recuperado el 30 de noviembre de 2023, de <https://www.eumed.net/cursecon/ecolat/bo/10/lcm.pdf>

Consulta de Resoluciones: (s/f). Tcpcbolyvia.bo. Recuperado el 30 de noviembre de 2023, de [https://buscador.tcpcbolyvia.bo/\\_buscador/\(S\(ii4elmjsjbpbszbbxmgir15v\)\)/WfrResoluciones.1.aspx](https://buscador.tcpcbolyvia.bo/_buscador/(S(ii4elmjsjbpbszbbxmgir15v))/WfrResoluciones.1.aspx)

Google Books. (s/f). Com.bo. Recuperado el 30 de noviembre de 2023, de [https://www.google.com.bo/books/edition/La\\_justicia\\_constitucional/6HYoAQAA-MAAJ?hl=es&gbpv=1&bsq=inauthor:%22Oswaldo+Alfredo+Goza%C3%ADni%22&dq=inauthor:%22Oswaldo+Alfredo+Goza%C3%ADni%22&printsec=frontcover](https://www.google.com.bo/books/edition/La_justicia_constitucional/6HYoAQAA-MAAJ?hl=es&gbpv=1&bsq=inauthor:%22Oswaldo+Alfredo+Goza%C3%ADni%22&dq=inauthor:%22Oswaldo+Alfredo+Goza%C3%ADni%22&printsec=frontcover)

La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional. (s/f). Pireoeditorial.com. Recuperado el 30 de noviembre de 2023, de <https://pireoeditorial.com/libro/accion-popular-justicia-constitucional/>



## **La Acción Popular y el Modelo Polifónico de Justicia Constitucional para la Tutela de Derechos de la Madre Tierra**



### **María Elena Attard Bellido - Bolivia**

Directora de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Bolivia - Sede La Plata

- Es Doctora en Derecho Constitucional y Administrativo, Máster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional y en Derecho Internacional.
- Académica e investigadora boliviana, forma parte de la Red de Mujeres Constitucionalistas de Latinoamérica, con línea de investigación y publicaciones en género, pueblos indígenas, argumentación jurídica y derecho jurisprudencial.
- Es docente de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Bolivia y Ecuador, en la Universidad Mayor de San Andrés, en la Universidad Mayor de San Simón, en la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, en la Universidad Juan Misael Saracho, en la Escuela de Jueces del Estado, en la Escuela de Fiscales del Estado, entre otras universidades en el país y en Latinoamérica.
- Actualmente, es Directora de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Bolivia - Sede La Plata.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora María Elena Attard Bellido, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

# **La Acción Popular y el Modelo Polifónico de Justicia Constitucional para la Tutela de Derechos de la Madre Tierra**

---

*María Elena Attard Bellido*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Cuenta la leyenda que desde la imponente mirada de Inti -el dios Sol-, al abrigo de las montañas andinas y a los pies del sagrado lago Titicaca, una mítica mujer, Mama Ocllo, junto a su compañero histórico Manco Cápac, pusieron los pilares de la cultura incaica en Los Andes. En estos tiempos de diálogo intercultural, su voz pervive para contar la historia de otras *juridicidades* desde el mundo andino<sup>1</sup>. Por su parte, la diosa Themis, desde sus raíces mitológicas griegas, con su característica venda que grafica la igualdad formal, plasma la narratividad de la teoría liberal del derecho. En este escenario, un café entre ambas, propone la apertura a un franco diálogo destinado a reflexionar sobre los avances y retrocesos de la acción popular a más de diez años de la vigencia de la Constitución boliviana e invita a pensar desde las *otras* juridicidades acordes con la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad y la descolonización, para así poder activar las alarmas académicas frente a graves regresividades jurisprudenciales realizadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional que implican verdaderas mutilaciones constitucionales.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. El humeante café negro, el primer sorbo y la narrativa sobre la construcción plural de derechos a la luz del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador**

Mama ocllo, desde los tejidos de una *epistemología plural* frente a la atenta y circunspecta mirada de la diosa Themis, con una voz dulce pero al mismo tiempo firme, sostiene que pensar sobre las diversas teorías constitucionales desde Latinoamérica, es el reto fundamental de una academia dialogante y plural, para este fin, señala que debe considerarse que la diferencia sustancial entre un constitucionalismo de corte monocultural y las narrativas dialogantes de los nuevos constitucionalismos

---

<sup>1</sup> Es importante señalar que si bien Mama Ocllo es un personaje de la mitología andina; empero, en coherencia con una perspectiva intercultural, su invocación en este artículo no pretende presentar una mirada únicamente basada en la cosmovisión andina, por lo que debe ser lectura no como exclusión de los pueblos de tierras bajas o medias, sino como una figura literaria que para efectos de un diálogo reflexivo intenta visibilizar la importancia de la diversidad cultural y un método dialógico de exposición de ideas. En esta perspectiva, a través de la metodología dialógica utilizada en este trabajo, cabe advertir a las y los lectores que estas reflexiones pretenden brindar *otra* visión del constitucionalismo, por tanto, desde postulados de teoría crítica del derecho y desde la mirada de los históricamente oprimidos: Los pueblos indígenas, se presentará una alternativa en construcción frente a un tradicional discurso constitucional de corte monocultural y homogeneizante.

latinoamericanos surge en *el discurso colonial*<sup>2</sup>, ese que trata a los colonizados desde la *subalternización del otro*, puesto que la colonia en tiempos pasados y en la modernidad, recreó un imaginario sobre el mundo social del “subalterno”, entendido éste como cualquier sujeto subordinado en razón de su condición de clase, casta, etnia, género, orientación sexual, u otra condición que marca la diferencia entre colonizadores y colonizados<sup>3</sup>.

Agrega la diosa Themis que desde la perspectiva anotada, no pueden realizarse *transplantes* del pensamiento constitucional predominantemente euro-céntrico y monocultural a Latinoamérica, porque como ya se apuntó, el colonialismo es el punto de análisis crítico para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en este contexto, el rasgo dialogante que caracteriza a estas teorías del pensamiento constitucional latinoamericano, deben ser mirados desde el *giro decolonial*.

La diosa Themis, en una loable labor de *entendimiento y traducción intercultural*, observa el humeante café y decide dejar su venda en la mesa, en clara muestra de apertura al diálogo desde la más evidente horizontalidad.

Luego del primer sorbo de su humeante y aromática bebida digna de diosas, Mama Ocllo centra su relato en la idea de la *colonialidad del poder* desarrollada por Quijano, quien observa las relaciones de dominación entre colonizadores y colonizados, lo que genera jerarquizaciones epistémicas y por ende estructuras de dominación en el ámbito social, cultural, económico, político y jurídico<sup>4</sup>. Desde este enfoque, recuerda Mama Ocllo que Médici invoca un núcleo ético constitucional que debe ser comprendido a partir de la *opción decolonial*, entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y postcoloniales<sup>5</sup>; en este contexto, Mama Ocllo precisa que Medici, al cual admira mucho, señala que el mostrar las relaciones coloniales de poder va más allá del dominio económico, político, jurídico y administrativo, ya que estas se afincan también en una dimensión epistémica y cultural a partir de la cual, se asigna superioridad cognoscitiva a enunciados vistos sólo desde un universo y no un pluriverso, lo que implica silenciar

---

2 ARAUJO JUNIOR, J.J. *Direitos Territoriais Indígenas. Uma interpretação intercultural*: Rio de Janeiro, 2018, Editora processo, ISBN: 979-85-93741, pp 60-61.

3 CASTRO-GÓMEZ, S. *La poscolonialidad explicada a los niños*. En: SAAVEDRA, J.L. (comp.). *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 31. Ver también ARAUJO JUNIOR, J. Op. cit.; y, MENESES, M.P. *Ampliando las epistemologías del sur a partir de los saberes: Diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique*. Revista Andaluza de Antropología, nº 10, mar. 2016, p. 17.

4 QUIJANO, Anibal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. [en línea], [Consulta: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: <https://marxismocritico.files.wordpress.com/2012/07/1161337413-anibal-quijano.pdf>, pp 201-246.

5 MÉDICI, A. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. Otros Logos. Revista de Estudios Críticos. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad [en línea] Año 1. Nor. 1 [Consulta: 16 de mayo de 2018]. Disponible en: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf>, pp 1-31.

y excluir otros saberes, otras culturas y otras formas diversas de ver y entender las realidades<sup>6</sup>.

Frente al asombro de la diosa Themis, ahora desposeída de su venda, Mama Oclo con voz elocuente señala que la propuesta de los nuevos constitucionalismos dialogantes latinoamericanos, parten del ideal del *giro decolonial* para que se generen a partir de las voces de los *subalternizados*, como ser los pueblos indígenas o las mujeres, nuevas corrientes de pensamiento constitucional que consagren la diversidad de saberes y una construcción colectiva de herramientas constitucionales, especialmente para la defensa y vigencia de derechos.

La diosa Themis, luego de aspirar el aroma intenso de su negro café, solicita a su interlocutora que desde el horizonte del giro decolonial y los lineamientos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, exponga los alcances de la acción popular diseñada por la Constitución boliviana de 2009 para la tutela de derechos trans individuales, entre ellos los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de la madre tierra.

Mama Oclo, afirma que una de las venas de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos se manifiesta en el *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador*<sup>7</sup>, que nació con la Constitución democrática de 2009, la cual emergió de un proceso constituyente plural enmarcado en los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, tal como lo resaltan sus maestros Martínez Dalmau y Viciano Pastor<sup>8</sup>, en este escenario, afirma Mama Oclo, los pueblos indígenas -históricamente oprimidos-, tuvieron una importante participación política<sup>9</sup>.

Esta mítica mujer, agrega que, en un marco de histórica diversidad cultural, el *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador* sustenta sus pilares esenciales en los principios de *plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización*. Desde estos enfoques, debe resaltarse que la plurinacionalidad plantea una profunda desestructuración del Estado-Nación monocultural y más bien

---

6 Ídem.

7 El Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, en el FJ III.1.1. Este mismo razonamiento fue asumido por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero. FJ III.1.

8 Los aspectos más importantes en cuanto a los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y la legitimidad de la Constitución democrática de 2009 pueden encontrarse en Martínez Dalmau (2014) y Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2010, 2011).

9 La Asamblea Constituyente se inauguró en agosto de 2006 y deliberó hasta diciembre de 2007. Posteriormente, la Constitución que reconoce a Bolivia como un Estado plurinacional fue aprobada mediante referendo constitucional el año 2009 (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013).

desde la pluralidad y diversidad cultural, en un Estado unitario, postula la construcción *dialógica* de estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas<sup>10</sup>.

Por su parte, afirma que el pluralismo, sustenta sus postulados en la diversidad cultural y en el concepto de plurinacionalidad como elemento de reconfiguración de las reglas estatales. En el caso boliviano, cuya historia refleja una sistemática exclusión de los pueblos indígenas en las estructuras sociales, políticas, económicas y jurídicas, este principio contenido en el artículo primero de la Constitución, fue consagrado en la Constitución boliviana gracias a la participación política de pueblos indígenas en el proceso constituyente boliviano, por lo que desde esta visión, en el ámbito jurídico se proyectó un modelo de *pluralismo jurídico de tipo igualitario*, que deberá ser materializado a partir de profundos procesos de *restitución territorial, reconstitución de instituciones ancestrales y mecanismos de igualación*<sup>11</sup>.

En base a lo señalado por Mama Ocllo, la diosa Themis, ahora desposeída de su venda, reafirma la narrativa de su interlocutora y precisa que en Latinoamérica, el pluralismo jurídico emerge especialmente de las voces de los pueblos indígenas y las construcciones de las teorías críticas del derecho, esas que históricamente estuvieron invisibilizadas por la academia latinoamericana y boliviana<sup>12</sup>.

---

10 Sobre el principio de unidad en el contexto de la plurinacionalidad, véase Del Real Alcalá (2010).

Las características del Estado Nación fueron desarrolladas por Walsh. Ver Walsh, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala.

Por su parte, Ariza Santamaría, desarrolla los elementos esenciales de una *interculturalidad plurinacional*, cuya característica primordial es el *interrelacionamiento*. Ver Ariza Santamaría, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia* (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.

11 El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2013b, pp. 24-25, nota 54), en su Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. n.º 040/2013, ha señalado que “desde la descolonización, el ‘trato igualitario’ por parte del Estado no es suficiente cuando este ‘trato’ no es coherente con la realidad ‘desigual’ de las naciones indígenas. En este sentido, una plurinacionalidad descolonizadora nos plantea la eliminación de las relaciones de dominación y desigualdad partiendo de la ‘reconstitución’, ‘restitución histórica’, ‘igualación’ y ‘autodeterminación’ de las naciones y pueblos indígenas. Desde esta perspectiva se cuestiona profundamente el ‘trato igual’ entre ‘desiguales’, que supone la mera coexistencia subordinada, paternalista y multiculturalista”. En este informe se señala también que, desde este proceso de restitución-reconstitución-igualación, se plantea una profunda autocrítica a los sistemas e instituciones estatales, que están anclados en la colonialidad, según la cual se asume que las decisiones vienen desde “arriba”. Contrario a esto, la descolonización nos establece que, además de la composición plural de poder, son las relaciones las que determinan el sentido de lo “plurinacional”, estableciendo para ello espacios de diálogo comunitario.

12 Wolkmer es uno de los principales expositores de las teorías críticas latinoamericanas del derecho. Este autor sostiene la necesidad de superar un *racionalismo lógico-instrumental* enmarcado en un positivismo jurídico en aras a una implementación plena de un *modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria*. Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA. Pp 19-21. Otro exponente importante es Correas. Ver Correas, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios* (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.

Otro autor relevante y exponente importante del pensamiento crítico con incidencia en Latinoamérica es De Sousa Santos. Ver De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclee de Brouwer; y De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

Mama Oclo asiente frente a esta afirmación y luego de un suspiro señala que la Constitución democrática de 2009, al reconocer la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental e indígena originaria campesina<sup>13</sup>; y, al consagrar en el marco del bloque de constitucionalidad el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinas el ejercicio de sus sistemas jurídicos y políticos propios<sup>14</sup>, asume un pluralismo jurídico de tipo igualitario, que a su vez resguarda un sistema plural de fuentes jurídicas, desde el cual, la ley de producción estatal no es la única fuente directa de derecho, sino también son fuente directa de derecho las normas, principios y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas<sup>15</sup>; y, la jurisprudencia constitucional a la luz del precedente en vigor y la doctrina del estándar jurisprudencial más alto<sup>16</sup>.

Esta mujer que encarna las *otras narratividades*, afirma que el pluralismo jurídico de tipo igualitario y el sistema plural de fuentes jurídicas que conlleva, deben ser entendidos en el marco de la *interculturalidad* y del principio constitucional de

---

Desde el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas, Yrigoyen Fajardo también es otro ícono latinoamericano del pensamiento jurídico crítico. Ver Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA. Ver también Yrigoyen Fajardo, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Desde la teoría crítica del derecho también debe citarse a los siguientes autores: De la Torre Rangel, J. A. (2012). *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes; y, desde una transdisciplinariedad debe hacerse mención a: Rojo, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>, y a Sánchez Botero, E. (2003). *Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico*. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/esther\\_botero.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf)

- 13 El artículo 179.II de la Constitución boliviana establece: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.
- 14 Este reconocimiento se encuentra contenido en el artículo 30.II.14, esa disposición señala de manera taxativa: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”.
- 15 Nótese que ya no se utiliza el concepto de usos y costumbres, ya que este término es propio de un pluralismo jurídico de tipo subordinado y no así de un pluralismo jurídico de tipo igualitario. En cuanto al pluralismo jurídico de tipo igualitario, ver Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_26\\_27/El\\_otro\\_derecho\\_26.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf)
- 16 La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre. Esta doctrina tiene fundamento en el principio de derecho internacional de los derechos humanos referente a la prohibición de regresividad, en este sentido, si el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado y reconocido un derecho de manera favorable y progresiva, en el futuro no puede cambiar su jurisprudencia, ya que esta mutación nunca llegará a ser precedente en vigor, sino un entendimiento aislado, por lo que el precedente en vigor y por tanto fuente directa de derecho con efecto vinculante, será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y progresiva. En este sentido, cuando existan entendimientos contradictorios del Tribunal Constitucional Plurinacional, las autoridades judiciales y administrativas están vinculadas al estándar más alto, es decir al entendimiento más favorable al derecho objeto de protección. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 2233/2014 de 16 de diciembre. FJ III.3.



*descolonización*<sup>17</sup>. En efecto, la interculturalidad, tal como afirma Walsh (2012)<sup>18</sup>, es una herramienta crítica para un proyecto histórico alternativo y el fundamento para el cambio de estructuras que superen visiones monoculturales, hegemónicas y colonialistas del Estado, en este marco, la interculturalidad, en un Estado Plurinacional, plantea procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualdad a través de políticas públicas plurales y mediante el fortalecimiento de estructuras estatales también con composición plural para materializar una real plurinacionalidad en un Estado unitario, en este escenario, la interculturalidad sustenta métodos *dialógicos* destinados a construir las diversas jurisdicciones, las políticas públicas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional desde criterios de *complementariedad, reciprocidad, alteridad, reciprocidad, etc*<sup>19</sup>.

Agrega Mama Ocllo que éstos métodos dialógicos destinados a una complementariedad, relacionalidad, correspondencia y reciprocidad, plantean además la *deconstrucción* de estructuras sociales, políticas y jurídicas jerarquizadas y homogeneizantes y más bien, desde los tejidos de la diversidad proponen a través de dichas metodologías dialógicas, construcciones con enfoque de interculturalidad, para una real materialización de derechos, los cuales, desde la descolonización y la interculturalidad, deben ser contruidos pluralmente.

Luego de mirar el límpido cielo azul en lontananza y después de saborear su exótica bebida, frente a la atenta mirada de su amiga, Mama Ocllo, afirma que la construcción plural de derechos implica aplicar métodos dialógicos para la formulación de políticas públicas, normas y jurisprudencia que los consagren, para que así, los derechos consignen la voz de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas o las mujeres, de manera tal que se superen visiones monoculturales de los derechos.

---

17 Ver Tubino, F. (2005). *La interculturalidad crítica como proyecto ético-político*. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/educod/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8BTICACOMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>

18 En este texto, la autora afirma también que la labor de la interculturalidad como principio e instrumento crítico no es simplemente promover la relación entre grupos o sistemas culturales, sino partir de y hacer ver la diferencia colonial que ha negado la "existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas, originarios y campesinos y su dominio ancestral". Continúa señalando que resaltar esta subjetividad colectiva jamás considerada y trabajar desde ella, fortaleciendo lo propio y las cosmovisiones con sus aspectos identitarios, espirituales, científicos, productivos, organizativos, territoriales y existenciales (no como una diferencia inmovible o estática, sino como un posicionamiento estratégico de carácter decolonial y en pro de *suma qumaña* –el vivir bien–), es lo que da la interculturalidad en sentido crítico, un sentido descolonizador.

19 La pachasofía se enmarca en la ética andina, cuyo fundamento es el orden cósmico, la relacionalidad universal de todo lo que existe, en el marco de los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad. Correspondencia, relacionalidad, complementariedad y reciprocidad se grafican: arriba-abajo, izquierda-derecha. En este espectro, el ser humano es el guardián del orden pachasófico y debe vivir en armonía con todo su entorno, por lo que desde esta visión, tal como lo señala Estermann (2009), la pachasofía plantea el siguiente principio ético: "Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo" (pp. 247 y 251).



Añade Mama Oclo que en esta lógica, Panikkar desarrolla el concepto de *entendimiento-traducción intercultural*<sup>20</sup>, el cual sin duda debe ser aplicado especialmente para entender a los derechos en un diálogo con el principio de universalidad, pero en el marco de consensos interculturales basados en diálogos inter-culturales que desde la diversidad cultural incidan en precedentes vinculantes a ser pronunciados por el Tribunal Constitucional Plurinacional y que contemplen la voz de los históricamente oprimidos en el marco de un control de constitucionalidad no exclusivamente vertical, sino dialógico<sup>21</sup>.

Muy emocionada la diosa Themis, interrumpe a su interlocutora y afirma que desde esta visión, para el Tribunal Constitucional Plurinacional, la construcción plural de derechos, debe conllevar la aplicación de metodologías dialógicas, la interpretación de derechos bajo pautas interculturales de interpretación<sup>22</sup>, y la aplicación de procedimientos constitucionales interculturales acordes al paradigma ecocéntrico vigente a partir de la Constitución de 2009, criterios que con mayor rigor debieran ser aplicados en la acción popular.

Mama Oclo asiente y señala que el paradigma ecocéntrico contenido en la Constitución democrática de 2009, requiere una construcción plural de derechos, la cual a su vez encuentra sustento en los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Desde este espectro, agrega que la Constitución boliviana en el artículo 109.I, consagra los tres grandes principios del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador: El principio de igual jerarquía de derechos; el principio de aplicación directa de derechos; y, el principio de directa justiciabilidad de todos los derechos en igualdad jerárquica.

Después de una pausa, con voz firme, Mama Oclo sostiene que el principio de igual jerarquía de derechos, supera la teoría de las generaciones de derechos (derechos de primera, segunda y tercera generación), por lo que desde el mandato constitucional

20 Panikkar (1990) desarrolla la filosofía imparativa-dialógica, que conlleva el método de la hermenéutica diatópica, que debe utilizarse para superar la distancia entre dos o más culturas que se han desarrollado independientemente y en espacios distintos (*topoi*); en este marco, será esencial fortalecer procesos de entendimiento y traducción para el diálogo intercultural (pp. 90-91).

21 Un ejemplo de este tipo de interpretación de derechos con enfoque intercultural, se encuentra en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014. Si bien la SCP 1422/2012 es una sentencia fundadora que establece cuatro niveles de análisis del paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, la SCP 0778/2014 modula y simplifica dichos niveles y establece que el paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, en el marco de un diálogo intercultural, contiene los siguientes aspectos: 1) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con las normas y los procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías como al Tribunal Constitucional Plurinacional a resolver la problemática de acuerdo con métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como pueden ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que, en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales, y 2) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena-originario-campesinos.

22 Estas pautas interculturales de interpretación están contenidas en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014, tal como se explicó en la nota precedente.

boliviano, todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, o, los colectivos, tienen la misma jerarquía; pero además, desde las diversas cosmovisiones indígenas, se asume el paradigma ecocéntrico de derechos, en virtud del cual, se supera una lógica de construcción antropocéntrica de derechos y se consagran derechos trans individuales<sup>23</sup>, por lo que no sólo las personas son titulares de derechos, sino también las colectividades como las naciones y pueblos indígena originario campesinas, también la madre tierra y todo ser *sintiente*, entre ellos los animales, por tanto, en esta perspectiva, la madre tierra y los animales, ya no son objeto de protección del derecho, sino sujetos y por ende titulares de derechos de naturaleza trans individual.

Frente a la mirada atónica de su amiga, Mama Oclo agrega que, sin duda alguna, la acción popular es una herramienta de directa justiciabilidad esencial para una construcción plural de derechos, en un contexto ecocéntrico destinado a proteger derechos trans individuales como los de la madre tierra, de los animales, de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, entre otros derechos con incidencia colectiva<sup>24</sup>, por lo que para una real materialización, será esencial que el Tribunal Constitucional Plurinacional enmarque sus interpretaciones a las pautas constitucionalizadas de interpretación consagradas en la Constitución boliviana para evitar así las heridas de muerte al modelo constitucional provocadas por las *mutilaciones constitucionales* emergentes de interpretaciones arbitrarias<sup>25</sup>.

De acuerdo al relato realizado por su amiga, la Diosa Themis colige que el Tribunal Constitucional Plurinacional no puede realizar interpretaciones arbitrarias en acciones populares, más bien, esta instancia debe superar visiones de orden procesal constitucional enmarcadas a construcciones liberales de derechos que encarnen una colonialidad de las sentencias constitucionales<sup>26</sup>; y, más allá del tradicional método de la *subsunción*, en un escenario de transdisciplinariedad, deberá aplicar métodos e

23 El artículo 13.III de la Constitución, en interdependencia con el 109.1, consagra la igualdad jerárquica de derechos que debe ser entendida en el marco del paradigma ecocéntrico de derechos, en una interpretación armónica con el Preamble de la Constitución y con los artículos 8 y 9 de la norma suprema.

24 Las acciones de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad, son mecanismos de tutela subjetiva de derechos. La acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos; y, la acción popular es un mecanismo de tutela de derechos trans individuales o con incidencia colectiva.

25 Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, son criterios destinados a evitar arbitrariedades y excesos del Tribunal Constitucional Plurinacional y de todo intérprete de derechos. Estas pautas se encuentran contenidas en los siguientes artículos: Artículo 410 (Bloque de Constitucionalidad); artículo 13.I (Principios de progresividad, prohibición de regresividad, interpretación evolutiva, e interdependencia de los derechos); artículo 13.IV (Ejercicio del control de convencionalidad); artículo 14.II (Igualdad material y prohibición de discriminación); y, 256 (principio de favorabilidad y aplicación preferente de derechos). Además, en una correcta técnica de argumentación jurídica, deberá aplicarse los métodos de aplicación preferente en caso de una contradicción entre la normativa interna con estándares jurisprudenciales más favorables y el método de ponderación en caso de colisión de derechos. Además, en base a estas pautas, las autoridades judiciales y especialmente el Tribunal Constitucional Plurinacional, para justificar la compatibilidad de sus decisiones con el bloque de constitucionalidad, deben utilizar el test de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.

26 Idón Chivi Vargas (2012) utiliza el término *colonialidad de las sentencias constitucionales* y hace un estudio, desde 2003 hasta 2011, en el que señala que la interpretación constitucional tiene como horizonte de conocimiento la continuidad colonial.

interpretaciones dialógicas del derecho para construcciones plurales de derechos que materialicen el bloque de constitucionalidad, no desde una visión homogeneizante, sino desde procesos de traducción-y entendimiento de las voces de los históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas, las mujeres indígenas, etc.

## **2.2. La acción popular como proceso constitucional intercultural para la construcción plural de derechos**

Mama Oclo, luego de sentir el éxtasis que provoca el negro intenso de esta enigmática bebida, retoma el franco diálogo con su amiga ahora desposeída de su mítica venda y afirma que la acción popular disciplinada en el artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009<sup>27</sup>, es un mecanismo de control tutelar de derechos destinado a proteger derechos trans individuales, es decir, derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, derechos de la madre tierra, derechos de todo ser *sintiente*, como es el caso de los animales y otros derechos trans individuales como la salubridad pública, la seguridad pública, los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras, consumidores, patrimonio; y, espacio público, entre otros, protección que debe ser realizada en el marco de un catálogo abierto y en armonía con el principio de interdependencia de derechos. Desde esta mirada, Mama Oclo, agrega que la construcción plural de derechos debe ser realizada a través de mecanismos dialógicos, para lo cual, sin duda será esencial la materialización del modelo argumentativo plural, el cual, proscribire toda forma de vicios argumentativos que mutilen la Constitución y generen regresividad de derechos.

La diosa Themis, antes de terminar el último sorbo de su humeante taza de café, señala que de acuerdo a la interpretación que el máximo contralor de constitucionalidad brindó al artículo 135 de la Constitución en la SC 1018/2011-R de 22 de junio<sup>28</sup>, estableció que la acción popular protege derechos e intereses colectivos, así como derechos e intereses difusos, sin embargo, desde el escenario narrado por su amiga, afirma que la primera observación que debe realizarse a este entendimiento jurisprudencial que desarrolla el ámbito de protección de la acción popular, es que se asume una lógica propia de las *generaciones* de derechos, sin considerar que el modelo constitucional boliviano en el artículo 109.1 de la Constitución, adoptó el principio de igual jerarquía de derechos en el marco del paradigma ecocéntrico, en este marco, resalta la diosa Themis la importancia de que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su jurisprudencia constitucional, consagre este nuevo paradigma y a partir de él, interprete los presupuestos procesales de la acción popular para así construir pluralmente derechos trans individuales y protegerlos de manera eficaz a partir de la superación de ritualismos y formalismos extremos que son contrarios al principio

27 El artículo 135 de la Constitución establece: “La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

28 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3.

constitucional de descolonización que es el fundamento del principio de informalismo consagrado en el Código Procesal Constitucional boliviano.

Afirma la diosa Themis, que Lo argumentado precedentemente es importante, ya que en armonía con el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, la tutela de derechos trans individuales en el marco del paradigma ecocéntrico, hace que la acción popular tenga rasgos procesales diferentes a los mecanismos de tutela subjetiva y objetiva de derechos<sup>29</sup>, por lo que esta *otra* visión para abordar el derecho procesal constitucional, le recuerda la importancia y la imperiosa necesidad de despojarse de su venda.

Mirando fijamente a Mama Oclo, la diosa Themis señala que es pertinente abordar la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo<sup>30</sup>; y, posteriormente otras sentencias, entre ellas la SCP 1158/2013 de 26 de julio, las cuales, establecieron que uno de los presupuestos procesales que caracteriza esta acción es la sumariedad, en virtud de la cual, la acción popular debe ser entendida como un mecanismo rápido y oportuno para la tutela de derechos<sup>31</sup>, que tal como se señaló son de naturaleza trans individual. Mama Oclo, interrumpe el relato y afirma que esta sumariedad debe ser mirada desde un proceso constitucional intercultural y descolonizador, para poder ser realmente eficaz y oportuno.

La diosa Themis, en señal de pleno acuerdo, asiente con la cabeza la afirmación de su amiga, pero además, continua con el hilo narrativo de este franco diálogo y señala que la SCP 1158/2013 de 26 de julio, estableció también que la flexibilización procesal, es otra característica esencial de la acción popular<sup>32</sup>. En base a este criterio procesal constitucional pueden comprenderse rasgos esenciales de la acción popular, por ejemplo, la inexistencia de una fase de admisibilidad ya que no le son exigibles requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada<sup>33</sup>. Desde este enfoque, la diosa Themis resalta también que la acción popular tiene características procesales propias, por esta razón, no tiene un plazo de caducidad, no le es aplicable el principio de subsidiariedad y tiene una legitimación activa amplia, entre otras características

---

29 La acción de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad son mecanismos de tutela subjetiva de derechos; la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos, tal como lo señaló la SCP 0862/2012 de 20 de agosto. FJ III.1.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0788/2011-R de 30 de mayo. FJ III.1.

31 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

32 Ídem.

33 El artículo 30 del Código Procesal Constitucional establece que la acción de amparo constitucional y la de cumplimiento tienen una fase de admisibilidad en la cual se verifica requisitos de forma que deben ser cumplidos por el accionante y causales de improcedencia reglada que en el caso de la acción de amparo constitucional están regulados en los artículos 53, 54 y 55 del Código Procesal Constitucional; en cambio, para la acción de cumplimiento están contenidas en el artículo 66 de esta norma adjetiva. En cambio, por su naturaleza jurídica, las acciones de libertad, protección de privacidad y popular, no tienen fase de admisibilidad y no están condicionadas al cumplimiento de requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada.

propias, las cuales, son diferentes a los presupuestos procesales aplicables a la acción de amparo constitucional, libertad, protección de privacidad o cumplimiento<sup>34</sup>.

Asimismo, la diosa Themis señala que en el marco de los rasgos procesales particulares de la acción popular, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre resaltó que este mecanismo tutelar tiene un carácter autónomo, no subsidiario ni residual, por lo que no se encuentra condicionada al agotamiento de vía judicial o administrativa alguna<sup>35</sup>.

Desde estas características propias de la acción popular, Mama Oclo con la mirada inmersa en su fragante bebida, continúa con el diálogo y señala que para una real materialización de derechos trans individuales desde el paradigma ecocéntrico, es esencial analizar la *tipología de la acción popular*, en esta perspectiva, desde el diseño del artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009, puede afirmarse que este mecanismo tutelar tiene dos facetas esenciales: Una preventiva y otra reparadora. A su vez, la faceta reparadora, comprende a la acción popular suspensiva y a la restitutoria.

Mama Oclo, con voz circunspecta, agrega que según la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la faceta preventiva de la acción popular tiene la finalidad de evitar que una amenaza lesione los derechos e intereses con incidencia colectiva<sup>36</sup>. En este marco, luego de percibir la atenta mirada de su amiga, invoca a la SCP 1158/2013 de 26 de julio, la cual estableció que la naturaleza preventiva de la acción popular asegura una protección eficaz de derechos colectivos o difusos frente a cualquier amenaza que pueda poner en riesgo estos derechos<sup>37</sup>. En este marco -agrega Mama Oclo-, que la referida sentencia, estableció además que el término “amenaza” denota la “...posible existencia de un hecho u omisión futura que produzca una lesión a los derechos referidos, por tanto, la posibilidad de un suceso futuro amenazante, debe ser verificada por el órgano contralor de constitucionalidad en el marco de la flexibilización procesal...”<sup>38</sup>.

La faceta suspensiva de la acción popular, de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelados por esta acción<sup>39</sup>, en este marco, la SCP 1158/2013 de 26 de julio, desarrolló la faceta reparadora de la acción popular y sustentó que este mecanismo tutelar está destinado a proteger derechos colectivos o difusos frente a todo acto u omisión que pueda lesionarlos<sup>40</sup>. Finalmente señala que de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de

34 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

35 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.5.

36 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

39 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

40 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

diciembre, la acción popular restitutoria tiene la finalidad de restablecer al estado inicial el derecho con incidencia colectiva afectado<sup>41</sup>.

La diosa Themis interviene y afirma que la tipología antes descrita, será esencial para que las Salas Constitucionales en capitales de departamento, Jueces y Tribunales de Garantías en provincias y el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el marco de un modelo argumentativo plural, apliquen e interpreten los presupuestos de orden procesal constitucional de acuerdo a la máxima flexibilidad, de manera tal que se supere cualquier ritualismo extremo contrario a la naturaleza jurídica de este mecanismo de protección de defensa y se consolide a través de una construcción plural de derechos la materialización del vivir bien, en el marco del paradigma ecocéntrico en actual vigencia<sup>42</sup>.

Agrega la diosa Themis que el principio de *informalismo* desde el diseño constitucional vigente, debe leerse desde los alcances del principio de descolonización y por ende desde la doctrina del *giro decolonial*, en este marco, agrega que la SCP 0778/2014 de 21 de abril, estableció que a esta acción deben aplicarse los presupuestos procesales en el marco de la máxima flexibilización procesal<sup>43</sup>, por ende debe superarse todo tipo de ritualismo o formalismo que la desnaturalice.

En el marco de este franco diálogo, la diosa Themis, desde esta perspectiva del máximo informalismo y también al amparo de los principios *iura novit curia* y de *prevalencia de la justicia material*, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicó la figura de la *reconducción procesal de acciones* y también la *reconducción de la legitimación pasiva*. En el primer caso, por ejemplo, en la SCP 0778/2014 de 21 de abril, recondujo *de oficio* una acción de amparo constitucional a una acción popular para la tutela de derechos colectivos de pueblos indígenas<sup>44</sup>; de la misma forma, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, para conceder una acción popular en relación a derechos a la salubridad pública y de consumidoras y consumidores, recondujo de oficio la legitimación pasiva hacia el Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, que no fue demandado en la acción pero que por los antecedentes del caso tenía legitimación pasiva<sup>45</sup>.

En el marco del informalismo que debe generar importantes flexibilizaciones procesales, la diosa Themis, agrega que el Tribunal Constitucional Plurinacional también moduló los efectos de la cosa juzgada en acciones populares, así, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, estableció que toda denegatoria en la acción popular alcanza la calidad de

---

41 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

42 Ver Huanacuni, F. (2012). *Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*. En K. Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.

43 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0778/2014 de 21 de abril, FJ C.5.

44 Ídem.

45 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

cosa juzgada formal, lo que implica que por la naturaleza de derechos que protege este mecanismo de control tutelar de constitucionalidad, frente a una denegatoria de tutela y considerando que en este mecanismo tutelar la legitimación activa es amplia, posteriormente, cualquier persona puede volver a presentar una nueva acción popular con identidad de objeto y causa<sup>46</sup>, criterio que no es aplicable por ejemplo a la acción de amparo constitucional, ya que en este mecanismo la decisión que luego de ingresar al fondo de la problemática deniegue la tutela, adquiere la calidad de cosa juzgada constitucional.

La diosa Themis, frente a la atenta mirada de su amiga, señala que otro aspecto esencial desde el punto de vista del informalismo que debe regir las formas procesales de esta acción, es la aplicación de principios destinados a lograr la eficaz protección de los derechos amparados por esta vía, en este marco, afirma que en derechos de la madre tierra, será esencial la aplicación del principio *pro natura* a partir del cual se aplican criterios procesales esenciales para una eficaz protección de los derechos de la madre tierra, como la *inversión de la carga probatoria* y el *principio precautorio*.

Mama Ocllo, después de una breve pausa, retoma el diálogo y afirma que el principio *pro natura* fue aplicado por primera vez y de manera implícita en una acción popular en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, en este caso, a través de este mecanismo tutelar, se denunciaron graves daños a la madre tierra por la construcción de la “Avenida Costanera Sur” en la ciudad de Tarija, construcción realizada en la margen izquierda del río Guadalquivir y que implicó una deforestación de gran magnitud, un grave daño al ciclo hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir y la afectación directa a las especies de flora y fauna que habitaban el bosque destruido. Agregó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por la naturaleza de los derechos denunciados, en aplicación implícita del principio *pro natura* invirtió la carga de la prueba, pero además estableció los parámetros de *valoración razonable* de prueba en acciones populares<sup>47</sup>.

Mama Ocllo, destaca también que es importante establecer el razonamiento explícito del Tribunal Constitucional Plurinacional que en la SCP 0070/2017-S3 se refirió al principio *pro natura* como pauta esencial para la protección de derechos difusos referentes al medio ambiente y a la salubridad pública<sup>48</sup>. En el marco de esta idea, Mama Ocllo, con voz firme sentencia que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional generó una progresividad con la consagración de este principio, aunque no lo desarrolló en su real dimensión, no es menos cierto que si esta instancia continúa utilizando el concepto de derechos difusos y no de derechos trans individuales y si persiste en diseñar su jurisprudencia en el marco de derechos medioambientales y no así de derechos de la madre tierra en coherencia con el paradigma ecocéntrico,

46 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.2.

47 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJs III.3.1 y III.3.3.

48 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero. FJ III.3.

se ingresará en graves regresividades, como las que ya se evidencian especialmente en las auto-restricciones jurisprudencialmente arbitrariamente establecidas en base a concepciones liberales de construcción del derecho<sup>49</sup>.

Mama Oclo, después de un beso tímido a su taza de café, a la luz del principio *pro natura* resalta la importancia de la inversión de la carga de la prueba en acciones populares, no sólo para derechos de la madre tierra, sino para la protección eficaz de cualquier derecho trans individual, como por ejemplo el de las y los usuarios y usuarias o consumidoras y consumidores, ya que este mecanismo de defensa de derechos tiene una visión de orden procesal constitucional diferente a las otras acciones tutelares entre ellas la acción de amparo constitucional. Desde este criterio, con la mirada fija en su amiga, señala que si bien a la acción popular se le aplica un criterio de legitimación activa amplia, es decir que cualquier persona o colectividad puede presentarla, empero, es un medio ineficaz si no se invierte la carga de la prueba, ya que en atención a la naturaleza de los derechos trans individuales, para cualquier ciudadano, podría resultar *imposible* cumplir con una exigencia de carga probatoria, especialmente en denuncias vinculadas a la vulneración de derechos de la madre tierra, de salubridad pública o de usuarias, usuarios, consumidoras o consumidores, razonamiento que explica la gran cantidad de acciones populares denegadas por el tema probatorio.

Después de degustar uno de los últimos sorbos de su café, Mama Oclo sentencia el deber del Tribunal Constitucional Plurinacional, de aplicar en las acciones populares el principio *pro natura* y el principio de *prevalencia de la justicia material*, esto por la naturaleza de los derechos que debe tutelar, de manera tal que sea la parte legitimada pasivamente en la acción la que deba probar la no vulneración de los derechos denunciados y no así el ciudadano o colectividad que cuenta con una legitimación activa amplia pero que se encuentra en una evidente desventaja probatoria<sup>50</sup>.

La diosa Themis, luego de escuchar a su amiga y después de deleitarse con su humeante bebida digna de diosas, interviene en el diálogo y agrega la importancia que tiene la aplicación del principio precautorio en acciones populares en su *tipología preventiva*, en este marco, afirma que para conceder la tutela y aplicar medidas de salvaguarda, de prevención o de mitigación, no es aplicable el principio de certeza jurídica, sino por el contrario, frente a una duda razonable sobre una posible afectación a un derecho protegido por la acción popular, a través del control tutelar de derechos, deberá otorgarse la tutela preventiva y jamás denegarse la misma por falta de prueba o por falta de certeza jurídica. Inmersa en sus propios pensamientos y muy preocupada la diosa Themis por algunos criterios del Tribunal Constitucional Plurinacional, afirma

49 Lo cierto es que existen un gran número de sentencias constitucionales, que en el marco de vicios argumentativos, desconocen el alcance del principio *pro-natura*, a pesar de tener éste un estándar más alto en la SCP 0070/2017-S3.

50 En el caso de pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0282/2016-S1, ha establecido la inversión de la carga de la prueba para la tutela de sus derechos colectivos. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.5.1.



que todas las denegatorias de tutela por parte de esta instancia por falta de certeza jurídica en acciones populares preventivas, mutilan el mandato del artículo 135 de la Constitución que consagra un carácter preventivo a esta acción de defensa, pero además, estas cada vez más frecuentes denegatorias de tutela, emergen de vicios argumentativos del Tribunal Constitucional Plurinacional por no tener sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación constitucional.

Mama Oclo, luego de escuchar en silencio a su mítica amiga, afirma que en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, la academia ve con gran preocupación el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en esta acción tutelar, ya que en varias sentencias vinculadas a denuncias de vulneración de los derechos de la madre tierra o de usuarias y usuarios y consumidoras o consumidores, se desconoce las características procesales propias de la acción popular y se deniega la tutela en aplicación del principio de certeza jurídica<sup>51</sup>, o de hechos controvertidos<sup>52</sup>. Criterios que deben ser considerados aislados ya que de acuerdo a la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, no son precedentes en vigor puesto que no contienen el estándar jurisprudencial más alto.

Agrega la diosa Themis, que la academia, en un balance de los diez años de vigencia de la Constitución de 2009, también con preocupación observa la carga argumentativa que la jurisprudencia constitucional establece a la parte accionante en acciones populares, criterio jurisprudencial que al amparo del principio de descolonización, interdependiente al principio de informalismo, no puede considerarse precedente en vigor ya que es arbitrario por ser contrario a la naturaleza procesal de la acción popular y porque tiene la finalidad de denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática por exigencias y ritualismos procesales indebidos. Estos criterios arbitrarios se encuentran contenidos en la SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo<sup>53</sup>; o en la SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril<sup>54</sup>, entre muchas otras.

### **2.3. Algunas reflexiones en cuanto a la jurisprudencia sobre derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas**

Mama Oclo, ya en su segunda taza de café, señala que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la acción popular ha generado un importante aporte en la construcción plural de derechos trans individuales, sin embargo, las líneas jurisprudenciales están y deben

---

51 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 0688/2016-S2 de 8 de agosto. FJ III.3; SCP 0701/2017-S2 de 3 de julio. FJ III.2; SCP 0502/2017-S2 de 22 de enero FJ III.2; o SCP 110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3, entre muchas otras más.

52 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 1979/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3; SCP 1015/2013-L de 28 de agosto. FJ III.2; 0675/2015-S1 de 26 de junio. FJ III.3; SCP 0320/2017-S3 de 20 de abril. FJ III.2; SCP 0700/2018-S3 de 25 de septiembre. FJ III.2; y, SCP 1132/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2, entre otras.

53 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo. FJ III.3.

54 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3.

estar en constante construcción, con la amenaza de la cada vez más creciente ola de jurisprudencia constitucional regresiva.

La diosa Themis, también en su segunda taza de café, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional más allá del catálogo de derechos contenidos en el artículo 135 de la Constitución, el cual tal como lo estableció el máximo contralor de constitucionalidad es un catálogo abierto<sup>55</sup>, ha desarrollado jurisprudencialmente un amplio plexo de derechos, entre ellos los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como los derechos al hábitat desde la mirada indígena.

Mama Oclló, continúa el diálogo y resalta que la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, contextualizó a la acción popular en el paradigma del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador y además, desde este escenario resaltó el potencial de este mecanismo de justiciabilidad para la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas<sup>56</sup>. Luego de una mirada a su negra bebida, afirma que desde el espectro del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, entre ellos el derecho a la autoidentificación consagrado expresamente en las SCPs 0645/2012 de 23 de julio<sup>57</sup>; y 0768/2017-S1 de 27 de julio<sup>58</sup>; sin embargo, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en temas de derechos colectivos de pueblos y naciones indígena originario campesinas, también ha incurrido en graves regresividades<sup>59</sup>.

La diosa Themis, luego de un trémulo carraspeo, afirma que la propiedad colectiva como derecho colectivo, ha tenido importantes estándares jurisprudenciales en el Tribunal Constitucional Plurinacional, en este marco, destaca la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, la cual consagra el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible de las tierras comunitarias o colectivas<sup>60</sup>. También, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero,

55 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCPs 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3; 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.3; 1158/2013 de 26 de julio FJ III.3, entre otras.

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.3.

57 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0645/2012 de 23 de julio. FJ III.2.1.

58 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0768/2017-S1 de 27 de julio. FJ III.3. Es importante destacar también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de una acción de inconstitucionalidad concreta, en la SCP 0006/2016 de 14 de enero, en ejercicio del control de convencionalidad, consagró el derecho colectivo a la autoidentificación de naciones y pueblos indígena originario campesino. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0006/2016 de 14 de enero. FJs III.3 y III.4.

59 Un ejemplo es la SCP 0018/2018-S2, la cual faculta al INRA -en flagrante desconocimiento del derecho a la titulación colectiva de tierras- la nulidad de oficio de actos administrativos para incorporar a un proceso de titulación colectiva a sindicatos que pretenden la titulación individual de tierras. Esta sentencia, por ser contraria al modelo constitucional vigente, generó la activación de una denuncia internacional por parte del pueblo Quila Quila contra el Estado boliviano, la cual se encuentra en trámite ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo. FJ III.3.1.

60 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.3.

ha consagrado el derecho a la territorialidad, el cual supera toda visión agrarista de tierra, para dar curso a una visión integral de territorio<sup>61</sup>. Agrega también que en esta sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido con gran precisión la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con su derecho a la libre existencia<sup>62</sup>, y; también con el derecho colectivo a la consulta previa<sup>63</sup>.

Mientras Mama Ocllu mantiene la mirada perdida en lontananza, la diosa Themis continua con el diálogo y señala que a través de la SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo, el Tribunal Constitucional Plurinacional consagró la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinas con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, en este marco, recuerda que se concedió la acción popular porque los demandados vulneraron los derechos de la comunidad IOC Santa Ana, la cual no sólo tiene derecho a la territorialidad, sino que los eucaliptos y otros árboles de esta misma especie eran y son de dominio de la comunidad<sup>64</sup>.

Muy animada la diosa Themis invoca también a la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, la cual estableció que las naciones y pueblos indígena originario campesinas tienen derecho a su hábitat, como un derecho colectivo tutelable a través de la acción popular, el mismo que debe ser concebido no sólo en el ámbito limitado de la tierra, sino desde el carácter amplio del concepto de territorio, entendido como el espacio ancestral donde se desarrolla la cultura, espiritualidad, historia y forma de organización social y política de estos pueblos y donde ejercen también el control sobre sus recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones<sup>65</sup>.

Con el mismo entusiasmo, la diosa Themis destaca la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, por haber brindado de manera preventiva protección a la propiedad para casos en los cuales aún no se consolidó el proceso de saneamiento colectivo de tierras, pero que por la naturaleza de este derecho sea esencial su protección reforzada y preventiva<sup>66</sup>. En esta misma línea, refiere también que el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo, brindó también protección al derecho a la libre determinación como un derecho colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinas<sup>67</sup>.

---

61 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4. En esta línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 139/2017-S2 de 20 de febrero, ha diferenciado los conceptos de tierra y territorio. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero. FJ III.7.2.

62 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

63 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

64 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo. FJ III.2.

65 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0572/2014 de 10 de marzo. FJ III.4.1.

66 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.6.2.

67 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo. FJ III.2.

Mama Oclo, lamenta desilusionar a su tan querida amiga de tertulia y con voz dulce pero firme afirma que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009 existieron importantes avances en cuanto a la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como los citados; empero, queda pendiente aplicar las líneas progresivas para naciones y pueblos indígena originario campesinos en el marco de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, ya que existe una cada vez más alarmante tendencia a la denegatoria de tutela por formalismos y ritualismos extremos que evitan seguir avanzado en aras de una construcción plural de derechos<sup>68</sup>; en este escenario, precisa Mama Oclo la importancia de resolver acciones populares en el marco de un derecho procesal constitucional y jurisprudencia constitucional exentos de ritualismos extremos contrarios al modelo constitucional, para evitar así mutilaciones al diseño constitucional que consagra a esta acción como paradigma de un proceso constitucional intercultural y descolonizador.

Después de un profundo suspiro, Mama Oclo resalta la importancia de la fundamentación de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional en las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos (Arts. 410, 13.I, 13.IV, 14.II y 256 de la Constitución), para no incurrir así en graves vicios argumentativos que mutilen la Constitución y que plasmen regresividades en derechos, regresividades que a su vez podrían traducirse en responsabilidad internacional para el Estado Plurinacional de Bolivia, que debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y a la luz de los principios de progresividad y prohibición de regresividad.

#### **2.4. El paradigma econcéntrico y la construcción plural de derechos de la madre tierra**

Mama Oclo, en este punto del diálogo, propone realizar una breve referencia a la jurisprudencia en cuanto a la construcción de derechos de la madre tierra. Moción secundada por su amiga. En este marco, Mama Oclo afirma que a través de la SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre, el Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló el derecho al medio ambiente y de manera expresa estableció que éste está compuesto por “una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad como el agua, los animales, las plantas y los seres humanos, en su elemento heterogéneo, algunos tienen vida como los animales y otros sólo tienen existencia, como las montañas y la tierra...”<sup>69</sup>.

Mama Oclo, siempre pendiente de la percepción de su amiga, afirma además que la referida sentencia, establece que la sociedad es la beneficiaria del derecho al medio ambiente, por lo que será necesario el mantenimiento de los requisitos ambientales,

68 De acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, cuando existan entendimientos jurisprudenciales contradictorios, el precedente en vigor y por ende con efecto vinculante para las autoridades judiciales y administrativas deberá ser el más favorable para los pueblos indígenas, aunque no necesariamente sea el último entendimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que en jurisprudencia, el carácter vinculante del precedente en vigor, no está condicionado a un criterio de temporalidad, sino más bien a un criterio de favorabilidad.

69 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

imprescindibles para la conservación del sistema ecológico, en el cual está inserto el ser humano, además, este entendimiento estableció que el resguardo de estas condiciones mínimas, será esencial para la obtención de una cierta calidad de vida<sup>70</sup>. Agrega que, en esta línea de pensamiento, la referida sentencia estableció que la calidad de vida debe ser definida como el “conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una comunidad, en un espacio y en un tiempo dados, condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en oportunidad creciente”<sup>71</sup>.

En este escenario, afirma esta mítica mujer que la citada sentencia, concluye afirmando que el derecho al medioambiente asegura “el derecho de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades actuales sin que ello comprometa a las generaciones futuras, como las actuales debiendo preservarlo...”<sup>72</sup>.

Posteriormente, luego de una pausa y después de sentir el sabor y aroma de su enigmática bebida, continúa el diálogo y afirma que la SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, desarrolló los derechos medioambientales a la luz del bloque de constitucionalidad, desde la cual sustentó su carácter de derecho difuso<sup>73</sup>. Preciso también que esta misma sentencia, en el marco del artículo 13.I de la Constitución, estableció la interdependencia que existe entre el derecho al medio ambiente y el derecho al agua<sup>74</sup>.

Mama Oclo, en su tarea de realizar una coherente historia de línea jurisprudencial, mirando fijamente a su amiga, señala también que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, desde la protección al medio ambiente estableció la obligación del Estado de garantizar la participación ciudadana en proyectos de desarrollo que puedan afectar el medio ambiente, así como el deber de ponderar afectaciones al ecosistema y medio ambiente<sup>75</sup>.

En ese momento, la diosa Themis interrumpe la narración de su amiga y afirma que los entendimientos jurisprudenciales anotados evidencian una visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente. Mama Oclo, con un gesto de indudable aquiescencia a la afirmación realizada por su amiga, con un tono circunspecto sentencia la importancia de realizar una construcción plural de los derechos de la madre tierra desde el paradigma ecocéntrico, concepto esencial para el desarrollo de criterios procesales constitucionales acordes con la acción popular.

---

70 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

71 Ídem.

72 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

73 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.5.

74 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.6.

75 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJ III.3.1.

La diosa Themis, orgullosa de haberse despojado de su venda, con voz vehemente indica a su amiga que esta visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente asumida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha generado que otros derechos, como el de los animales, no sean asumidos desde este nuevo paradigma, a partir del cual, tal como ya se señaló, estos seres *sintientes* no son objeto de protección, sino sujetos y titulares de derechos. Agrega que la protección de los animales fue brindada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no como titulares de derechos, sino como objeto de protección del derecho y desde su interdependencia con los derechos medioambientales, tal como lo evidencia el razonamiento contenido en la SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre que resolvió una acción popular concedida en resguardo de la protección a la fauna silvestre y doméstica, porque el Alcalde Municipal de Tarija -autoridad demandada-, se negó a autorizar su traslado temporal del zoológico “Oscar Alfaro” a un centro con condiciones adecuadas para su bienestar<sup>76</sup>.

## 2.5. Otras construcciones plurales de derechos trans individuales

Después de un profundo suspiro, Mama Oclo retoma el diálogo y afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado construcciones jurisprudenciales en relación a otros derechos trans individuales, como por ejemplo los de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, verbigracia, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, la cual, siguiendo el criterio de la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo, consagró a estos derechos como difusos y tutelables a través de la acción popular, pero además, aclara Mama Oclo que para este tipo de derechos, la indicada sentencia resaltó la importancia del carácter preventivo de la acción popular, en este marco, estableció que “...no sería razonable que exista o se espere un daño o perjuicio sobre tales derechos o intereses de la comunidad para que recién se active tal competencia que compromete intereses públicos y el bienestar común...”<sup>77</sup>.

Mama Oclo, frente a la atenta mirada de su amiga identifica como el estándar más alto en derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores a la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, la cual no sólo consigna el carácter difuso de este derecho, sino que además establece las obligaciones que el Estado tiene para garantizarlo, así, precisa que dicho entendimiento jurisprudencial sustenta la prohibición de monopolio y el oligopolio privado o cualquier forma de control o exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios; el deber de control de calidad y eficiencia de los servicios públicos para brindar así una protección especial a los usuarios y consumidores; el deber de control de calidad de alimentos para el consumo humano y animal; el deber de control de fármacos tanto en la medicina occidental como en la tradicional; el deber de control de los servicios de salud públicos y privados; el deber de control de calidad y eficacia de los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; el acceso al sistema de

76 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.2.

77 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

transporte integral, en sus diferentes modalidades y en condiciones de eficiencia y eficacia con beneficios para usuarios y proveedores; y, el deber general de control de calidad, seguridad y salubridad de todo bien o servicio producido o comercializado en el Estado Plurinacional de Bolivia, entre otras obligaciones estatales esenciales<sup>78</sup>.

La diosa Themis, agrega al relato otras decisiones importantes del Tribunal Constitucional Plurinacional destinadas a la construcción plural de derechos a ser tutelables por la acción popular, los cuales incluyen derechos de usuarias y usuarios de servicios básicos, en este marco, señala que el Tribunal Constitucional Plurinacional entendió que el servicio básico de electricidad tiene una dimensión individual, empero, el servicio de alumbrado público tiene una dimensión trans individual tutelable a través de la acción popular<sup>79</sup>. En esta visión, afirma también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 1111/2017-S2 de 23 de octubre, brindó al servicio de telecomunicaciones una dimensión trans individual tutelable a través de la acción popular<sup>80</sup>.

Afirma también la diosa Themis que en el marco de la construcción jurisprudencial de derechos trans individuales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 0462/2012 de 4 de julio, ha establecido la justiciabilidad a través de la acción popular del patrimonio histórico y cultural, así como la diversidad plurinacional de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, por ejemplo, el uso y práctica de la medicina tradicional<sup>81</sup>. Afirma también la diosa Themis que el Tribunal Constitucional Plurinacional, señaló también que forman parte de este derecho las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales; y que el patrimonio cultural del pueblo boliviano incluye la riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore, así como la coca originaria y ancestral<sup>82</sup>.

En su relato jurisprudencial, afirma también la diosa Themis que la SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero, estableció los deberes de conservación y protección que el patrimonio histórico cultural genera al Estado en sus diferentes niveles de organización territorial<sup>83</sup>, en este marco, el citado entendimiento estableció que en atención a la esencia tangible e intangible de los bienes declarados patrimonio histórico cultural, no es posible alterar su estructura original en consideración al valor histórico cultural y arquitectónico que representan<sup>84</sup>.

---

78 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.3.

79 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1020/2013-L de 28 de agosto. FJ III.3. Este mismo criterio fue asumido a través de la SCP 0227/2016-S1 de 18 de febrero. FJ III.3.

80 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 111/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2.

81 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0462/2012 de 4 de julio. FJ III.2.

82 Ídem.

83 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero. FJ III.3.

84 Ídem.

Con mucho entusiasmo, agrega la diosa Themis que la SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre, ha establecido que el patrimonio cultural inmaterial tiene el atributo de ser transmitido de generación en generación, así como de ser creado y recreado constantemente por las comunidades y grupos en función a su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; de la misma forma, refiere que esta sentencia precisó que este patrimonio infunde un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana, en este marco, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció la prohibición de obstaculizar, limitar, restringir o prohibir el acceso y la manifestación de tales expresiones<sup>85</sup>.

Mama Oclo, a partir del importante análisis dinámico de línea jurisprudencial desarrollado por su amiga, precisa que si bien se ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales sobre derechos trans individuales, sin embargo, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, éstas han sido asumidas desde un paradigma antropocéntrico y no así desde el paradigma ecocéntrico.

Mama oclo, frente a la desconcertada mirada de su amiga, observa también la poca utilización de métodos dialógicos para la construcción plural de derechos, en este marco, afirma que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, consagró el deber de generación de espacios de diálogos, por ejemplo en casos de conflictos entre comunidades, estos métodos, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, no suelen ser utilizados por el máximo contralor de constitucionalidad, ni tampoco por las Salas Constitucionales en capitales de departamento y los jueces y tribunales de garantías en provincias<sup>86</sup>.

Agrega Mama Oclo que al margen de herramientas dialógicas como las antes señaladas, será esencial que en acciones populares se utilicen también otras herramientas propias de una democratización de la justicia, entre ellas los *amigos del tribunal* o *amicus curiae*. En este sentido, recordó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por primera vez introdujo esta figura a las acciones populares en la SCP 1083/2013-L de 30 de agosto<sup>87</sup>, y, también en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre<sup>88</sup>.

Finalmente, Mama Oclo, luego de un profundo suspiro que más que cansancio denota decepción, mirando fijamente a los ojos de su amiga señala que con mucha preocupación se observa la escasa jurisprudencia diseñada a partir de las nuevas herramientas de interpretación de derechos, como los diálogos interculturales, los diálogos inter-jurisdiccionales, los peritajes antropológico culturales, los amigos del tribunal, las audiencias públicas, etc, herramientas que de ser utilizadas, permitirán que la voz de los históricamente oprimidos sea escuchada e incida en la construcción de líneas jurisprudenciales, lo que en gran medida podrá ser una herramienta eficaz para

85 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre. FJ III.2.

86 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1669/2014 de 1 de septiembre. FJ III.2.

87 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.4.

88 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.2.



los cada vez más frecuentes entendimientos arbitrarios del Tribunal Constitucional Plurinacional que mutilan la Constitución.

### 3. CONCLUSIONES

La diosa Themis, conmovida por las palabras de Mama Oclo, bebe el último sorbo de su café y confiesa que el quitarse la venda, es una clara muestra no solo de apertura al diálogo, sino de inicio a un real proceso de *traducción-entendimiento* para dar voz a los históricamente oprimidos en la construcción plural de derechos, la cual tiene una potencial herramienta: La acción popular, la cual plantea el desafío de interpretarla y desarrollar sus presupuestos procesales no desde una visión monocultural propia de la construcción liberal del derecho, sino más bien desde nuevos métodos y pautas hermenéuticas dialógicas que consagren una eficaz tutela de derechos trans individuales.

Con la mirada fija en el horizonte, luego de observar la venda de su amiga al borde de la colorida mesa en la cual el negro café desprende sus últimos aromas, Mama Oclo, resalta lo enriquecedor de este franco diálogo, el cual desveló importantes líneas jurisprudenciales que marcan importantes criterios de progresividad jurisprudencial a través de la acción popular, pero también, a más de diez años de vigencia de la Constitución, este diálogo fue esencial para advertir a las y los lectores sobre las graves regresividades jurisprudenciales basadas en vicios argumentativos que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional en acciones populares, las cuales implican trágicas mutilaciones constitucionales en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- Ariza Santamaría, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia* (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Attard Bellido, M. E (2020). Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Oclo y la Diosa Temis sobre la acción popular a los diez años de vigencia de la Constitución boliviana. En *Diez años de la Constitución boliviana*. Vargas Lima, Alan (coord.). La Paz: Editorial Kipus, pp. 31-57.
- Chivi Vargas, I. M. (2012). *El largo camino de la jurisdicción indígena*. En B. de Sousa Santos y J. L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 275-379). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala.
- Correas, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios* (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.

- De la Torre Rangel, J. A. (2012). *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes.
- De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Del Real Alcalá, A. (2010). La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: desafíos y resistencias. En *Memoria Conferencia Internacional: Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. La Paz: Conced; GTZ.
- Estermann, J. (2009). *Filosofía andina*. La Paz: Instituto Superior Ecueménico Andino de Teología.
- Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_26\\_27/El\\_otro\\_derecho\\_26.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf)
- Huanacuni, F. (2012). *Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*. En K. Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.
- Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67-119). Valencia: Tirant lo Blanc.
- Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 7-29. Recuperado de <https://www.redalyc.org/html/2932/293222977001/>
- Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24. Recuperado de [https://www.academia.edu/6339900/El\\_nuevo\\_constitucionalismo\\_latinoamericano\\_fundamentos\\_para\\_una\\_construcci%C3%B3n\\_doctrinal](https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal)
- Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho: Debates Constitucionales en Nuestra América*, 48, 63-84. Recuperado de [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_48/El\\_otro\\_derecho\\_48.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_48/El_otro_derecho_48.pdf)

- Panikkar, R. (1990). *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: San Esteban.
- Rojo, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>
- Sánchez Botero, E. (2003). *Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico*. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/esther\\_botero.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf)
- Tubino, F. (2005). *La interculturalidad crítica como proyecto ético-político*. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8DTICACOMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>
- Walsh, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala.
- Walsh, C. (2012). *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf>
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.
- Wolkmer, A. C. (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla: MAD.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006a). Hacia una jurisprudencia pluralista. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal*, 377-415. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2006\\_20.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf)
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.



## **El Constitucionalismo Ecológico como Paradigma de una Nueva Relación con la Naturaleza**



### **Rubén Martínez Dalmau - España**

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia

- Profesor Titular de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia.
- Realizó sus estudios de Derecho y obtuvo su Doctorado en la Universidad de Valencia. Es graduado en Ciencias Políticas, Diploma de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas, y Grado en Historia del arte por la UNED.
- Cuenta con el Diploma en Derecho Constitucional de la Academia Internacional de Derecho Constitucional. Realizó estudios doctorales en la Universidad de Friburgo - Alemania, y postdoctorales en la Universidad Federico II de Nápoles - Italia.
- Sus principales líneas de investigación son Democracia y poder constituyente; voto electrónico, constitucionalismo democrático; derechos de la naturaleza y nuevo constitucionalismo latinoamericano.
- Es profesor colaborador en Derecho Constitucional en la Universitat Oberta de Catalunya. Imparte docencia en postgrado en varias universidades europeas y latinoamericanas.



# El Constitucionalismo Ecológico como Paradigma de una Nueva Relación con la Naturaleza

---

*Rubén Martínez Dalmau*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. ¿Los árboles tienen derecho a mantenerse en pie?

A principios de los años setenta del siglo XX Christopher D. Stone (1972:450-501), profesor de Derecho de la Universidad del Sur de California, se preguntaba en la Revista de Derecho de su universidad si desde las ideas jurídicas podría concebirse que un árbol tuviera el derecho a permanecer de pie. La introducción a su estudio se titulaba “Lo impensable” (*The Unthinkable*), e iniciaba con una referencia a la constatación de Darwin sobre la historia de la construcción de la moral humana, que se ha ampliado a medida que se extendía su interés por el mundo. “La historia del Derecho parece desarrollarse paralelamente”, afirmó Stone. Aquello que parecía impensable para el Derecho en un momento histórico dado, como concebir a los niños, a las mujeres o a los esclavos como sujetos de derechos, empezó a pensarse a medida que se daban las condiciones para ello. “¿Había llegado el momento de reconocer el derecho al ambiente?”, se acabaría preguntando. Para Stone, más que una novedad se trataba de un reconocimiento, pues la jurisprudencia norteamericana lo había decidido así de manera más o menos explícita desde finales del siglo XIX. Ningún obstáculo jurídico parecía imponerse ante tal reconocimiento; es más, los cambios en la conciencia de las personas aconsejaban dar ese paso y concebir, finalmente, que los árboles tienen el derecho a mantenerse en pie.

Cincuenta años después de la publicación del artículo de Stone, el parlamento español aprobó la ley que reconoce la personalidad jurídica a una entidad natural: el Mar Menor, en Murcia<sup>1</sup>. Se trata de una innovación en el ordenamiento jurídico español y, en buena medida, europeo, cuyo origen se encuentra en una iniciativa legislativa popular que contó con centenares de miles de firmas obtenidas en toda la geografía española<sup>2</sup>. No se trata, desde luego, de un hecho aislado de la tendencia global, porque el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos forma parte ya de un número importante de ordenamientos jurídicos. La concienciación de los problemas relacionados con el deterioro de la Naturaleza y, por ello, de nuestro entorno vital, en particular los ecosistemas y el clima, ha calado profundamente en las sociedades de todo el mundo, que reivindican ir más allá de las medidas clásicas de protección del medio ambiente.

---

1 Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. BOE nº 237, de 3 de octubre de 2022.

2 El proceso de recogida de firmas fue producto de la iniciativa de los movimientos ciudadanos a favor de la protección del Mar Menor a partir de octubre de 2020. *Vid.* III.

Se avanza así hacia el denominado *giro ecocéntrico* o *giro ecológico*, que hace referencia a la construcción de una ética ecológica, un sistema de valores holístico que reconoce el valor intrínseco de la Naturaleza en su totalidad, y no solo en el componente humano. Leopold (2019:329 y ss) en la primera mitad del Siglo XX ya había advertido sobre esta necesidad de construcción de una ética de la tierra basada en la armonía del ser humano con la Naturaleza, la preservación de la integridad de la comunidad biótica, y la construcción de una conciencia ecológica. En la actualidad una gran parte de la doctrina sostiene que el giro ecocéntrico subyace en la transversalidad de los Objetivos del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030 -la hoja de ruta de Naciones Unidas para el desarrollo humano- (Tienda, 2020:17-28), y en el Pacto verde europeo (*European Green Deal*), la más importante apuesta ecológica que ha realizado en su historia la Unión Europea y que pretende la descarbonización del continente a mitad del presente siglo (Tremolada y Martínez, 2022:152 y ss).

En el medio siglo transcurrido entre los dos hitos, el artículo de Stone y la ley de derechos del Mar Menor, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos ha sido cada vez más frecuente en los ordenamientos jurídicos comparados. Pero cabe rastrear el origen de la idea y hallarlo en las cosmovisiones indígenas principalmente americanas, africanas y oceánicas, vigentes a través de la aplicación del pluralismo jurídico por parte de pueblos originarios. Es cierto que el concepto “derechos” como categoría constituye la columna vertebral de la concepción liberal del Derecho y responde a las transformaciones del Estado a partir de las revoluciones constitucionales del Siglo XVII. Estas construcciones se fundamentaron, afirma Clavero (1997:23 y ss), en la diferenciación entre la sociedad civilizada y la población indígena, por cuanto esta última no satisfacía el requisito de individualidad propietaria que franquea el acceso a la condición constitucional de sujeto, lo que la marginó de las sociedades construidas en los territorios bajo dominación de los imperios europeos. Pero también es cierto que la idea que subyace en el giro ecocéntrico es la relación simbiótica de la persona en la Naturaleza y la vigencia de una cosmovisión que rompe cualquier barrera conceptual entre ser humano y entorno natural; el ser humano es Naturaleza, y así lo conciben los pueblos originarios. Es ese planteamiento el que hace posible el diálogo que da contenido a los *derechos de la Naturaleza* desde los pensamientos filosóficos de los pueblos indígenas (Storini y Quizhpe, 2019:51 y ss).

Este artículo se propone explicar cómo se ha producido la evolución en el Derecho que ha permitido el reconocimiento en el ordenamiento jurídico español de un elemento natural, como es una laguna, como sujeto de derechos. Para ello desarrollará el concepto “derechos de la Naturaleza” en su origen y evolución; analizará la introducción del término en el Derecho constitucional en algunos casos de renombre en el constitucionalismo comparado, bien en los textos constitucionales, a través de la jurisprudencia constitucional o por innovaciones legislativas; por último, concluirá en el análisis del Mar Menor y su cuenca como sujeto de derechos en el ordenamiento



jurídico español para explicar a qué responde esta innovación y cuál es su encaje en nuestro marco constitucional.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. La construcción del concepto “derechos de la Naturaleza” y la ética ecológica

Entendemos por “derechos de la Naturaleza” al hecho de que la Naturaleza en su conjunto, o diferentes elementos naturales en particular, sean reconocidos por determinado ordenamiento jurídico como titulares de derechos, con el despliegue de efectos que este estatuto comporta. La determinación de los derechos particularmente reconocidos varía en los ordenamientos jurídicos comparados, aunque el derecho a ser y a existir es el más habitual. El reconocimiento se enmarca en el denominado *enfoque ecocéntrico*, que reconoce a la vida en su conjunto como valor primordial de las actuaciones antrópicas, y que asiste a la construcción de la ética ecológica entendida como una ética global; una ética que concibe al ser humano como integrado en un medio en el que comparte su vida con otras especies y con un sustrato físico que soporta y hace posible esa misma vida (Costa, 2009:114). La conclusión más importante de este reconocimiento lo planteó Stutzin (1984:98) al describir su conocido *imperativo ecológico*: reconocer a la Naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural.

Los fundamentos filosóficos de la relación ética entre el ser humano y la Naturaleza hunden sus raíces en el origen de la humanidad (Hash, 1989:13 y ss), y una de sus derivadas actuales se explica en la resistencia de los pueblos indígenas a la imposición cultural propia de la modernidad. El relato de pensamiento construido desde la modernidad occidental fue impuesto a los territorios colonizados a partir del final del siglo XV a medida que el mundo moderno construía y, a la vez, descubría la relación metrópoli-colonia, lo que permitió levantar una hegemonía del pensamiento occidental -aun hoy vigente- durante lo que Mignolo (2016) denominó *el lado más oscuro del Renacimiento*. Un pilar de esta construcción ideológica fue la concepción antropocéntrica del mundo, construida en sus cimientos desde el humanismo, y que encontró en el racionalismo -*cogito, ergo sum*- y la Ilustración sus máximos exponentes. La Naturaleza, desde este enfoque, estaba a plena disposición del ser humano; era su proveedor de servicios, lo que constituyó el discurso dominante durante siglos (Dancer, 2021:23). Los pueblos originarios de los territorios colonizados encabezaron mecanismos de resistencia como el aislamiento, la lucha o el sincretismo, para mantener sus cosmovisiones sobre la relación del ser humano con la Naturaleza-mundo frente a las matrices coloniales (Varese, 2018).

En América Latina, en particular, las brechas de la colonialidad y, a partir de los procesos de independencia, las condiciones y debilidades de las repúblicas criollas instaladas, fueron aprovechadas por los pueblos originarios para resistir a determinadas

imposiciones del pensamiento colonizador, y una de estas resistencias fue la relación con la Naturaleza. Sánchez Pirela (2008:81-96) lo explica como la pervivencia de una ética ecológica amerindia como pensamiento filosófico diferenciado de cualquier concepto validado en el mundo occidental, y que se manifiesta en la armonía con la Naturaleza, en la convivencialidad y en el bienestar común; en definitiva, en una ética de la vida. Las transformaciones del Estado moderno en la contemporaneidad y el auge de la idea de Estado-nación, basado en la uniformidad de un único Derecho aplicable dentro de las fronteras del Estado -esto es, la negación formal del pluralismo jurídico- y en la homogeneidad nacional, estaban plenamente vigentes durante los procesos emancipatorios latinoamericanos, cuyas élites dirigentes en ningún momento cuestionaron la hegemonía del Estado moderno ni pensaron en formas alternativas de organización política (cfr. Aparicio, 2011: 7-30). Los pueblos originarios dejaron de resistir a una forma de colonización para resistir a otra forma de colonización.

Cuando a principios del siglo XXI se concibió desde del Derecho la denominada *jurisprudencia de la tierra* (*Earth jurisprudence*), en la cual se admitió la capacidad subjetiva de la Naturaleza para ser sujeto de derechos, se produjo cierta conciliación entre las formas hegemónicas y las subalternas de pensamiento históricamente enfrentadas. Ciudades norteamericanas como Spokane, en el Estado de Washington, o Barnstead, en New Hampshire, iniciaron desde la normativa municipal los primeros pasos en su incorporación en la ética ecológica. La ordenanza de Barnstead *Water Rights and Local Self-government Ordinance*, en su reforma de 20 de octubre de 2007, determina que “las comunidades naturales y los ecosistemas poseen derechos inalienables y fundamentales. Los derechos a existir y florecer dentro de la ciudad de Barnstead. Los ecosistemas incluirán, entre otros, humedales, arroyos, ríos, acuíferos, y otros sistemas de agua”. Entre 2006 y 2008 al menos seis ordenanzas norteamericanas declararon personas jurídicas a los ecosistemas y comunidades naturales (Huneus, 2022:144). En estos avances desde lo local hacia lo global, los principales sujetos reconocidos fueron los ríos, y los pueblos nativos americanos consideraron que este reconocimiento empoderaba a los pueblos indígenas de todo el mundo (Takacs, 2021:600).

En el ámbito del Derecho internacional, Naciones Unidas abrazó el concepto en 2009 con la resolución de la Asamblea General sobre *Armonía con la Naturaleza*<sup>3</sup>, y fue reafirmado en el documento “El futuro que queremos” de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (2012). El fundamento del programa *Armonía con la Naturaleza* es potenciar la protección y la armonía con la Naturaleza a través de la jurisprudencia de la tierra; esto es, las decisiones legislativas o jurisprudenciales a favor de la sostenibilidad del planeta<sup>4</sup>. El apartado 39 de *El futuro que queremos* reconoce “que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que *Madre Tierra* es

---

3 A/RES/64/196.

4 Naciones Unidas pone a disposición pública los avances realizados en este sentido en su sitio web <http://www.harmonywithnatureun.org/>

una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la Naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la Naturaleza”. En este sentido, el apartado 40 apuesta decididamente por la construcción de una ética ecológica, puesto que solicita “que se adopten enfoques holísticos e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la Naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”. Los avances han sido, desde entonces, constantes.

En definitiva, es sencillo reconocer la naturaleza del concepto *derechos de la Naturaleza*: su origen responde a las cosmovisiones ecocéntricas de los pueblos originarios en varias latitudes del mundo que sobrevivieron a las notables acometidas por parte del Estado-nación y resistieron a la uniformización del Derecho. A su vez, el Derecho hegemónico en su evolución ha sido permeado por este enfoque, lo que ha permitido con el paso del tiempo que se generaran las transformaciones necesarias para redefinir una ética ecológica, y en ella el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. Se trata, como afirma Díaz Revorio (2020:155), de una expresión “profundamente mixta o híbrida, en la medida en que en ella confluyen elementos originados en la cultura occidental (el concepto de derechos, que tiene como base la idea de la dignidad humana) con otros de cultura indígena (la idea de Pacha Mama, como identificación de un ente vivo y sagrado del que todos formamos parte, y que es a la vez madre y hábitat)”. En definitiva, la superación del antropocentrismo por el ecocentrismo en ningún momento pone en jaque la dignidad de la persona como fundamento de los derechos, sino que amplía su foco de garantía abrazando el reconocimiento y la protección holística de la vida en el planeta.

## **2.2. El reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en el Derecho comparado**

El giro ecocéntrico y el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos ha incidido en ordenamientos jurídicos comparados, donde se ha introducido por tres vías: su incorporación en los textos constitucionales, la interpretación ecocéntrica realizada por la jurisprudencia constitucional, y la entrada en vigencia de normas ecocéntricas en su forma de ley estatal o en normativas de otros ámbitos, como el federado o el local. Tratemos brevemente estos tres métodos de incorporación comparada de los derechos de la Naturaleza.

La introducción por vía constitucional tuvo lugar en la Constitución ecuatoriana de 2008, conocida como Constitución de Montecristi. El art. 10.2 de la Constitución determina que “La Naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, y su desarrollo se encuentra en el capítulo séptimo del Título II (“Derechos”). Su presencia traduce la influencia que sobre el proceso constituyente de

Montecristi tuvieron las concepciones ecocéntricas sobre la Naturaleza abanderadas por movimientos ciudadanos y organizaciones indígenas invocando sus conocimientos ancestrales (Prieto, 2013:65-67). Estas previsiones constitucionales han desplegado una jurisprudencia de vanguardia desde la decisión fundante de la Corte Provincial de Justicia de Loja reconociendo los derechos del río Vilcabamba<sup>5</sup>, y ha escalado hasta la Corte constitucional ecuatoriana en decisiones de gran trascendencia constitucional como la que limita la posibilidad de desviar las aguas de los ríos, o las que reconoce los derechos de los ecosistemas del manglar o de un bosque. Veamos brevemente estos últimos tres casos.

En el primer asunto sobre el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras<sup>6</sup>, respecto al curso de las aguas entiende la Corte constitucional ecuatoriana que la Constitución limita la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico. El caso inició cuando a título particular determinadas personas presentaron una acción pública de inconstitucionalidad dos artículos del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras que habilitaban a modificaciones y desvíos en los cursos de las aguas simplemente a través de resolución administrativa de la Autoridad Única del Agua, administración independiente responsable de la gestión integrada e integral de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas. En la sentencia, la Corte determina que “el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal requiere de una autorización o permiso, respectivamente, no son en abstracto incompatibles con los derechos de la Naturaleza a que se respete integralmente su existencia; a que se regeneren sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, o a la restauración” (pár. 72). En todo caso podría serlo en casos particulares, puesto que “las autoridades destinadas a emitir estos permisos deben ser garantes de los derechos de la Naturaleza y del acceso al agua” (pár. 73). “la autorización de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico no puede constituir un mero trámite de carácter administrativo” (pár. 75), por lo que obliga a aplicar el principio de reserva legal y que solo el Legislativo a través de ley orgánica puede habilitar a desviar el curso natural de un cuerpo hídrico.

En la sentencia sobre los Manglares<sup>7</sup>, la jurisprudencia constitucional reconoció la titularidad de derechos de los ecosistemas del manglar. El caso se inició cuando varias asociaciones ecologistas presentaron una acción pública de inconstitucionalidad contra determinadas normas del Código Orgánico del Ambiente, aprobado por la Asamblea Nacional en 2017, y del desarrollo reglamentario de dicho Código, aprobado por el Gobierno en mayo de 2019, por entender que afectarían al ecosistema del manglar. La Corte constitucional entiende probada la importancia de los manglares en el hábitat terrestre y la interrelación entre su ecosistema y los seres que habitan

---

5 Sentencia de 2011, Juicio nº 11121-2011-0010. Es conocida por ser la primera decisión judicial que aplica directamente el art. 10.2 de la Constitución ecuatoriana de 2008. Al respecto, cfr. Viciano, 2019:150-153.

6 Caso No. 32-17-IN, de 2021.

7 Caso 22-18-IN, de 2021.

alrededor del manglar. La sentencia declaró la inconstitucionalidad de determinados artículos de ambas normas, entre otros argumentos por entender la impropiedad un concepto jurídico indeterminado como “otras actividades productivas”. El fundamento es el estatuto constitucional de la Naturaleza: “La Naturaleza ha sido reconocida como titular de derechos en la Constitución. La Naturaleza no es un ente abstracto, una mera categoría conceptual o un simple enunciado jurídico. Tampoco es un objeto inerte o insensible. Cuando la Constitución establece que hay que respetar “integralmente” la existencia de la Naturaleza y reconoce que es “donde se reproduce y realiza la vida”, nos indica que se trata de un sujeto complejo que debe ser comprendido desde una perspectiva sistémica” (pár. 26).

Finalmente, en la sentencia del Bosque Protector Los Cedros<sup>8</sup>, la Corte constitucional ecuatoriana dio un paso más en la consideración jurídica de los derechos de la Naturaleza. El caso proviene de la revisión de la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura en el marco de una acción de protección presentada por Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Ana de Cotacachi, en el Noroeste del país, cantón de la provincia de Imbabura situado en un área de alto valor ecológico -la zona de Intag y la cordillera del Toisán- donde se sitúa una parte importante de los bosques protectores ecuatorianos. El Bosque Protector los cedros estaba protegido por el Gobierno ecuatoriano desde 1994, en particular por su condición de bosque lluvioso o bosque nublado derivada de su elevación. No obstante, el Gobierno ecuatoriano otorgó en 2017 concesiones mineras para minerales metálicos a la Empresa Nacional Minera ENAMI EP. Las autoridades del municipio de Cotacachi se rebelaron contra esta decisión, que entendían afectaba de pleno al área de reserva ecológica, y presentaron una acción de protección en la que impugnaron las concesiones administrativas, que fue rechazado en primera instancia. Los recurrentes apelaron la decisión ante la Corte Provincial de Justicia de Imbabura que solo aceptó la acción en parte, lo que provocó que tanto la empresa nacional minera como el municipio afectado presentaran una acción extraordinaria de protección ante la Corte constitucional, aunque solo se aceptó la de la empresa minera.

En la decisión de la Corte constitucional se declara la vulneración de los derechos de la Naturaleza correspondientes al Bosque Protector Los Cedros, la vulneración del derecho al agua y ambiente sano de las comunidades aledañas y la vulneración del derecho de consulta. A los efectos de este trabajo, interesa en particular la primera de las vulneraciones y la argumentación planteada por la Corte. En primer lugar, el Tribunal entiende que todas las normas constitucionales cuentan con fuerza normativa desde la propia Constitución. “No constituyen solamente ideales o declaraciones retóricas, sino mandatos jurídicos” (pár. 35); por lo tanto, “el respeto a los derechos de la Naturaleza también incluye el deber que todo órgano con potestad normativa tiene de adecuar formal y materialmente dichas normas a estos derechos,

8 Caso 1149-19-JP/20, de 2021.

como a los demás derechos constitucionales” (pár. 36). Pero el principio de aplicación directa va acompañado, además, del principio interpretativo de favorabilidad hacia la Naturaleza, conocido como *in dubio pro natura*, que se obtiene del art. 395.4 de la Constitución<sup>9</sup>, por el cual “por el cual en caso de duda sobre el alcance específica y exclusivamente de la legislación ambiental, debe interpretarse en el sentido más favorable a la protección de la Naturaleza” (pár. 40). En segundo lugar, la Corte hace referencia al valor de la Naturaleza por sí misma independientemente de la utilidad que la Naturaleza pueda tener para el ser humano. Por último, la Corte constitucional se refiere al cambio de paradigma que implica el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza por la Constitución ecuatoriana: “Se trata de un cambio de paradigma jurídico porque históricamente el Derecho ha sido funcional a la instrumentalización, apropiación y explotación de la Naturaleza como un mero recurso natural. Los derechos de la Naturaleza plantean que para armonizar su relación con ella, sea el ser humano el que se adapte de forma adecuada a los procesos y sistemas naturales, de allí la importancia de contar con el conocimiento científico y los saberes comunitarios, especialmente indígenas por su relación con la Naturaleza, sobre tales procesos y sistemas”. (pár. 52).

La ecuatoriana es en estos momentos la única Constitución de ámbito estatal que expresamente se refiere al reconocimiento de la Naturaleza como titular de derechos<sup>10</sup>. La Convención constitucional chilena de 2021-2022 contó con una comisión, la quinta, denominada *Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales y Modelo Económico*; el artículo primero de la Propuesta de Constitución de la República de Chile de 2022 describía al Estado chileno como ecológico, y el giro ecocéntrico entró de lleno en el art. 8 del texto constitucional. “Las personas y los pueblos son interdependientes con la Naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable. El Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la Naturaleza y la organización de la sociedad”. Por su parte, el art. 127 determinaba taxativamente que “La Naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos”. No obstante, el proyecto chileno fue rechazado<sup>11</sup> y finalmente no se tradujo en texto normativo.

Una segunda vía de incorporación del giro ecocéntrico en los ordenamientos ha sido la jurisprudencia constitucional. Es el caso de la India<sup>12</sup> y, en especial, de Colombia,

9 Art. 395.4 Constitución del Ecuador: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la Naturaleza”.

10 El reconocimiento ha ganado terreno en Constituciones de Estados federados; por ejemplo, en México tanto la Constitución del Estado de Guerrero en su reforma de 2014 (art. 2), como de la Ciudad de México de 2017 (arts. 3.2 y 13.A), y la del Estado de Colima en su reforma de 2019 (art. IX), hacen referencia a la titularidad de la Naturaleza como sujeto de derechos.

11 Referéndum (*plebiscito constitucional*) de 4 de septiembre de 2022, en el que el 38.11% aprobó el texto, mientras que el 61.89% lo rechazó. (Fuente: *Servicio electoral de Chile*).

12 Sentencia de la Corte Suprema de Punjab y Haryana en Chandigarh de 2 de marzo de 2020, que declaró al Lago Sukhna con derecho a la existencia, preservación y conservación.

cuya sentencia de la Corte constitucional sobre los derechos del río Atrato<sup>13</sup>, en el departamento del Chocó, de mayoría afrocolombiana, inició la incorporación de los derechos de la Naturaleza en el ordenamiento constitucional colombiano. El interés de la sentencia T-622 de 2016 sobre el río Atrato de la Corte constitucional colombiana no estriba solo en el hecho de que introduce el concepto jurídico de derechos de la Naturaleza en el ordenamiento colombiano, sino que va más allá: lo efectúa desde la interpretación de la Constitución colombiana de 1991, que no realiza ninguna alusión explícita a la Naturaleza como sujeto de derechos.

Veamos sucintamente el caso tratado ante la Corte Constitucional: el río Atrato, uno de los ríos más caudalosos de Suramérica, cruza el departamento del Chocó de Sur a Norte hasta su desembocadura en el océano Atlántico. Gracias a sus características y navegabilidad se convierte no solo en una fuente de agua y recursos, sino también un importante medio de locomoción en una parte del continente mal dotada de vías por la falta de infraestructuras y las condiciones geográficas. Pero es también, y aquí recae la importancia, una de las zonas con mayor biodiversidad del planeta. El departamento del Chocó, de mayoría afrocolombiana, es uno de los más pobres del país, cuenta con una importante presencia indígena. Fueron justamente los representantes de las comunidades étnicas chocoanas las que interpusieron la acción de tutela que suscitó la decisión de la Corte. Denunciaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, con la utilización de maquinaria pesada y sustancias altamente tóxicas, como el mercurio, en el río Atrato, sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, con consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, y que afectan a los derechos de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan. El Tribunal decidió no dar curso a la demanda por cuestiones procesales. En segunda instancia se confirmó la sentencia impugnada, afirmando el Consejo de Estado que no existía vulneración de los derechos colectivos alegados. El fallo, no obstante, llegó a la Corte constitucional a través de su facultad de revisión, lo que daría pie a la primera sentencia constitucional colombiana que reconoce los derechos de un elemento natural: el río Atrato.

La argumentación que realiza la sentencia siguió el siguiente hilo argumental: arranca de la fórmula Estado social de derecho (Fund. IV.4) prescrita en la Constitución de 1991 y con amplia cobertura jurisprudencial, en particular en relación con la dignidad humana y poniendo el énfasis en los principios de diversidad étnica y cultural de la nación, de justicia social, de bienestar general, y de prevalencia del interés general. A partir de estas consideraciones expone una serie de argumentos a favor de la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad (Fund. IV.5), y la importancia de lo que la Corte denomina la “Constitución ecológica”; esto es, las decenas de disposiciones constitucionales dirigidas a proteger de forma integral el medio ambiente y garantizar

---

13 Sentencia de la Corte constitucional colombiana T-622, de 2016.

un modelo de desarrollo sostenible. La relación es inmediata con la protección especial que requieren los ríos y los bosques, la biodiversidad, y el derecho al agua. La ponderación se realizará desde la otra cara de la moneda: la minería, y la importancia que ha tenido para el desarrollo del país (Fund. IV.7). Todo ello le conduce, finalmente, a dar por probada la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, y responsabilizar de esa violación a la omisión de los poderes públicos tanto a nivel municipal como regional y estatal (Res. 3ª). Pero, en lo que aquí concierne, es la decisión de la Corte de abrazar en enfoque ecocéntrico (Fund. IV.5.9) y reconocer al río Atrato como “entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Fund. IV.9.31 y Res. 4ª) afirmando que “la justicia con la Naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la Naturaleza pueda ser sujeto de derechos” (Fund. IV.9.31).

La jurisprudencia constitucional a partir de la decisión constitucional sobre el río Atrato ha desencadenado en Colombia una cascada de decisiones incorporadas en el marco de la ecocentricidad en jueces y tribunales de todo el país, desde las primeras instancias hasta la Corte Suprema<sup>14</sup>, y ha servido también para delimitar los límites de los derechos y los instrumentos aplicables en su garantía, como ocurrió con las

14 En este sentido, cfr. la Sentencia de la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia 4360-2018, de 5 de abril de 2018, en la que “se reconoce a la Amazonía colombiana como entidad, sujeto de derechos, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración” (consideración 14); sentencia 15238 de 9 de agosto de 2018, del Tribunal Administrativo de Bogotá, respecto al Páramo de Pisba, ecosistema de montaña en la cordillera oriental de los Andes colombianos; sentencia 2019-076, de 17 de junio de 2019, del Tribunal Superior de Medellín, que reconoce al río Cauca, su cuenca y afluentes, como “sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración” (resolución 2ª); sentencia 31, de 12 de julio de 2019, del Juzgado tercero de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, que reconoce al río Pance, “su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración” (resolución 1ª); sentencia 71, de 24 de octubre de 2019, del Juzgado primero penal de Neiva, Huila, respecto al Río Magdalena, su cuenca y afluentes (resolución 3ª); caso 02 -2018, Auto SRVBIT, de 12 de noviembre de 2019, de la Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la Jurisdicción especial para la paz, que declara “víctima” en su calidad de sujeto colectivo del derecho al Katsa Su, gran territorio Awá, y a los 32 cabildos indígenas Awá (resolución 1ª); sentencia 030-002, de 5 de diciembre de 2019, del Tribunal Administrativo del Quindío, que reconoce los derechos del Río Quindío “desde su nacimiento, su cuenca, afluentes y hasta su desembocadura” (Declaración 1ª); sentencia 3872-2020, de 18 de junio de 2020, de la Corte Suprema de Justicia, sobre el reconocimiento como sujeto de derechos de Vía Parque Isla Salamanca, en la costa Caribe, donde confluyen las aguas dulces del río Magdalena con las salinas del mar; sentencia 73001, de 15 de septiembre de 2020, del Tribunal Superior de Ibagué, que declara que “el Complejo de Páramos Las Hermosas es Sujeto Especial de Derechos para su protección, conservación y preservación con enfoque integral. En consecuencia, se tutelan los derechos fundamentales del Complejo de Páramos Las Hermosas a la vida, a la salud y a un ambiente sano”; sentencia 73001, de 28 de agosto de 2020, confirmada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 10716, de 25 de noviembre de 2020, que declara que el Parque nacional natural Los Nevados es sujeto de derechos a la vida, a la salud y al ambiente sano; sentencia 0047, de 1 de diciembre de 2020, del Juzgado del Circuito oral de Sogamoso, que declara “que el Lago de Tota, el lago más grande de Colombia, en el departamento de Boyacá, y su cuenca hidrográfica, ostenta la calidad de sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración”; sentencia 41001, de 20 de mayo de 2021, del Juzgado primero de lo Penal de Neiva, Huila, que reconoce al río Fortalecillas como “una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado”.



sentencias respecto a *Chucho*, el oso de anteojos<sup>15</sup>. Puede hablarse de un verdadero cambio hacia el paradigma ecocéntrico.

La tercera vía de incorporación del giro ecocéntrico en ordenamientos jurídicos comparados ha sido la legislativa: la aprobación por parte de parlamentos estatales de leyes que reconocían a la Naturaleza en general, o a determinados elementos naturales en particular, como titulares de derechos. Es el conocido caso de Nueva Zelanda, que reconoció los derechos del área natural Te Urewera, en el Norte del país, en 2014<sup>16</sup>, a la que concede “identidad en sí misma” (*identity in and of itself*, art. 3.3). También se reconoció en 2017 la personalidad a un río, Te Awa Tupua o Whanganui<sup>17</sup>, en la isla Norte del país, al que reconoce su personalidad propia y los derechos, deberes, facultades y responsabilidades que se desprenden de ella (art. 14). Ambos elementos naturales protegidos son considerados sagrados por los pueblos originarios maoríes; el área alrededor del río Whanganui, como describe Colón-Ríos (2019:73-76), era previamente a la colonia una de las más densamente pobladas por los maoríes, cuyos jefes de los pueblos *-iwis-* maoríes suscribieron con la Corona inglesa el Tratado de Waitangi en 1840 que dio paso al proceso de colonización, y cuyo tribunal, establecido en 1975 para resolver las reclamaciones maoríes en relación con el Tratado, determinó que el Estado no había realizado los esfuerzos necesarios para mantener la vida física y espiritual del río. *Te Awa Tupua Act*, de hecho, dejó constancia de los agradecimientos y disculpas dadas por la Corona al iwi Whanganui.

En Australia, el parlamento del Estado federado de Victoria aprobó en 2017 la Ley de Protección del río Yarra<sup>18</sup>, en torno al cual se fundó la ciudad de Melbourne, y que considera al río como “una entidad natural viva e integrada” (art. 1.1.a), al tiempo que considera a los habitantes tradicionales como vigilantes del río (art. 12.2). Cabe recordar que tanto Nueva Zelanda como Australia, son sistemas jurídicos con predominio del *common law*; no poseen Constitución sistematizada, por lo que las leyes cumplen este papel.

En Bolivia, la incorporación de los derechos de la Naturaleza se realizó también por vía legal unos meses después de aprobada la Constitución de 2009<sup>19</sup>; el artículo 3 hace referencia tanto al significado como al origen del reconocimiento de los derechos de

---

15 La Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia AHC4806-2017, de 26 de julio de 2017, concedió al Ojo de Anteojos Chucho protección por vía de hábeas corpus (resolución 1ª), afirmando que “si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía suprallegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como “seres sintientes”. Tras varias decisiones vacilantes al respecto, finalmente la Sentencia SU016/20, de 23 de enero de 2020 de la Corte Constitucional puso fin al asunto afirmando que el habeas corpus persigue la libertad de las personas, y que constituye una vía manifiestamente inconducente para resolver la libertad de un animal silvestre (ap. 5.2.2.). El caso ha producido interesantes reflexiones sobre el “habla” del animal en el juzgado, como la de Ángel (2022).

16 Te Urewera Act, 2014.

17 Te Awa Tupua Act, 2017.

18 Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act, 2017.

19 Ley 71, de 2010, de Derechos de la Madre Tierra.

la Naturaleza en su conjunto y al pluralismo jurídico que la nutre en su concepción (Montaño, 2015): “ La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. Por su parte, en Panamá se aprobó en 2022 la ley de reconocimiento de los derechos de la Naturaleza<sup>20</sup>, que la define como “un ente colectivo, indivisible y autorregulado y conformado por sus elementos, biodiversidad y ecosistemas interrelacionados entre sí” (art. 3).

Por último, hay que tener en cuenta que numerosas normativas de carácter local han reconocido a elementos naturales como sujetos de derechos. Se han citado ya algunos casos norteamericanos que fueron pioneros en este sentido<sup>21</sup>, a los que cabe sumar legislaciones locales en Canadá y Brasil, entre otras. En Canadá, la Municipalidad regional del condado de Minganie, en el Québec, reconoció los derechos del río Magpie-Mutehekau Shipu<sup>22</sup> en un amplio catálogo que incluye el derecho a vivir, a existir y a fluir; a sus ciclos naturales; a la regeneración y restauración; y a entablar un juicio (Part. 4). En Brasil, el municipio de Paudalho, en Pernambuco, reformó en 2018 su Ley Orgánica Municipal<sup>23</sup> para reconocer el derecho de la Naturaleza a existir, prosperar y evolucionar (art. 181).

### **2.3. La introducción del enfoque ecocéntrico en España: el reconocimiento del Mar Menor como sujeto de derechos**

La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, introduce al ordenamiento jurídico español en el enfoque ecocéntrico al reconocer la titularidad jurídica de un ente natural no sintiente. La legislación es novedosa en España y pionera en Europa, aunque el ordenamiento jurídico español ya había reconocido las obligaciones de las personas respecto a animales sintientes no humanos<sup>24</sup>. Su origen fue una iniciativa legislativa popular que siguió los cauces previstos en la Constitución española y en la normativa

---

20 Ley 287, de 24 de febrero de 2022, que reconoce los derechos de la Naturaleza y las obligaciones del Estado relacionadas con estos derechos.

21 V. gr., Yellow Springs, en Ohio (ordenanza 2012-17), que no solo reconoce que “los ecosistemas y las comunidades naturales poseen el derecho a existir y florecer en el pueblo” (Secc. 4 b), sino que prohíbe la extracción de gas y de petróleo, así como la instalación de pozos de inyección (Secc. 5).

22 Resolución 25-21, de 17 de febrero de 2021.

23 Enmienda a la Ley Orgánica Municipal de Paudalho nº3, de 5 de enero de 2018.

24 Tanto en la legislación estatal -propia o por transposición de directivas europeas- como autonómica; v. gr., Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana sobre protección de animales de compañía, o Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía en la Región de Murcia.

de desarrollo<sup>25</sup>, y que obtuvo amplios apoyos en su trámite parlamentario hasta la aprobación final (Vicente, 2022: 252-256).

El Preámbulo de la Ley 19/22 motiva la aprobación de un instrumento de esta envergadura: por un lado, pone atención en la crisis socio-ambiental, ecológica y humanitaria que vive el Mar Menor y los habitantes de los municipios ribereños; por otro, advierte que los instrumentos jurídicos de protección puestos en marcha hasta el momento<sup>26</sup> habían sido insuficientes. Aboga, en este sentido, por una “interpretación ecocéntrica de nuestro ordenamiento jurídico” que “amplía la categoría de sujeto de derecho a las entidades naturales, con base en las evidencias aportadas por las ciencias de la vida y del sistema tierra. Estas ciencias permiten fundamentar una concepción del ser humano como parte integral de la Naturaleza, y nos obliga a afrontar la degradación ecológica que sufre el planeta tierra y la amenaza que eso conlleva para la supervivencia de la especie humana”.

El artículo primero de la Ley declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, que se reconoce como sujeto de derechos. Del artículo segundo se desprenden los derechos que engloban esa titularidad: el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente; y los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños. En consonancia con otras formas comparadas de representación, el artículo 3 establece la manera como se llevará a cabo la tutoría del Mar Menor: un Comité de Representantes, compuesto por trece miembros de las Administraciones Públicas y de la ciudadanía de los municipios ribereños; una Comisión de Seguimiento (*guardianas o guardianes de la Laguna del Mar Menor*), formado por un representante titular y otro suplente de los ocho municipios ribereños o de cuenca y de los sectores sociales y económicos afectados; y un Comité Científico, del que formará parte una comisión independiente de científicos y expertos, las universidades y los centros de investigación involucrados<sup>27</sup>. Por otro lado, el artículo 6 amplía la legitimidad activa para la defensa del ecosistema del Mar menor a cualquier persona física o jurídica que entienda que se ha producido una vulneración de los derechos del ente natural, y a continuación el artículo 7 establece las obligaciones de las Administraciones públicas en referencia al nuevo titular de derechos.

Estamos, por lo tanto, ante una evolución de primera magnitud en la relación entre el ordenamiento jurídico español y la Naturaleza, puesto que un ente natural esta está

---

25 Art. 87.3 CE, donde se establece la acreditación de no menos de 500.000 firmas para su ejercicio, y la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular. Según los organizadores en un año se consiguieron 639.824 firmas, que fueron entregadas a la Oficina Central del Censo Electoral, sin que fuera necesario utilizar la prórroga que había sido concedida (Vicente 2022:254-255).

26 En particular, la Ley 1/2018, de 7 de febrero, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad ambiental en el entorno del Mar Menor -actualmente derogada- y la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor, ambas de la Región de Murcia.

27 Las universidades de Murcia y Alicante, el Instituto Español de Oceanografía (Centro Oceanográfico de Murcia), la Sociedad Ibérica de Ecología y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

siendo reconocido no solo como *objeto* de regulación sino como *sujeto* de derechos. Pocas dudas pueden haber acerca de su constitucionalidad: por un lado, respecto a la titularidad de la competencia, corresponde al Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23ª CE). Por otro, la Constitución española fue una de las primeras en incorporar el derecho al medio ambiente (art. 45.1 CE) y en determinar la obligación constitucional de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales “con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45.2 CE), estableciendo sanción penal o administrativa a quienes incumplan por el precepto, así como el principio de reparación del daño causado (art. 45.3 CE). Esto es, tanto competencial como sustantivamente la Ley 19/22 cumple y desarrolla la voluntad constitucional.

El reconocimiento de la titularidad jurídica del Mar Menor abre la puerta a una nueva forma de comprender la relación entre las personas y la Naturaleza por parte del ordenamiento jurídico español; la inauguración de una ética ecológica de dimensiones aún por explorar. De hecho, por parte de la doctrina se ha propuesto este reconocimiento respecto a otros entes naturales que requieren de una consideración jurídica estatal o internacional, como el Mar Mediterráneo (Camisón, 2022; Lasa, 2022). A través de la ley que determina los derechos del Mar Menor el ordenamiento jurídico español asume una posición de vanguardia en consonancia con las tendencias del constitucionalismo comparado.

### 3. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la titularidad jurídica y los derechos de la laguna del Mar Menor y su cuenca en el ordenamiento jurídico español constituyen la puerta de entrada hacia un enfoque ecocéntrico a la hora de determinar la relación entre el Derecho y la Naturaleza, y está en consonancia con grandes asuntos que preocupan a un nivel global, como la preservación de la vida en la Tierra y la lucha contra el cambio climático. Asuntos que requieren respuestas desde el Derecho no solo en cuanto a las regulaciones y prohibiciones, sino también desde el enfoque de relación ética entre el ser humano y el mundo natural del que forma parte.

El enfoque ecocéntrico está presente en los ordenamientos jurídicos más o menos formales desde las resistencias de los pueblos originarios hacia las formas hegemónicas -antropocéntricas- del Derecho, y fue introducido a principios del Siglo XXI en los ordenamientos jurídicos sensibilizados con una ética ecocéntrica, comenzando por las legislaciones locales y derivando en normas constitucionales. Hoy en día contamos con decenas de ejemplos alrededor del mundo y que penetran en diversos ámbitos legislativos, desde Constituciones estatales hasta previsiones constitucionales en Estados federados, normativas regionales, regulaciones locales y, por supuesto, derecho propio de pueblos originarios.

Desde el análisis de sus efectos, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos por un ordenamiento despliega tres consecuencias relevantes en el ámbito jurídico: en primer lugar, la afirmación de la personalidad natural en plano de igualdad en relación con otros titulares de derechos, como las personas físicas y las personas jurídicas, lo que implica el uso de instrumentos como la ponderación para solucionar los conflictos que puedan darse entre titulares de derechos; en segundo lugar, determinadas conductas antrópicas, cuando atentan contra esos derechos, pueden ser susceptibles de antijuridicidad, lo que conllevaría la aplicación de las sanciones previstas en las normas; y, en tercer lugar, si finalmente estas acciones contrarias a los derechos de la Naturaleza se producen y causan perjuicio, la Naturaleza en su conjunto o los diferentes elementos naturales en particular tienen el derecho a la reparación y la restauración oportunas.

En el caso español, en particular, caben pocas dudas acerca de la constitucionalidad del giro ecocéntrico, tanto en relación con la evolución global del Derecho hacia la preservación de la Tierra y la lucha contra el cambio climático como por la materialidad de la Constitución, en la que se prevé explícitamente la protección del medio ambiente y las obligaciones en relación con él. La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, en este sentido, desarrolla el potencial constitucional e introduce al ordenamiento jurídico español en un pionero constitucionalismo verde<sup>28</sup> que es capaz de dar respuestas más elaboradas y éticamente adecuadas a los valores vigentes en la sociedad de su tiempo.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- Ángel Botero, C. (2022), Hacer especie en el juzgado: el caso del oso “Chucho”. *Revista Derecho del Estado* 54, 381-405.
- Aparicio, M. (2011), Pueblos indígenas y constitucionalismo, en Aparicio, M. (ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona:Icaria.
- Camisón, J. A. (2022), La Unión por el Mediterráneo: ¿una vía para conseguir el reconocimiento del Mare Nostrum como sujeto de derechos?, en AA.VV., *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea*. València: Pireo.
- Colón-Ríos, J. (2019), “Guardianes de la Naturaleza”, en De Carvalho Dantas, F.; Estupiñán, L.; Martínez Dalmau, R.; Storini, C., *Derechos de la Naturaleza: Teoría, práctica y política*. València: Pireo.
- Costa, C. A. (2009), ¿Ética ecológica o medioambiental?. *Acta Amazónica*, 39 (1), 113-120.
- Clavero, B. (1997), *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta.

---

28 En el sentido de un constitucionalismo comprometido con la protección ambiental y mantenimiento de los recursos necesarios para las futuras generaciones (Skagen, 2007)

- Dancer, H. (2021), Harmony with Nature: towards a new deep legal pluralism. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* vol. 53-1, 21-41.
- Díaz Revorio, F. J. (2020), “Derechos humanos y derechos de la Naturaleza: a la búsqueda de un fundamento común”, en Díaz Revorio, F. J. y González Jiménez, M., *Interculturalidad, derechos de la Naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*. València: Tirant.
- Huneus, A. (2022), “The legal struggle for rights of Nature in the United States”. *Wisconsin Law Review* 133, 133-162.
- Lasa, A. (2022), “El Mar Mediterráneo como sujeto de derechos: anclaje jurídico constitucional en la propuesta de Carta de Derechos fundamentales de la Naturaleza en la Unión Europea, en AA.VV., *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea*. València: Pireo.
- Leopold, A. (2019), *Un año en San Couty*. Madrid: Errata Naturae.
- Mignolo, W. (2016), *El lado más oscuro del Renacimiento. Alfabetización, territorialidad y colonización*. Popayán: Universidad del Cauca.
- Montaño, L. M. (2015), Pluralismo jurídico y derechos de la Madre Tierra. *Revista Jurídica Derecho* vol. 1, 2, 55-64.
- Naciones Unidas (2012), *El futuro que queremos. El documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Nash, R. F. (1989), *The rights of nature. A history of environmental Ethics*. Wisconsin: University of Wisconsin Press.
- Prieto Méndez, J. M (2013) *Derechos de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Corte Constitucional del Ecuador: Quito.
- Sánchez Pirela, B. (2008), Ética ecológica y pensamiento amerindio desde la interculturalidad. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 45, 85-96.
- Skagen, K. (2007), Green constitutionalism. The constitutional protection of future generations. *Ratio juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, vol. 20, 3, 378-401.
- Stone, C. D. (1972), Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review*, 45, 450-501.
- Storini, C. y Quizhpe, F. (2019), Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza, en Estupiñán, L.; Storini, C.; Martínez Dalmau, R. y Dantas, F. A., *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Stutzin, G. (1984), Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la Naturaleza. *Ambiente y Desarrollo*, vol. 1, 1, 97-114.

- Takacs, D. (2021), We are the river. *University of Illinois Law Review* vol. 2021-2, 545-605.
- Tienda Palop, L. de (2020), El giro ecológico como eje transversal de los ODS recogidos en la Agenda 2030, en Tienda Palop, L. de; Arenas Dolz, F. y Gracia Calandín, J. (coords.), *Retos de la educación ante la Agenda 2030. Los ODS entre el humanismo y la ecología*. València: Publicacions de la Universitat de València.
- Tremolada, E. y Martínez, R., La lucha contra el cambio climático y a favor de la sostenibilidad ambiental en la Unión Europea. ¿Sigue siendo el European Green Deal una prioridad?, en Tremolada Álvarez, E. (ed.), *Desarrollo sostenible e integración*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Varese, S., Los fundamentos éticos de las cosmologías indígenas, *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM* [En línea], 36, 2018.
- Viciano Pastor, R. (2019), La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador. En Estupiñán, L; Storini, C.; Martínez Dalmau, R. y Dantas, F. A., *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Vicente, T. (2022), “Los derechos de la Naturaleza y la iniciativa legislativa popular para reconocer personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca”, en AA.VV., *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea*. València: Pireo.





## **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile en Materia Ambiental**

---



### **Miguel Ángel Fernández González - Chile**

Ministro del Tribunal Constitucional de Chile

- Abogado y Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho en la Universidad Católica de Chile.
- Ejerció la profesión en el ámbito de su especialidad, asesorando, informando en derecho y representando ante los Tribunales Superiores, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a entidades del sector privado y público.
- Autor de más de cincuenta artículos de su especialidad, colaboraciones en obras colectivas publicadas en Chile, Argentina, Brasil, Francia y México y de los libros: “El principio constitucional de igualdad ante la ley”, “La libertad de enseñanza ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, “El nuevo proceso penal frente a la Constitución” y “Derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- En julio de 2018 fue designado Ministro del Tribunal Constitucional de Chile por un período de 9 años.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Miguel Ángel Fernández González, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.

# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile en Materia Ambiental

---

*Miguel Ángel Fernández González*

## 1. INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a participar en este V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Para el Tribunal Constitucional de Chile es motivo de especial alegría venir a este Congreso en el Eje N° 2, dedicado a Justicia Climática y Constitucionalismo Ecológico, para comentar algunas de nuestras sentencias en materia medioambiental.

Esos pronunciamiento, por una parte, permiten esclarecer el alcance con que cabe comprender las normas que, sobre la materia, contempla la Carta Fundamental chilena, pero también, de otra, han contribuido a configurar, a partir de disposiciones constitucionales escuetas, un diseño institucional robusto en este ámbito.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. Marco Constitucional

La actual Constitución, de 1980, introdujo una importante novedad al asegurar a todas las personas, en su artículo 19 N° 8°:

*“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*

*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.*

La norma en estudio -ha señalado la doctrina- “(...) reviste singular importancia en la época actual, caracterizada por el denominado desarrollo destructor, con el cual el hombre aniquila a la naturaleza, daña a las poblaciones y sume en la encrucijada la vida y desarrollo de las generaciones futuras (...)”<sup>1</sup>.

Esa norma debe complementarse, asimismo, con la contenida en el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución que, entre las causales de la función social del dominio, contempla la *conservación del patrimonio ambiental*.

Son dos disposiciones breves que, para comienzos de los años ochenta, significaban un interesante avance en materia medioambiental que implicó una novedad en el

---

<sup>1</sup> José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, 2012) p. 314. Una visión crítica sobre la norma constitucional, en Pilar Moraga Sariago: *Protección Constitucional del Medio Ambiente: Desafíos Globales para la Democracia en la Nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanche, 2022).

constitucionalismo chileno, las que han servido de base a un importante despliegue de toda una institucionalidad ambiental.

## 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

En esta oportunidad, quisiera presentar a uds. algunas consideraciones contenidas en sentencias del Tribunal Constitucional de Chile que orientan acerca del sentido y alcance de la disposición sobre medio ambiente en nuestra Carta Fundamental. Y, más aún, que permiten apreciar cómo, por medio de esa jurisprudencia -junto a la que han pronunciado los Tribunales que integran el Poder Judicial, incluyendo, especialmente, los Tribunales Ambientales<sup>2</sup>, por cierto- se ha expandido lo preceptuado en la Constitución.

En primer lugar, el 15 de junio de 2021, el Tribunal resolvió un requerimiento de inaplicabilidad<sup>3</sup> en contra del artículo 8º inciso 1º de la Ley N° 19.300, con el que se pretendía que no fuera exigible la evaluación de impacto ambiental previa para la continuidad de un relleno sanitario que había sido habilitado con motivo de la pandemia. Esta sentencia es interesante porque, como señala en el considerando 7º, previo a dilucidar y resolver el conflicto de constitucionalidad, define algunos aspectos constitucionales y legales del derecho ambiental y del bien jurídico que protege, esto es, el medioambiente y la naturaleza, por lo que, en cierto sentido, nos permite una visión global y sistemática del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación en el constitucionalismo chileno.

Así, se explica en la sentencia que *“(...) es un hecho que el constituyente incorporó original y tempranamente en el texto de la Constitución de 1980 -e incluso en el D.L. 1.552, Acta Constitucional N° 3 de 11.09.1976-, como obligación iusfundamental, la protección ambiental, consagrando en el numeral 8 del artículo 19 el deber del Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, así como también, la conservación del patrimonio ambiental en cuanto función social de la propiedad, según consta en el numeral 24 del mismo artículo antes citado. De suerte que la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sólo constituye un derecho fundamental de naturaleza individual y social a la vez, sino, además, un deber de protección, en vistas a la necesidad de hacerlo efectivo, no quedando como un mero enunciado flatus vocis. Tal es así, que la Constitución además estableció la acción o recurso de protección especial, en el inciso segundo del artículo 20, a fin de garantizar efectivamente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por actos u omisiones ilegales imputables a una autoridad o persona determinada”*<sup>4</sup>.

2 Creados en la Ley N° 20.600, publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 2012.

3 Rol N° 9.418.

4 Considerando 8º.

A partir de esta premisa y recurriendo a la interpretación emanada de la dogmática nacional, el Tribunal hace suyo que “(...) *la nuestra es una Constitución que, desde el punto de vista de la regulación del ambiente, puede calificarse de integral, pues, tal como se ha señalado, junto con reconocer el derecho a un ambiente adecuado y contemplar un mecanismo excepcional para resguardar su ejercicio legítimo, impone obligaciones y también atribuciones al Estado en orden a proteger ese derecho y establecer ciertas limitaciones sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales. En suma, aborda el tema ambiental sustantiva y adjetivamente, y lo coloca en una lógica de relación con otras prerrogativas que, en términos teóricos, deviene en un desarrollo sustentable regulado, todo lo cual lo logra a partir de sólo dos disposiciones (artículo 19 N°s 8 y 24 y artículo 20.2)*” (Guzmán, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, Aspectos sustantivos y adjetivos, historia, doctrina y jurisprudencia, 2010*)<sup>5</sup>, al extremo de “(...) *configurar una dimensión avanzada del propio Estado de Derecho, bajo la expresión que se ha venido acuñando en la doctrina comparada, de Estado medioambiental de derecho (en expresión de Montoro Chiner), lo que “supone sobre todo importantes consecuencias prácticas. Destacamos dos: La juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental” (Jesús Jordano Fraga, *Derecho Ambiental del siglo XXI*)*<sup>6</sup>.”

De esta manera, concluye la sentencia, “(...) *sin perjuicio de que los derechos fundamentales deben ser respetados por todas las personas y la sociedad en su conjunto, y que la Constitución los asegura de manera genérica como se lee del enunciado del inciso primero del artículo 19, además se establece expresamente, de manera especial, los deberes de protección, preservación y conservación ambientales, haciéndolo recaer directamente en el Estado. Con tal fin, éste ha diseñado e implementado una institucionalidad medioambiental integrada por organismos administrativos reguladores y fiscalizadores, tales como el ministerio del ramo, una superintendencia y un servicio de evaluación, así como por los tribunales especiales, y por un marco normativo legal y reglamentario, al cual deben someterse en igualdad de condiciones y sin excepciones, tanto los agentes privados como los públicos*”<sup>7</sup>.

En segundo lugar, vale la pena ir al año 2007 para recordar la sentencia Rol N° 577, pronunciada el 26 de abril de ese año, pues allí se definió el término “contaminación”, que emplea la Constitución al garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de ella, como la situación que supera los parámetros ambientales establecidos y no como sinónimo de cualquier impacto o alteración ambiental<sup>8</sup>, en coherencia con la definición contenida en el artículo 2° letra c) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, esto es, “*la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones*

5 Considerando 9°.

6 Considerando 10°.

7 Considerando 11°.

8 Considerando 16°. Ver, asimismo, el considerando 54° del Rol N° 1.988.

*y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.*

Con mayor detalle, en el Rol N° 2.684, el 10 de septiembre de 2015, se expuso que el artículo 19 N° 8° de la Constitución “(...) *no asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de “toda” contaminación, porque los redactores de esta norma consideraron imposible la existencia de un hábitat completamente impoluto y limpio, sin incurrir en el despropósito de eliminar la misma presencia de los seres humanos e impedir la totalidad de sus actividades (Enrique Evans de la Cuadra, “Los derechos constitucionales”, tomo II, pág. 313).*

*Habiendo aceptado el constituyente que el medio ambiente es permanentemente modificado por la acción humana, la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, concibe que la contaminación es un ilícito sólo cuando excede los niveles objetivos establecidos por la legislación, constituida especialmente por las normas de calidad ambiental y por las normas de emisión, a que se refiere este texto legislativo (artículo 2°, definiciones pertinentes)”*<sup>9</sup>.

En tercer lugar y particularmente en cuanto al deber del Estado de *preservar la naturaleza*, es necesario detenerse en la sentencia Rol N° 8.614, pronunciada el 12 de noviembre de 2020, en que el Tribunal desestimó un requerimiento de inaplicabilidad deducido en contra del artículo 5° inciso 3° de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en virtud del cual se dispuso que la jibia sólo puede ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca, planteado por quien había sido autorizado, antes de incorporarse esta norma a la ley, para utilizar otros aparejos.

En dicha sentencia, la preservación de la naturaleza se estima uno de los valores que integran el bien común, conforme al artículo 1° inciso 4° de la Constitución<sup>10</sup>.

Sobre la base de definiciones doctrinarias, la sentencia plantea que la preservación de la naturaleza es un bien jurídico objetivo, que conduce a una protección conservacionista de determinados patrimonios naturales y a la tutela de intereses difusos, que, por su finalidad propia, implica proteger una titularidad nueva. La de las futuras generaciones<sup>11</sup>, por lo que se justifica la regla contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 8° de la Constitución que habilita a la ley para establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, de tal manera que, como explica la profesora Liliana Galdámez, “[e]l legislador, el juez y todos los poderes del Estado, ante una eventual tensión entre otros derechos y el medio ambiente, no sólo pueden, sino que deben restringirlos, si eso garantiza la protección de este último. Es una solución que, prima facie, se

---

9 Considerando 9°.

10 Considerando 11°.

11 Considerando 12°.

*resuelve en favor del medio ambiente. Por eso sostengo que la cuestión ambiental goza de una especial y reforzada protección en la Constitución*<sup>12</sup>.

Allí se sitúan, por ejemplo, las especies hidrobiológicas, cuya adquisición está regulada por la Ley General de Pesca, que establece limitaciones en cuanto a la cantidad y tipo de recursos que pueden ser extraídos y a su forma de extracción, además de imponer requisitos a quienes se dedican a la actividad de pesca artesanal o industrial, por cuanto deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional correspondiente y contar con la debida autorización administrativa. Tales limitaciones buscan la “conservación” de tales recursos, es decir, como dice la ley referida, el “uso presente y futuro, racional, eficaz y eficiente de los recursos naturales y su ambiente”, en su artículo 2º Nº 13, aplicando el legislador al efecto especialmente los principios de desarrollo sustentable y precautorio<sup>13</sup>.

Si tanto la Carta Fundamental como el Código Civil -prosigue esa sentencia- permiten al legislador consagrar un régimen de pesca, las personas naturales o jurídicas sólo pueden ejercer la actividad pesquera extractiva si se ajustan a la ley y el órgano administrativo los autoriza. Ello confirma que no existe una relación jurídica directa entre las personas que ejerzan dicha actividad económica y los bienes mismos que constituyen la riqueza que se encuentra en el mar<sup>14</sup>, pues “(...) la pesca y las pesquerías, desde la economía, son una fuente de recursos económicos y, desde el medio ambiente, son un objeto que debe preservarse en la búsqueda de equilibrios de sustentabilidad del desarrollo y de protección de las especies y ecosistemas del país. En tal sentido, es indudable que la rentabilidad económica de la explotación de estos recursos aparece necesariamente supeditada a que la utilización del recurso pueda hacerse sin menoscabo de las necesidades de futuras generaciones”<sup>15</sup>.

Desde esta perspectiva “(...) El principio precautorio implica que las amenazas al medio ambiente no necesitan ser establecidas con certidumbre. Tampoco se requiere una evidencia científica irrefutable que establezca daños. En tal sentido, es clave considerar que el principio precautorio sugiere regulaciones que construyan el margen de seguridad dentro de todo el proceso decisorio. Por tanto, no se necesita esperar daños irreversibles para instar por la aplicación de una alta aproximación precautoria (Sunstein Cass R., Worst-case scenarios, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2007, p. 2, 124 y 184).

*El referido principio precautorio resulta entonces clave para el diseño de las políticas públicas orientadas a la protección del medio marino a través de la conservación y*

---

12 Considerando 14º. Sobre la competencia legislativa para imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente, es necesario tener en cuenta el parámetro fijado en el considerando 12º de la sentencia pronunciada el 28 de enero de 1994, Rol Nº 185.

13 Considerandos 16º y 19º.

14 Considerando 18º.

15 Considerando 19º.



*un adecuado uso de los recursos hidrobiológicos. Para ello, es necesario establecer un mismo tipo de criterio aplicable en materia medioambiental, lo cual se traduce en la necesidad de fijar un estándar cualitativo y cuantitativo para realizar dicha preservación. Por lo tanto, determinar un método de fijación del estándar y proceder a cuantificarlo, en este caso, científicamente, importa garantizar que el nivel de protección es el debido y suficiente”<sup>16</sup>.*

En cuarto lugar, en la sentencia pronunciada el 29 de junio de 2023, Rol N° 13.193, se examinó un requerimiento de inaplicabilidad deducido en contra del artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 21.202, en virtud del cual el Ministerio del Medio Ambiente puede declarar humedales, de oficio o a petición del municipio respectivo, es decir, todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano.

Esta sentencia agrega al ya referido argumento que vincula el bien común con la protección medioambiental, en cuanto al concepto contenido en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución, el territorio nacional “(...) que es uno de los elementos esenciales del Estado, junto al pueblo, la soberanía y el derecho, que no sólo debe ser protegido o cautelado en cuanto a su integridad física ante amenazas externas, sino, también, respecto a los peligros o riesgos de daños, debiendo accionar en pro de la preservación, cautela y conservación de sus componentes y recursos naturales, que constituyen un patrimonio de la comunidad nacional o un auténtico bien común general”<sup>17</sup>.

Así, “(...) el mandato constitucional del artículo 19 N° 8 ha sido desarrollado por el legislador de manera amplia y completa, configurando más que una simple legalidad ambiental, un auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general (concepto en la línea de autores como Planiol, Rippert o Capitant). Tal naturaleza del mandato constitucional y su desarrollo legislativo, involucra a los órganos ejecutivos, administrativos y jurisdiccionales en la acción de protección. De ello se deduce que el derecho ambiental tiene una raigambre constitucional y administrativa, por lo que sus normas son de orden público y no pueden ser objeto de transacción o de renuncia en su aplicación, ni por las autoridades ni por los particulares, según se desprende del artículo 6 de la propia Constitución. (STC 9418-20 c. décimo cuarto)”<sup>18</sup>.

---

16 Considerando 20°.

17 Considerando 10°. En igual sentido, el Rol N° 9.418 ya citado, Considerando 12°.

18 Considerando 11°.



### 3. CONCLUSIONES

A partir de una regulación escueta, pero avanzada a comienzos de los años 80, para el constitucionalismo chileno, el Tribunal Constitucional ha venido desplegando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber estatal de preservar la naturaleza.

Desde la comprensión de la contaminación como la vulneración de los límites establecidos por el legislador, para no impedir la presencia humana y el desarrollo de sus actividades, ha configurado las bases constitucionales de un verdadero *orden público ambiental* que, por una parte, está conformado, en su base, por el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como por los deberes de protección, preservación y conservación ambientales; y, de otra, que ello importa tutelar aquel derecho, concebido individual y colectivamente, pero también una titularidad nueva, la de las futuras generaciones.

En fin, aquellos derechos, frente al ejercicio de otros derechos, se encuentran dotados de una protección especial y reforzada. De ahí, por ejemplo, que, en el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, se debe respetar la conservación de los recursos naturales, como se ha resuelto en casos vinculados a recursos hidrobiológicos o en materia de declaración de humedales.

Así, la comprensión que ha ido adoptando nuestra jurisprudencia se enmarca en un contexto institucional más amplio donde el Legislador y la Administración, así como la Judicatura Ordinaria y Especializada y también la doctrina, han ido construyendo, en estas últimas cuatro décadas, una institucionalidad ambiental robusta y compleja.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

Cea Egaña, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, 2012) p. 314. Una visión crítica sobre la norma constitucional, en Pilar Moraga Sarriego: *Protección Constitucional del Medio Ambiente: Desafíos Globales para la Democracia en la Nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanche, 2022).



## **Cultura Constitucional e Integración Latinoamericana**



### **Germana de Oliveira Moraes - Brasil**

Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Federal de Ceará

- Es Jueza Federal y Profesora con Posdoctorado en Derecho Constitucional.
- Fue miembro del primer Consejo Nacional de Justicia. Coordinó la Red del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y fue dos veces representante para América Latina y el Caribe de la Asociación Internacional de Mujeres Jueces.
- Es miembro del Programa Armonía con la Naturaleza de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y ha sido ponente en eventos de la ONU en Nueva York y Ginebra. Ha impartido conferencias y ponencias en eventos internacionales en países de los cinco continentes, además es autora de diversos libros y textos académicos.
- Fue fiscal del Tesoro Nacional, Jueza Federal y, actualmente, Jueza del Tribunal Regional Federal de la 5ª Región, del que es Vicepresidenta.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora Germana de Oliveira Moraes, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# Cultura Constitucional e Integración Latinoamericana

---

*Germana de Oliveira Moraes*

## 1. INTRODUCCIÓN

Buenas noches a todas y a todos. Muchas gracias, Señor Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia por la amabilidad de la invitación.

Señoras y señores, primero, pido permiso, leer una cita de Pablo Neruda en mi lengua madre, la lengua portuguesa:

Detive-me no Peru e subi até as ruínas de Machu Picchu. (...) Senti-me infinitamente pequeno no centro daquele umbigo de pedra (...) Senti-me chileno, peruano, americano. Tinha encontrado naquelas alturas difíceis, entre aquelas ruínas gloriosas e dispersas, uma profissão de fé para a continuação de meu canto.

Pablo Neruda, Confesso que vivi. (Confieso que he vivido).

Pedí permiso para hablar en mi lengua, porque es como me siento: brasileña, boliviana, peruana, chilena, americana. Por eso, mi tema es Cultura Constitucional e integración latinoamericana. Como visto, en Latino América, hablamos dos lenguas mutuamente inteligibles, lo que facilita el proceso de integración regional.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

Desde hace más de una década he defendido la propuesta de integración latinoamericana, inspirada en el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano, basada en el paradigma cultural de la integración de los pueblos y para los pueblos, es decir, la Integración del Vivir Bien. La integración regional fuera afirmada en las nuevas Constituciones del Nuevo Constitucionalismo democrático latinoamericano: en las Cartas Fundamentales de Brasil (1988), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

En los procesos de cambio constitucional en América del Sur, a finales del siglo pasado que culminaron en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano, se abrieron oportunidades para revelar la identidad sudamericana, una amalgama indispensable para la integración regional.

La democracia inclusiva del nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano, fundada en la soberanía popular, dio forma a un nuevo paradigma de integración, incorporado en el Tratado de Unasur - Unión de las Naciones sudamericanas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> [https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/relacoes\\_internacionais/unasul/normativaa\\_unasula\\_2017.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/relacoes_internacionais/unasul/normativaa_unasula_2017.pdf), consulta en 15 nov 2023.

La propuesta original de integración de la Unasur había reunido experiencias previas de integración regional, a partir de la construcción de la identidad y ciudadanía latinoamericana. Es un proceso innovador que intenta superar las dicotomías de los modelos teóricos e ir más allá de la convergencia de experiencias pasadas de integración del Mercosur y de la CAN – Comunidad Andina de Naciones, concentradas en los aspectos económicos.

El 23 de mayo de 2008, el Tratado Constitutivo de la Unasur incorporó este nuevo modelo, basado en la identidad latinoamericana y la integración de los pueblos, como se señala en el preámbulo, cuando las doce naciones firmantes afirman su “determinación de construir una identidad y ciudadanía sudamericana” y desarrollar un espacio regional integrado en los ámbitos político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe”<sup>2</sup>.

Del deseo de participación popular, sofocado por regímenes antidemocráticos anteriores, surgieron formas innovadoras y mejoradas de ejercicio de la democracia que, combinadas con experiencias indígenas, dieron como resultado propuestas como la del *Vivir Bien*. Escuchar la voz de los pueblos originarios permitió que su alma se expresara en la Constitución, y por la vía democrática, sus sentimientos y forma de vida más profundos toman forma con la constitucionalización en Ecuador del *Sumak Kawsay* o *Vivir Bien* y en Bolivia del *Suma qamaña* o *Vivir Bien*. Se reconocen los derechos de la *Pachamama* (de la Naturaleza) y se consagra el principio de Armonía, hito a partir del cual se produce un auténtico giro ecocéntrico<sup>3</sup>.

Los problemas y desafíos comunes a las naciones fortalecen el sentimiento de unidad e impulsan la unidad entre los pueblos. La integración regional en América Latina representa una estrategia que los países de la región utilizan para superar desafíos comunes y afirmar a la región en el escenario internacional.

Los desafíos internos comunes a los países del subcontinente establecidos en el Tratado de la Unasur se remontan, en el campo ambiental, a la promoción del desarrollo sostenible y el bienestar de los pueblos; en el campo político a la defensa de la democracia, y en el ámbito socioeconómico, a la resolución de la pobreza y del hambre, de la exclusión y de la desigualdad social.

Es difícil evaluar cuál de los desafíos regionales es el más importante, especialmente dada la necesidad de compatibilizar los desafíos ambientales con los derechos humanos socioeconómicos. “En la confluencia del dilema entre los derechos de la *Pachamama* (de la Naturaleza) y los derechos humanos, y, ante este gran desafío de

2 Sobre UNASUR, leer el capítulo 2 *Integraçãõ sul americana e o novo constitucionalismo democrático latino americano*, IN MELO, Alisson, MONTEZUMA, Talita, MORAES, Germana y VICIANO, Roberto, *Constitucionalismo democrático e integraçãõ sul americana*, CBR, Curitiba, 2014.

3 MORAES, Germana de Oliveira. *Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama*. UFC, Fortaleza, 2018, pp. 33-40.

nuestro tiempo de articular y compatibilizar macropolíticas ambientales, demandas del mandato ecológico (GUDYNAS, 2009), con macropolíticas sociales que minimicen las desigualdades sociales y regionales<sup>4</sup>.

Hoy estos desafíos exigen soluciones cada vez más urgentes. En el ámbito socioeconómico, América Latina sigue teniendo altos niveles de pobreza y desigualdad. El informe Panorama Social 2022 de la CEPAL proyecta que 201 millones de personas (32,1% de la población total de la región) viven en pobreza, de las cuales 82 millones (13,1%) se encuentran en pobreza extrema, arriba de los niveles pré--pandemia<sup>5</sup>. En el ámbito político, se han activado diversos mecanismos de democracia defensiva en varios países de la región.

A lo largo de los años, los avances y retrocesos de la democracia en la región han influido directamente en los procesos de integración latinoamericana todavía.

En 2010, las 12 naciones de América del Sur formaban parte de la Unasur, hoy la integran siete países: (del total de doce de la región) Argentina, Brasil, Bolivia, Guyana, Surinam, Venezuela y Perú. El nuevo gobierno brasileño pretende revitalizar la Unasur y otros procesos de integración para responder al desafío regional externo de fortalecer a América del Sur en el escenario internacional. Asimismo, el actual gobierno argentino. Argentina regresó a Unasur en abril de 2023. En Brasil, tras la elección del presidente Luiz Inácio Lula da Silva, el país, el enero, regresó a CELAC, y, el 6 de mayo de 2023, vuelve a participar en la Unasur. El 30 de mayo de 2023, el presidente Luiz Inácio Lula da Silva defendió el retorno y la reforma de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) como mecanismo de cooperación entre los países sudamericanos, en una reunión con más de diez líderes de los países de la región, en Brasilia. Pidió al grupo reunido presentar un nuevo mapa del camino de la integración sudamericana en un plazo de 120 días<sup>6</sup>.

La posibilidad de revitalizar la Unasur declarada por los gobiernos de Brasil y Argentina y celebrada por Bolivia nos alienta a retomar el tema de la integración del Vivir Bien, en correlación con el constitucionalismo ecológico y las corrientes transformadoras de la Justicia Constitucional en Latinoamérica.

La Unasur, en sus orígenes, adoptó el paradigma de la integración del *Vivir Bien*, bajo el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano, estableciendo las bases de un proceso de decolonialidad del poder en América Latina, cuando asumió desafíos internos y externos comunes a los países sudamericanos a señalar una

---

4 MORAES, Germana de Oliveira. Pelos direitos de Pachamama e pelo bem viver: um novo modelo sócio-ambiental ecocêntrico, comunitário e solidário In: Direito Socioambiental: uma questão para América Latina. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

5 <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-alerta-que-taxas-pobreza-america-latina-2022-se-mantem-acima-niveis-pre-pandemia>.

6 <https://www.folhape.com.br/noticias/brasil-formaliza-retorno-a-unasur/265364/>.

dirección emancipadora para los pueblos y una ruptura con las formas históricas de dependencia.

En línea con la propuesta de “Integración del Vivir Bien”, se puede observar que las constituciones del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano, de Ecuador y Bolivia, adoptaron expresamente un rasgo identificativo de la cultura regional, común a sus pueblos ancestrales, a saber, la forma en que los seres humanos y la gente de *Abya Yala* se relaciona con la Naturaleza – *el Vivir Bien*. En la primera década de este siglo, como sabemos, surgió en América Latina un constitucionalismo ecocéntrico. Fueron incorporados a los textos constitucionales de Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, valores ancestrales rescatados de raíces precolombinas comunes, entre los que destaca el respeto a la Naturaleza, es decir, el respeto prioritario a la vida.

Para el jurista argentino Eugenio Zaffaroni (2010, p. 121), es en el constitucionalismo andino donde se da, con valentía y audacia, el salto del ambientalismo a la ecología profunda. Nótese que *Gaia* que entre nosotros llamamos *Pachamama*, no llegó, – según afirma, de la mano de elaboraciones científicas, sino como un resurgimiento de la cultura ancestral de convivencia con la Naturaleza. Con el mencionado salto del ambientalismo a la ecología profunda, aparece una nueva cara –una cara ecocéntrica– de la teoría del constitucionalismo latinoamericano, en particular, donde se produce una revolución paradigmática en el Derecho antes mencionada, el giro ecocéntrico, con la institucionalización de la cultura del Buen Vivir o Vivir Bien, elevada a derecho fundamental y principio constitucional, respectivamente, en las recientes reformas a la Constitución de Ecuador en 2008 (*Sumak kawsay*) y de Bolivia en 2009 (*Suma Qamaña*)<sup>7</sup>.

En este punto, se empieza a entrever y a comprender la interfaz entre el “Vivir Bien” (Armonía con la Naturaleza) y el constitucionalismo ecológico.

El constitucionalismo ecológico es un legado de la Ecología Profunda. Con la Ecología Profunda, la Naturaleza recupera, en el ámbito de la Ética, su dimensión cualitativa: es adjetivada, vista con valores intrínsecos. La Ecología Profunda proclama que la Naturaleza, incluidos los animales, tiene un valor intrínseco en sí misma, independientemente de su relación con los humanos. Tal como suele presentarse o percibirse, supone una ética ecocéntrica. “La importancia de la perspectiva ecocéntrica es precisamente la superación de otra base fundamental de la modernidad europea, que es el individualismo como percepción hegemónica de la vida. Se explica: el ecocentrismo como perspectiva decolonial de la vida rompe no solamente con el antropocentrismo, sino con el individualismo y la separación del ser humano de la Naturaleza”<sup>8</sup>.

7 MORAES, Germana de Oliveira. Pelos direitos de Pachamama e pelo bem viver: um novo modelo sócio-ambiental ecocêntrico, comunitário e solidário In: Direito Socioambiental: uma questão para América Latina. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

8 DERANI, Cristiane Derani; DANTAS, F. A. C.; MORAES, G. O.; MAGALHÃES, JUL.; NOVAES, L. G.; Souza, Tatiana; OLIVEIRA, V. H.; FREITAS, Vitor. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas.



Durante la trayectoria de emancipación de la Naturaleza del yugo humano, la Ecología Profunda, al calificar la Naturaleza como digna de valores, ha abierto los caminos hasta la consagración constitucional de la *Pachamama* (o Naturaleza) como sujeto de derechos. La atribución de personalidad jurídica a la Naturaleza presupone, en el ámbito de la Ética, el rescate de su dimensión cualitativa, de los valores que le son intrínsecos. Sin embargo, en el ámbito jurídico, es en Latinoamérica que se consuma el giro ecocéntrico, a través de la afirmación de los derechos de la *Pachamama* (Naturaleza) en la Constitución del Ecuador de 2008 y sigue firmemente en Bolivia con la constitucionalización del principio de Armonía, en 2009. El Nuevo constitucionalismo latinoamericano avanza hacia el constitucionalismo del Vivir Bien o del Armonía con la Naturaleza, fundamento de la Naturaleza como sujeto de derechos.

Si en el hemisferio Norte, en el campo de la Ética, se produjo la Ética ecológica y el constitucionalismo ecológico, el avance más significativo en el campo del Derecho se dio en América del Sur. La recomposición de las relaciones entre los seres humanos y la Naturaleza ha sido objeto de relevantes consideraciones teóricas y prácticas sociales y políticas, en el ámbito del derecho constitucional latinoamericano. Aquí tuvo lugar el cambio más significativo en el tratamiento normativo de la Naturaleza. Ocurrió, en los Andes sudamericanos, a finales de los años 2000, la constitucionalización, en la Carta Política del Ecuador de 2008 (art. 71), de los derechos de la Naturaleza o *Pachamama*, y, en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, del principio de Armonía (Artículo 8 – II).

Tras los innovadores textos constitucionales de Ecuador y Bolivia, empieza a delinearse en las Cortes judiciales una incipiente y relevante orientación jurisprudencial constitucional sobre los derechos de la Madre Tierra y sobre Armonía con la Naturaleza. Más allá de los Andes, se detectan corrientes transformadoras en la Justicia constitucional que se sustentan en esta nueva cultura constitucional del Vivir Bien.

Voy hablar de tres ejemplos. La Justicia, en Brasil, Ecuador y Colombia, comienza a señalar el principio de Armonía con la Naturaleza y el reconocimiento de los derechos de la Madre Tierra como soluciones a los apremiantes desafíos ambientales de nuestros tiempos.

En Brasil, el Superior Tribunal de Justicia, máximo órgano judicial responsable de uniformar la jurisprudencia sobre la legislación federal en Brasil, admitió el reconocimiento de los derechos y la dignidad de los animales no humanos y de la Naturaleza, al juzgar un recurso que involucra la custodia del loro Verdinho (Recurso Especial 1.797.175 - SP (2018 / 0031230-00)<sup>1</sup>. El loro Verdinho había sido confiscado por el IBAMA (Instituto Brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables) a

---

In: DANTAS, F.A.C.; ACHURY, Liliana. DALMAU, R. M.; STORINI, Cláudia. (Org.). La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático. Ied. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2019, v. 1, pp. 504-505.

María Angélica Caldas Uliana, con quien convivía desde hacía más de veintitrés años. María Angélica, según Ibama, no estaba cuidando bien al ave, que, además, al ser un animal salvaje, no podía quedarse con ella. Con una mirada actualizada al derecho brasileño y amparo en el principio del Armonía con la Naturaleza, el juez ponente, Ministro Og Fernandes determinó, bajo ciertas condiciones, la custodia definitiva del loro Verdinho para su cuidadora<sup>9</sup>.

Un grupo de juristas brasileños dedicados a la investigación sobre los derechos de la Naturaleza vieron en este precedente paradigmático del Tribunal Superior de Justicia “una luz de esperanza en el “reconocido derecho a la convivencia armoniosa entre los seres”. Según ellos, “brilla en el ámbito del sistema judicial brasileño en favor de los derechos de los seres no humanos y de una nueva interrelación de armonía entre los seres humanos y la Naturaleza<sup>10</sup>.”

En Ecuador, el río Vilcabamba aparece como proponente de una acción judicial. La novedad jurídica más relevante de la Constitución ecuatoriana de 2008 surge de la posibilidad de que la Naturaleza (*Pachamama*) sea sujeto de derechos y ya no objeto. Todos los seres vivos, y no sólo los humanos, como parte de la Naturaleza, tienen derechos por igual. Tanto es así que en la primera acción propuesta a partir de este artículo fue un río, el río Vilcabamba, el que formó parte.

La Corte Provincial de Loja fundamenta su sentencia en el artículo 71 de la Constitución ecuatoriana, que garantiza los derechos de la *Pachamama* (Madre Tierra) y reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, al decir que es “deber de los jueces constitucionales velar por el proteger y hacer efectiva la protección de los derechos de la Naturaleza, haciendo lo necesario para que no sea contaminada”. Es necesario darse cuenta que el texto ecuatoriano no disocia la Naturaleza de lo humano, al contrario, la Naturaleza se sitúa como el lugar en el que vivimos y nos reproducimos. En la decisión de conceder el recurso y acoger la acción, se reconoce que el Gobierno estaría violando el derecho de la Naturaleza a que se respete plenamente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos<sup>11</sup>.

En Colombia, la Corte Constitucional decidió que la cuenca del río Atrato debe ser sujeto de derechos, como entidad sujeta a derechos de protección, conservación, mantenimiento y restauración bajo responsabilidad del Estado y de comunidades étnicas. La Corte, además de basarse en sus propios precedentes, basó el reconocimiento judicial de los derechos del río Atrato, sus afluentes y la cuenca; en la

9 MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da Natureza levados a sério. Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175, SP). NOMOS (FORTALEZA), v. 39, p. 173, 2019.

10 DERANI, Cristiane; DANTAS, F. A. C.; MORAES, G. O.; MAGALHÃES, J.L.Q; NOVAES, L. G.; Souza, Tatiana; OLIVEIRA, V. H.; Vitor Freitas. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas. In: Dantas, F.A.C.; ACHURY, Liliana; DALMAU, R. M; STORINI, Cláudia. (Org.). Derechos de la Naturaleza: teoría, política y práctica. 1ed.Valencia: Pireo Editorial, 2019, v. 1, p. 187-237.

11 MORAES, G. O. Os rios nos Tribunais como sujeitos de direitos. In: Bravo, Alvaro Sanchez. (Org.). Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos. 1ed.Sevilla: Aranzadi, 2019, v. 1, p. 233-241.

Constitución ecológica del país, en los derechos bioculturales de los habitantes de las riberas de los ríos, en el derecho a la salud humana y en los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección ambiental.

Y así lo declaró el Río Atrato, para garantizar la protección constitucional. En este sentido, avanzó su orientación jurisprudencial sobre la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”, afirmación de la trascendencia de un ambiente sano y su vínculo de interdependencia con el ser humano y el Estado. También entendió que el principio “Armonía con la Naturaleza” deriva del sistema constitucional colombiano. Los instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico colombiano, que contribuyen a justificar constitucional y jurídicamente la relación intrínseca entre la diversidad biológica y cultural, que da paso a los derechos bioculturales.

Es curioso observar que, a pesar de la falta de una norma expresa que reconozca los derechos de la Naturaleza, la Corte constitucional colombiana, sustentada en el constitucionalismo ecológico, los derechos bioculturales y los tratados internacionales, atribuyó personalidad jurídica a la cuenca hidrográfica del río Atrato y extrajo del ordenamiento jurídico el principio de Armonía con la Naturaleza.

La Constitución brasileña tampoco contempla el principio del Armonía con la Naturaleza. Su máximo Tribunal, en materia legal consagró el derecho a la convivencia armoniosa entre el loro verde y su cuidadora.

En el ámbito jurídico-constitucional, el paso de la naturaleza de objeto a sujeto comenzó con la Constitución ecuatoriana y, como dice el Presidente de la Constituyente de Montecristi, Alberto Acosta, “si en un pequeño país andino como Ecuador se dio un paso de trascendencia planetaria, en otras latitudes el debate del tema ahora es, según él, una cuestión global”.

El Gobierno Plurinacional de Bolivia ha sido pionero al incentivar los debates globales sobre el principio Armonía con la Naturaleza y los derechos de la Madre Tierra. Luego de institucionalizar el principio Armonía en su texto constitucional de 2009 (art. 8, II), poco después envió a las Naciones Unidas la propuesta de Declaración del Día Internacional de la Madre Tierra, inspirando el Programa Armonía con la Tierra Naturaleza de las Naciones Unidas (<http://www.harmonywithnatureun.org/>). Todos los años, las Naciones Unidas celebran, bajo el liderazgo de Bolivia, el 22 de abril, el día internacional de la Madre Tierra con la realización de diálogos interactivos.

El 22 de diciembre de 2022, La Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 2022, en su Resolución A/RES/77/169, previó una reunión de alto nivel, con el título provisional de Asamblea de la Tierra, para celebrar el 22 de abril de 2024, y hacer debates sobre el paradigma no antropocéntrico o centrado en la Tierra. Se pretende reforzar el multilateralismo a través de enfoques holísticos alternativos basados en

diversas cosmovisiones<sup>12</sup> que puedan contribuir a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible 17 y las iniciativas posteriores, con el intento de incluir en el programa provisional de su septuagésimo noveno período de sesiones, bajo el tema titulado “Desarrollo sostenible”, el subtema titulado “Armonía con la Naturaleza”<sup>13</sup>.

En ocasión de la VII Cumbre de la CELAC, Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), el 24 de enero de 2023, en Buenos Aires, se emitió, con base en la Resolución A/RES/77/169, la DECLARACIÓN ESPECIAL SOBRE ARMONÍA CON LA NATURALEZA, con la propuesta de constituir un “Grupo de Amigos de Armonía con la Naturaleza”.

La declaración de la VII Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) abre la posibilidad de impulsar una Asamblea Mundial de la Tierra el 22 de abril de 2024, para lo cual aún faltan allanar varios procesos como la resolución de modalidades, el formato de cómo se va a desarrollar la conferencia, cuál será el documento que se va a adoptar.

El proceso preparatorio de discusión que definirá la reunión de la Asamblea Mundial de la Tierra depende ahora del impulso del Gobierno boliviano juntamente con los amigos del grupo Armonía con la Naturaleza, de los países participantes de la CELAC. Para poder afinar los temas logísticos, administrativos y financieros que requerirá la Asamblea de la Tierra, el 22 de abril de 2024, que se anticipará en la Cumbre del Futuro, que tendrá lugar en septiembre de 2024, de modo que los objetivos de desarrollo sostenible se realicen en armonía con la Naturaleza.

### 3. CONCLUSIONES

Estoy confiada que el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia juntamente con los Amigos del Armonía con la Naturaleza, los miembros de la CELAC, dentro los cuales Brasil, impulsará la realización de la Asamblea de la Tierra en el ámbito del Programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza de la División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Todos los años, ese Programa Armonía con la Naturaleza viene instando a todos los rincones del planeta a debatir si sería ética y jurídicamente sostenible emitir un estándar internacional, prescriptivo de la conducta humana basado en una ética secular universal del imperativo de Vivir en Armonía como el ethos fundacional de una eventual Declaración Universal de los derechos de la Naturaleza.

---

12 <https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/declaracion-especial-sobre-armonia-con-la-naturaleza.pdf>, acceso em 15 nov 2023.

13 <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1295.pdf>, acceso em 15 nov 2023.

Explicados los ejemplos de esa corriente transformadora de la Justicia constitucional, la importancia global del tema de Armonía con la Naturaleza, de regreso al tema de la integración del Vivir Bien, a modo de resumen, dirijo una pregunta, y no una conclusión, a este selecto público:

Del análisis de las innovaciones culturales de las constituciones del Nuevo constitucionalismo latinoamericano y de las corrientes transformadoras de la Justicia Constitucional de los países de la región, se puede inferir o incluso confirmar la hipótesis de que el Vivir Bien, incluyendo Armonía con la Naturaleza, como principio de los principios, y el reconocimiento de los derechos de la Madre Tierra, ¿puede servir de base para la retomada de la propuesta de la Unasur del proceso de integración de los países sudamericanos?, ¿O sea, para la para la retomada de *Abya Yala*?, ¿Y más aún, de base para una declaración internacional de los derechos de la Naturaleza?

En el esfuerzo por asegurar la continuidad de la Vida humana en este Planeta, y del sistema de Vida en general, se fortalece, año tras año, la tendencia a avanzar hacia una eventual declaración Internacional, sobre la base del principio del Armonía, de los derechos de la Naturaleza, considerada, como lo perciben los pueblos originarios de América Latina, de nuestra *Abya Yala*, en su doble sentido, de la Madre Tierra y de cada uno de los seres vivos que la integramos. Si seguimos en esta dirección, la Vida puede salir victoriosa a través de la restauración de la conexión perdida entre los seres humanos y la Naturaleza. Ojalá sigamos juntos, Bolivia, Brasil, Argentina, Colombia, México y los demás países latino americanos amigos de Armonía con la Naturaleza.

¡Muchas gracias!

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

DERANI, Cristiane Derani; DANTAS, F. A. C.; MORAES, G. O.; MAGALHÃES, J.L.Q; NOVAES, L. G.; Souza, Tatiana; OLIVEIRA, V. H.; FREITAS, Vitor. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas. In: DANTAS, F.A.C.; ACHURY, Liliana; DALMAU, R. M; STORINI, Cláudia. (Org.). La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático. 1ed. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2019, v. 1.

<https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-alerta-que-taxas-pobreza-america-latina-2022-se-mantem-acima-niveis-pre-pandemia>.

<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1295.pdf>, acceso em 15 nov 2023.

<https://www.folhape.com.br/noticias/brasil-formaliza-retorno-a-unasul/265364/>.

<https://www.gov.br/mre/pt-br/arquivos/declaracion-especial-sobre-armonia-con-la-naturaleza.pdf>, acceso em 15 nov 2023.

[https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/relacoes\\_internacionais/unasul/normativa\\_unasula\\_2017.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/relacoes_internacionais/unasul/normativa_unasula_2017.pdf), consulta en 15 nov 2023.

- MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da Natureza levados a sério. Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175, SP). NOMOS (FORTALEZA), v. 39.
- MORAES, Germana de Oliveira. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama. UFC, Fortaleza, 2018.
- MORAES, Germana de Oliveira. Pelos direitos de Pachamama e pelo bem viver: um novo modelo sócio-ambiental ecocêntrico, comunitário e solidário In: Direito Socioambiental: uma questão para América Latina. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014.
- MORAES, Germana de Oliveira. Os rios nos Tribunais como sujeitos de direitos. In: Bravo, Alvaro Sanchez. (Org.). Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos. 1ed. Sevilla: Aranzadi, 2019, v. 1.

## **Justicia Algorítmica. El Dilema entre la Transparencia y la Verdad**



### **Rodolfo Guerrero Martínez - México**

Titular de la Comisión de Legaltech del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México A.C.

- Abogado por la Benemérita Universidad de Guadalajara y Maestro en Derecho con orientación en Materia Constitucional y Administrativo por la misma Casa Superior de estudios.
- Es Socio Fundador y Representante Legal de la Sociedad Civil Coffee Law “Dr. Jorge Fernández Ruiz”. Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho Informático, Capítulo Jalisco (2020-2022).
- Integrante de la Comisión de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo (PLD) en el Colegio de Contadores Públicos de Guadalajara. Titular de la Comisión de Legaltech del Capítulo Occidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México A.C.
- Ha impartido más de 300 conferencias en materia de Derecho informático, Derechos humanos y Derecho constitucional, tanto a nivel nacional como internacional.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

“Corrientes Transformadoras  
en la **Justicia Constitucional**”

The image shows a virtual presentation slide with a red background. On the left, there is a small video inset of a man in a suit. The main slide features a blue background with a white silhouette of a head and a hand pointing to the right. The text on the slide includes: 'CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL' at the top, 'JUSTICIA ALGORITMICA' in large letters, and 'EL DILEMA ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA VERDAD' below it. The presenter's name, 'Rodolfo Guerrero Martínez', is listed at the bottom left, along with his title: 'Miembro de la Comisión Legislativa del Poder Judicial de la Federación y Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM'. A small Mexican flag icon is next to the name.

Participación virtual del Expositor Rodolfo Guerrero Martínez, desde México.



# **Justicia Algorítmica. El Dilema entre la Transparencia y la Verdad**

---

*Rodolfo Guerrero Martínez*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El jueves 16 de noviembre de 2023 se desarrolló la conferencia magistral intitulada “justicia algorítmica: el dilema entre la transparencia y la verdad”, impartida por su servidor Rodolfo Guerrero Martínez en mi carácter como representante legal de la Sociedad Civil Coffee Law “Dr. Jorge Fernández Ruiz” y titular de la Comisión de Legaltech del Capítulo Occidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México A.C.

Dicha conferencia presento especial énfasis en la inteligencia artificial como parte fundamental en el marco de tecnologías exponenciales, precisamente por ello, el profesional del derecho y en especial el ciudadano deben conocer cómo utilizarla eficazmente para la simplificación de nuestras labores; el evento digital fue organizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Cabe destacar que, la conferencia desempeñada enfatizo la importancia en el uso de los datos y especialmente la ingesta de ellos en los algoritmos, debido a que el conjunto de estos integra a la inteligencia artificial, le otorgan autonomía.

En esa lógica la relación que existe entre la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos (AL) contempla las instrucciones paso a paso, para crear máquinas que aprendan de la experiencia, realicen la reconfiguración ante nuevos escenarios y desarrollen tareas de manera similar a como lo hacemos los seres humanos.

En el presente artículo abordaremos de manera general más no limitada, los tópicos selectos de algoritmos, sus tipos y propuesta de regulación, además de explicar los sesgos relacionados con el aprendizaje automático y finalmente el deber de educar a los algoritmos.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Los Algoritmos, sus diferentes tipos y propuesta para regularlos**

En el año 780 aproximadamente en Uzbekistán, actualmente Jiva nació el matemático árabe Muhammad ibn Musa al-Khwarizmi, quien dio lugar al término algoritmo, ello al desarrollar fórmulas para resolver ecuaciones de primer y segundo grado. Además de elaborar el primer libro de algebra intitulado “compendio de cálculo por reintegración y comparación”.

Justamente el nombre algebra viene del nombre de al-Jabr del título de la obra, como los escolares diseminaron el trabajo de Muhammad en latín durante el medievo, la traducción de su nombre “*algorism*” fue empleada para describir cualquier método de cálculo sistemático o automático **(1)**.

Entonces, entendemos que un algoritmo informático es un conjunto de instrucciones definidas, ordenadas y acotadas para resolver un problema, realizar un cálculo o desarrollar una tarea. Es otras palabras, un algoritmo es un procedimiento paso a paso para conseguir un fin **(2)**.

Cabe mencionar que, la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno de 4 de diciembre de 2018, nos indica en su glosario la definición del algoritmo como: “*Una secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático*”.

Por otra parte, es relevante que mencionemos las partes que integran al algoritmo como **el input** (donde se aportan los datos necesarios); **el procesamiento** (todas las acciones que se deben desempeñar para resolver el problema); y **el output** (muestra la resolución del problema obtenido). Asimismo, la existencia de diferentes tipos de algoritmos como:

**(I) Algoritmo recursivo.** Se llama a sí mismo con un valor diferente como parámetro de entrada, que obtuvo luego de haber resuelto el parámetro de entrada anterior.

**(II) Algoritmo dividir y conquistar.** El mismo se divide en dos partes. En la primera parte se divide el problema en cuestión en sub-problemas más pequeños del mismo tipo. Igualmente, en la segunda parte se resuelven sus sub-problemas, combinando luego ambas partes para producir la solución final del problema.

**(III) Algoritmo de fuerza bruta.** Busca ciegamente todas las soluciones posibles para encontrar una o más soluciones que puedan resolver una función.

Considerando lo establecido en cuanto a las partes de AL y algunos tipos de algoritmos (AL), nos conducen a reflexionar sobre la puesta a disposición de instrucciones que generan tipos de IA donde se emplea la combinación lógica e intuición (denominado *Deep learning*), y los AL que diseñan neuronas humanas, donde comprende el patrón de funcionamiento de cerebro humano.

Con respecto a propuestas para regular el uso de algoritmos, ubicamos un proyecto ley bastante interesante presentado en los Estados Unidos de Norteamérica en el año 2022 intitulado “Ley de responsabilidad algorítmica” **(3)** en la cual se destaca:

- **Autorizar a la Comisión Federal de Comercio (FTC) a crear regulaciones que exijan a las empresas** bajo su jurisdicción realizar evaluaciones de impacto de sistemas de decisión automatizados altamente sensibles.
- **Exigir a las empresas que evalúen el uso que hacen de los sistemas de decisión automatizados**, incluidos los datos de capacitación, para conocer los impactos en la precisión, la imparcialidad, el sesgo, la discriminación, la privacidad y la seguridad.
- Exigir a las empresas que evalúen cómo sus sistemas de información **protegen la privacidad y seguridad** de la información personal de los consumidores.
- Solicite a las empresas que **corrijan cualquier problema** que descubran durante las evaluaciones de impacto.

## 2.2. Algoritmos discriminatorios

En la actualidad estamos rodeados de una cantidad ingente de información, en ese sentido, en el año 2016, el World Wide Web Size estableció que comprendíamos cerca de 5,000 millones de webs indexadas. Además de ello, podemos añadir una cifra bastante relevante, tomando como ejemplo a Google que entiende alrededor de 1,800 millones de cuentas, y cada una representa 16 GB de almacenamiento en Google Drive.

Precisamente, el motor de búsqueda más utilizado del planeta brinda 28.8 M de terabytes (TB) a sus usuarios -considerando que un TB es equivalente a 1000 GB o un trillón de bytes-, adicionalmente Google Drive almacena entre 10 y 15 exabytes (presentando un valor de un millón de terabytes).

Ante lo establecido en los párrafos precedentes, resulta evidente que vivimos **en la era de la datificación**, la cual se explica por el procesamiento de información hasta su conversión en datos, justamente ello otorga la medición, almacenamiento y consulta de los activos informacionales mediante las herramientas tecnológicas.

Sin embargo, qué sucede con una inadecuada y/o perjudicial instrumentalización de ese universo de datos por parte de los algoritmos, en las próximas líneas desempeñaremos por medio de casos en específico algunos ámbitos cotidianos, profesionales e institucionales donde la desafortunada ingesta de información presenta escenarios de discriminación.

(1) A finales del año 2018, la prensa (4) dio a conocer que Amazon había diseñado un algoritmo para automatizar la selección de personal que daba una puntuación menor a los perfiles de mujeres. Parece ser que el sistema no pasó de la fase de pruebas, ya que se paró cuando se detectó que no seleccionaba a los mejores candidatos de forma neutral, sino que penalizaba a las mujeres por el hecho de serlo. En ese orden de los hechos, cinco miembros del equipo que trabajaron en el desarrollo de esta herramienta le contaron a Reuters que el algoritmo “se enseñó a sí mismo que los candidatos masculinos eran una preferencia”.

(2) En este caso, Google Ads mostraba más ocasiones anuncios de ofertas de empleo altamente remuneradas a hombres que a mujeres. En ambos casos, los algoritmos detrás de cada uno de esos sistemas discriminaban claramente por razón de género.

(3) En Estados Unidos, el sistema COMPAS proporciona información a los jueces sobre el riesgo de reincidencia de la persona a la que están juzgando. Se demostró que el algoritmo sobrestimaba el riesgo de reincidencia en el caso de personas negras y, por el contrario, el sistema asignaba un riesgo menor del real a las personas blancas. Localizamos que los casos en que los acusados habían acabado reincidiendo, los blancos habían sido clasificados como de riesgo bajo en un 45% de las veces, frente a un 23% en el caso de acusados negros (5).

Ahora bien, resulta importante preguntarnos, *¿los algoritmos son fórmulas matemáticas supuestamente neutras y objetivas?* En efecto, eso reza el ámbito conceptual y técnico, no obstante, el sesgo es un hecho de la vida en el aprendizaje automático. En la ciencia de los datos, generalmente se refiere a una desviación de las expectativas, o a un error en los datos, todos estamos condicionados por los entornos y experiencias. Entizando de esta forma que la mayoría de las veces existe un sesgo humano real en los datos o algoritmos.

### 2.3. Sesgos relacionados con el aprendizaje automático

Reafirmamos que el hecho del sesgo es generado a partir una selección desafortunada de datos de diferentes ámbitos y de ciertos grupos de personas, lo cual genera una errónea aleatorización. Por tal razón es indispensable tener claro tipos más comunes de sesgos relacionados con el aprendizaje automático, para ello los detallaremos a continuación:

(1) **Sesgo de estereotipo.** Presenta los efectos de muestras de datos sesgados donde el aprendizaje de las máquinas impacta en la limitación de la información que pueden apreciar los usuarios, por ejemplo, por razón de género, por ejemplo. Esto como consecuencia de los prejuicios de los científicos y/o programadores que participaron en el entramado de los datos que se introducen.

(2) **Sesgo de muestreo.** Comprende aquellos datos usados para entrenar un modelo que no reflejan con precisión el entorno en el que opera, teniendo como caso de ejemplo un diagnóstico médico en el que solo se considera datos de una población.

(3) **Distorsión sistemática del valor o del valor sistemático.** Entiende a los errores de medición (en un nivel relativamente sencillo) cuando los datos de entrenamiento han sido capturados a través de una cámara que filtra diversos colores.

(4) **Sesgo algorítmico.** Desfavorece aquellos grupos que no están correctamente representados en los datos que son usados para el entrenamiento del aprendizaje automático.

## 2.4. El deber de educar a los algoritmos

El mundo afronta nuevos desafíos, uno de ellos es educar, no sólo sobre los algoritmos sino también sobre los derechos humanos, en este caso reconocemos seis generaciones: (1) Civiles y políticos; (2) Económicos, sociales y culturales; (3) Justicia, paz y solidaridad; (4) Derechos de la naturaleza, de los animales; (5) Tecnologías de la información y comunicación; y (6) comprende a seres trans - humanos y en un estado ulterior (posterior) post-humano.

No obstante, los marcos jurídicos continúan con serias ausencias sobre las figuras jurídicas de los derechos humanos de última generación (más allá de establecido en razón la progresividad tecnológica) o también denominados derechos digitales que han sido dados a conocer en diversas cartas de carácter sólo declarativo y no vinculante, la más reciente publicada intitulada “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”.

Cabe resaltar que, en el año 2021 la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital publicó la Carta de Derechos Digitales con la pretensión de reforzar los derechos digitales contemplados en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales (LOPDGDD).

Dicho documento ilustra nuevas figuras jurídicas como: (I) el derecho a la herencia digital; (II) Protección de las personas mayores en el entorno digital, (III) Derecho a la neutralidad; (IV) Derecho a la participación políticas por medios digitales; (V) Derecho a la educación digital; (VI) Derecho ante la inteligencia artificial; (VI) Derechos digitales en el empleo de las neuro tecnologías, entre otros

En ese sentido, sobre el deber de educar a los algoritmos, enfatizamos un principio fundamental de la inteligencia artificial -ya que como habíamos expresado en puntos anteriores del presente artículo, es básico para su función al comprender el conjunto de instrucciones-, este es el **de conocer el algoritmo y hacerlo transparente**, siendo un factor generador de poder para el usuario y determinante para el ejercicio de su derecho a conocer y de acceso a la información.

Finalmente, en el año 2020 fue publicada una entrevista en el sitio web de la UNESCO intitulada “Hay que educar a los algoritmos” (6), la cual fue realizada por Agnès Bardon donde converso con los autores del libro *L'intelligence artificielle, pas sans elles*, Aude Bernheim y Flora Vincent.

Dicha conversación estableció entre sus preguntas, una muy importante en nuestro objeto de estudio, **¿cómo podrían obtenerse algoritmos más igualitarios?** La respuesta es precisa sobre la operación de los bancos de datos, para que lleguen a representar cabalmente a toda la diversidad de la población. Además de mencionar como algunas empresas ya lo hacen y trabajan sobre ellos que tienen en cuenta las diferencias de sexo, nacionalidad o morfología. Como consecuencia de los trabajos publicados sobre

las lagunas de los programas informáticos de reconocimiento facial, las compañías han actualizado sus algoritmos para que sean más inclusivos.

### 3. CONCLUSIONES

El hecho de propiciar la transversalidad y sana crítica en el razonamiento jurídico es obligado para todo operador del derecho que desee que las tecnologías sean lo que son, herramientas dentro del entendimiento de Estado de Derecho y que ayudan a su fortalecimiento a través de la participación ciudadana. En ese orden, advertimos que la inteligencia artificial desde la perspectiva de los derechos humanos tiene como finalidad entender nuevas figuras jurídicas, como los denominados derechos digitales, hoy reconocidos por diversos documentos no vinculantes en países como España, Portugal, México y Perú, además de la propia Carta Iberoamericana de Derechos y Principios en los entornos digitales.

En el transcurso del presente objeto de estudio hemos planteado la relevancia de los algoritmos no solo como concepto técnico, aislado del mundo del derecho, sino como piedra angular para la transformación inteligente de la administración de justicia al comprender que para toda plataforma, software y sistema jurídico experto se deberán involucrar una serie de principios y directrices que ayuden a titular derechos como a la privacidad, acceso a la justicia, a la información y de protección de datos personales. Concluyendo que, la agenda pendiente sigue siendo impulsar la cultura y educación digital en el grueso de la sociedad.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- BARDON, Agnès, 2020. Hay que educar a los algoritmos, UNESCO. <https://es.unesco.org/courier/2020-4/hay-que-educar-algoritmos>
- BROWARD COUNTY CLERK'S OFFICE, BROWARD COUNTY SHERRIF'S OFFICE, FLORIDA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, PROPUBLICA. <https://www.propublica.org/dastore/dataset/compas-recidivism-risk-score-data-and-analysis>
- DASTIN, JEFFRY, 2018. Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista. <https://www.reuters.com/article/amazon-com-contratacion-ia-idESKCN1MO0M4>
- CHABER, A History of Algorithms: From the Pebble to the Microchip, Springer-Verlag, New York, 1999.
- PROYECTO de Ley de Responsabilidad Algorítmica (2022). <https://www.booker.senate.gov/news/press/booker-wyden-clarke-introduce-bill-requiring-companies-to-target-bias-in-corporate-algorithms>
- VEGA, R. M. (21 de enero de 2021). Qué es un algoritmo informático: características, tipos y ejemplos. España.

---

**SEGUNDA JORNADA**  
**VIERNES 18 DE NOVIEMBRE**

---





## **Bases del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**



### **Aquiles Ricardo Sotillo Antezana - Bolivia**

Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

- Abogado, Máster en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales, Doctorante en Derecho Constitucional y Administrativo, con conocimientos en Derecho Internacional y en defensa jurisdiccional de los Derechos Humanos.
- Docente universitario de pre y post grado en Bolivia. Cuenta con experiencia en planificación, ejecución y evaluación proyectos sociales y políticas públicas con personas con discapacidad, adultas y adultos mayores, jóvenes privados de libertad, mujeres privadas de libertad, jóvenes de Unidades Educativas públicas, bajo un enfoque de derechos, género, intergeneracionalidad e interculturalidad.
- Posee experiencia laboral en universidades, instituciones gubernamentales, no gubernamentales y organizaciones sociales de base. Experiencia de trabajo en red y voluntariado.
- Trabajó en proyección normativa e intelectual sobre el ejercicio pleno de los Derechos Humanos. Activista comprometido por el ejercicio pleno de los Derechos Humanos y el desarrollo integral de personas en situación de vulnerabilidad.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Aquiles Ricardo Sotillo Antezana, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.

# **Bases del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**

---

*Aquiles Ricardo Sotillo Antezana*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La elaboración y vigencia de las Constituciones de Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia 2009, han puesto de manifiesto un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este nuevo constitucionalismo se erige como la última generación del constitucionalismo debido a que aporta entendimientos novedosos sobre la teoría constitucional sobre la base de un renovado concepto de soberanía popular, entre otras características propias que hacen a la discusión actual del Derecho Constitucional. De esa manera, en el presente ensayo se presentan elementos introductorios sobre este nuevo momento del constitucionalismo en Latinoamérica, estableciendo sus fundamentos, alcances y principales características.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Constitucionalismo de adaptación**

Los países latinoamericanos, conocidos como “países subdesarrollados” o “en vías de desarrollo”, históricamente tuvieron un rezago económico, social, jurídico, cultural, entre otros factores, lo cual generó que los países desarrollados vean como un hecho natural que ellos generen un alto grado de influencia y hasta decisión en aquellos Estados; es decir, que se manifestó desde muchos sectores que los países subdesarrollados debían acatar las órdenes de los países desarrollados para así lograr su desarrollo, esto fue una suerte de colonialismo de facto en pleno siglo XX. Esa influencia que al final del día no es más que una injerencia de característica colonial se manifestó en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía hasta la cultura, donde el derecho y el constitucionalismo no estuvieron por fuera.

Para Gargarella<sup>1</sup> los “trasplantes constitucionales” o las “Constituciones importadas” han sido una realidad en la historia latinoamericana siendo un hecho inevitable, lo cual ha generado un amplio debate en la actualidad sobre su incidencia en la historia constitucional latinoamericana. Siendo que, históricamente, tanto políticos como teóricos que renegaron de dichas adaptaciones al final en la práctica terminaron adaptando de una manera institutos a las Constituciones latinoamericanas.

De esa manera, si bien los denominados países desarrollados no impusieron por la fuerza o de forma violenta leyes o Constituciones, fueron lo suficientemente hábiles para que los gobernantes de los países en vías de desarrollo, junto a sus asesores y expertos, adapten y copien Constituciones y leyes que estaban en disonancia con la

---

1 GARGARELLA, 2010.

realidad. Martínez Dalmau<sup>2</sup> denomina a este periodo como un constitucionalismo de opulencia o adaptación por el cual estos países copiaron las Constituciones foráneas y forzosamente las adaptaron a realidad y sociedad totalmente diferentes.

Es en estos países donde la Constitución sólo se dedicó a promover el ejercicio de algunas libertades y espacios de participación dejando de lado el desarrollo y bienestar de grandes sectores de la sociedad. Por esa razón, en estos países se veía a la Constitución como una parte integrante de aquella estructura o *establishment* que permitía el ejercicio de poder a una oligarquía fomentada por los grandes grupos económicos multinacionales.

De esa manera, la sociedad latinoamericana comenzó a plantear la necesidad de un nuevo constitucionalismo que responda y plantee soluciones a los grandes problemas estructurales de sus sociedades mediante una mitigación del gran individualismo normativo, no sólo reconociendo, sino haciendo verdaderamente efectivos a los derechos sociales mediante una recuperación de los recursos naturales en favor del Estado y la distribución equitativa de la riqueza.

## 2.2. Formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El nuevo constitucionalismo latinoamericano contrasta con el constitucionalismo tradicional, y se erige como una forma de Constitucionalismo democrático. Su denominación engloba una serie de experiencias que han intentado de avanzar y actualizar los problemas del siglo XXI dentro de constitucionalismo democrático, es experiencia en varios Estados que se inicia con la Constitución colombiana de 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Las razones por las cuales aparece este constitucionalismo se pueden identificar por la crisis del Estado social democrático de derecho en América Latina porque nunca hubo ese pacto social entre las élites y la ciudadanía, generando insatisfacción social porque el constitucionalismo tradicional no daba soluciones a la realidad social; es decir, existían Constituciones no normativas porque no se cumplen en la realidad social. La reacción a ese constitucionalismo tradicional no se produce en el mundo académico y jurídico, quienes aceptaban y defendían sus deficiencias en base a teorías del desarrollo social, siendo una característica en los orígenes de este nuevo constitucionalismo el divorcio entre el mundo académico y la sociedad.

Viciano y Martínez Dalmau<sup>3</sup> establece que el tradicional constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX y XX fue excluyente y muy alejado de la democracia, siendo Constituciones nominales pero sin una aplicación real. Así, la historia del constitucionalismo latinoamericano aporta como elementos centrales hasta fines del siglo XX de una ausencia de democracia lo cual generó exclusión social y pobreza

---

2 MARTINEZ DALMAU, 2008.

3 VICIANO Y MARTINEZ DALMAU, 2011.

económica, por lo que el NCL tiene como reto la retoma de una democracia real donde se empodere a la ciudadanía en la toma de decisiones del Estado.

Entonces, se puede afirmar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene una construcción teórica previa a la implementación su modelo porque surge a impulsos y experiencias de la sociedad. Es decir, que este nuevo momento del constitucionalismo surge de la agregación y suma de teorías y propuestas constitucionales concretas, además de elaboraciones de los movimientos sociales que aportan respuestas constitucionales a los problemas de la realidad. Así, se pueden identificar como elementos comunes que promovieron la generación de este constitucionalismo en América Latina a:

- Descontento con el sistema político tradicional.
- Ausencia de mecanismos expeditos para la defensa de los derechos fundamentales.
- Preocupación por medio ambiente.
- Ineficiencia y corrupción en la administración de justicia.
- Políticas económicas contra sectores populares.
- Exclusión de grandes mayorías sociales en la toma de decisiones estatales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad.

El sistema neoliberal imperante de la región, reinante desde la recuperación de la democracia, no había sido capaz de asegurar las condiciones de igualdad entre los diferentes grupos de la sociedad y más bien fomentó, en muchos casos desde la institucionalidad estatal, que pequeñas élites se adueñen del Estado por décadas incluso desde el final de la colonización española.

En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se erige como un nuevo momento dentro de la evolución histórica del constitucionalismo por lo que significa que muchas de las características e institutos del Neoconstitucionalismo, han servido de inspiración para este último momento de la ciencia constitucional. Es por ello, que para cierta parte de la teoría el nuevo constitucionalismo latinoamericano no es más que el desarrollo del Neoconstitucionalismo, no representando necesariamente una evolución del mismo.

Martínez Dalmau<sup>4</sup> establece que durante décadas el constitucionalismo de América Latina ha sido estudiado desde visiones extranjeras con cierto desdén restando importancia a sus características propias, por lo que es importante hacer un estudio de este nuevo constitucionalismo latinoamericano y la manera de cómo está aportando nuevas teorías para la mejor aplicación y entendimiento de la Constitución. Tradicionalmente, este constitucionalismo se ha desarrollado, adaptando y copiando los institutos y conceptos del constitucionalismo liberal sin comprender que la realidad latinoamericana es muy diferente a las revoluciones liberales, incluso a la academia occidental liberal. Este hecho generó ciertas disfuncionalidades, creando un descontento social por ese tipo de Constituciones.

Es en esa situación y con ese antecedente, que se puede identificar el inicio de la formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano como respuesta al tradicional constitucionalismo de adaptación que no pudo resolver los problemas estructurales de las sociedades latinoamericanas. Por su parte, para Villabella<sup>5</sup> el NCL tienen que establecer un ambiente propicio para construir y consolidar una democracia social por medio de la cual el concepto clásico de democracia sale de su clásico sitio de la política y para ejercerse también en el plano social y económico. De esa manera, se puede identificar un mandato social para el nuevo constitucionalismo latinoamericano el cual es generar una normatividad constitucional que resuelva los diferentes problemas sociales, lo cual establece que la sociedad latinoamericana todavía cuenta con una fe en que la Constitución es un instrumento para desarrollar a la sociedad, tal como lo planteaban los revolucionarios europeos del siglo XVIII. Es decir, que a diferencia de otras sociedades actuales, muchas de las sociedades latinoamericanas han identificado una necesidad de cambio, de transformación social por una ineficiencia de los sistemas políticos y normativos por lo que hay dos vías para transformar la sociedad una violenta a través de una revolución y otra pacífica a través de la elaboración de nuevas Constituciones mediante la activación popular del poder constituyente.

### 2.3. Objetivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El estudio sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano debe ser desarrollado sobre un entendimiento del constitucionalismo liberal desarrollado en América Latina a partir del movimiento independentista de la corona española para advertir la importancia de este nuevo momento constitucional en algunos países de América Latina. Así, a este constitucionalismo liberal también se lo denominó constitucionalismo de adaptación, criollo o en palabras de Martínez Dalmau<sup>6</sup> un constitucionalismo de la opulencia, el cual lejos de transformarse con los postulados del constitucionalismo social y Neoconstitucionalismo mantuvo un *status quo* sobre

---

4 MARTINEZ DAMAU, 2008.

5 VILLABELLA, 2014.

6 MARTINEZ DALMAU, 2010.

la normatividad constitucional bajo el viejo entendimiento de que sólo es un medio de limitación del poder político. Es decir, que los diferentes estados de esta parte del mundo reconocieron formalmente los institutos de los diferentes momentos históricos del constitucionalismo sin embargo nunca tuvieron una vigencia en la realidad, existía una Constitución formal que no tenía ninguna fuerza reguladora en la realidad material; en muchos Estados se reconoció constitucionalmente la vigencia del Estado social de derecho o al Estado social y democrático de derecho sin embargo los niveles de pobreza y exclusión siempre fueron altísimos en la región, por lo que el orden constitucional sólo sirvió para proteger los intereses de pequeñas oligarquías a través de este constitucionalismo de la opulencia.

Todo Estado puede mejorar las condiciones de vida de las personas mediante un desarrollo siempre y cuando exista un constitucionalismo fuerte donde se constitucionalice el ordenamiento jurídico que tenga la suficiente fuerza de proteger al Estado Social. En el caso latinoamericano se puede decir que materialmente nunca existió un Estado social debido a que nunca se dieron las condiciones económicas para su vigencia, hasta ahora no existe un desarrollo industrial que permita la generación de riqueza y la constitución de un verdadero Estado de bienestar. En ese sentido, el rol de la Constitución no es distribuir la riqueza sino sentar las bases de la creación de riqueza tal como lo hace el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Lo que se quiere establecer es que los diferentes momentos del constitucionalismo a nivel mundial nunca experimentaron materialmente en las sociedades latinoamericanas ya que las Constituciones en esta parte del mundo se remitieron a organizar el poder público sin involucrarse en la realidad y las necesidades de las y los ciudadanos, generando un divorcio entre la sociedad y su Constitución donde la misma era una expresión de un modelo liberal que sólo creó pobreza y exclusión en muchos casos. Por esa razón, puede establecerse que la irrupción del nuevo constitucionalismo latinoamericano es producto de la decadencia del constitucionalismo liberal y el Estado liberal capitalista en América Latina.

Al igual que otros momentos históricos en otras partes del mundo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo necesario, para diferentes países de América Latina que lo están desarrollando y para los que pronto lo harán, para no sólo cambiar sino transformar no sólo a las instituciones estatales sino a la sociedad en su conjunto respondiendo así a las demandas históricas del pueblo latinoamericano. Es decir, en palabras de Viciano y Martínez Dalmau<sup>7</sup>, el concepto de Constitución cambia en el NCL ya que deja de ser exclusivamente un medio de límite al poder del gobernante para erigirse como mecanismo idóneo de la voluntad popular, la función de la Constitución adquiere una connotación más amplia y profunda.

---

7 VICIANO Y MARTINEZ DALMAU, 2011.

Ese momento de crisis del Estado liberal revolucionario y del constitucionalismo liberal encuentra nuevos bríos en la activación popular del poder constituyente en las experiencias de Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia 2009, constituyéndose estas experiencias como la actual vanguardia del constitucionalismo.

De esa manera, los objetivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano son la generación de riqueza y bienestar económico así como la inclusión de las mayorías excluidas del ejercicio del poder público. Por su parte, uno de los rasgos significativos y característicos del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la activación del poder constituyente con la participación y protagonismo del pueblo, que se ha caracterizado por movilizaciones sociales de protesta, generalmente espontáneas y sin un orden orgánico, contra el modelo institucional y económico vigente quienes al no encontrar soluciones en la institucionalidad vigente se decantan por los procesos constituyentes.

#### **2.4. Formación histórica del nuevo constitucionalismo latinoamericano**

Se pueden identificar tres momentos históricos que permitieron la formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano:

- La propuesta de la papeleta adicional en el referendo colombiano de 1991.
- El “Caracazo” de 1989 en Venezuela.
- Las guerras del agua y del gas en Bolivia a inicios del siglo XXI.

Con estas protestas históricas de los diferentes movimientos sociales, los procesos constituyentes se erigen como una respuesta a esas demandas pero desde una vía institucional y democrática que tiene como mandato ser un espacio de debate y reflexión de todos los actores y actrices de la sociedad donde se ponga en discusión no solo las demandas sociales sino plantear cómo desde un texto constitucional democrático se va a dar una respuesta institucional a esas demandas. Es decir, conforme lo señalado anteriormente, para hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano se debe analizar las experiencias de reforma constitucional que se han desarrollado a través de asambleas constituyentes porque son la expresión máxima del poder constituyente popular, así para Martínez Dalmau<sup>8</sup> los procesos de reforma constitucional de Brasil en 1988, Perú en 1993 y Argentina en 1994 no son parte de este cuarto momento en la historia del constitucionalismo.

De esa manera, se puede establecer como el nacimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano al proceso constitucional de Colombia en 1991. El origen del proceso constituyente colombiano se dio gracias a la activación directa de la soberanía popular donde estudiantes y docentes universitarios establecieron una asamblea constituyente en Colombia.

---

8 MARTINEZ DALMAU, 2010.



Hasta ese momento, en América Latina los procesos constituyentes se habían desarrollado conforme las experiencias europeas donde no existe una participación directa de la población sino que existe todavía la aplicación del concepto poder constituyente constituido donde los partidos políticos tienen la exclusividad de ejercer la soberanía. Noguera<sup>9</sup> señala que la asamblea constituyente colombiana de inicios de la década de los 90 se constituyó como un antes y un después en las formas constituyentes latinoamericanas.

El resultado de la asamblea constituyente colombiana inició una revolución constitucional en Colombia que tuvo efecto a nivel internacional rescatando el concepto de soberanía popular y actualizando la teoría del poder constituyente para su entendimiento a inicios del siglo XXI. Como todo proceso constituyente hubo el debate social si era realmente necesario cambiar todo el texto constitucional o bastaba solamente con hacer reformas parciales al texto constitucional de 1886, la asamblea constituyente optó por el cambio total de la Constitución a través de la redacción de un nuevo texto constitucional.

Entre las innovaciones de la Constitución colombiana de 1991, que tiempo después serán las bases del desarrollo teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pueden destacarse la incorporación de mecanismos de democracia participativa como la revocatoria de mandato, mayor reconocimiento de derechos fundamentales, regulación constitucional del papel del Estado en la economía. Sin embargo, lo fundamental del proceso constituyente colombiano fue el reconocer la necesidad de contar con un proceso de esas características para debatir los problemas sociales y plantear sus soluciones desde un texto constitucional. Además mediante la Constitución colombiana de 1991 la Corte Constitucional de aquel país ha hecho un desarrollo jurisprudencial de los diferentes temas especialmente del ejercicio de los derechos fundamentales que ha sido guía para diferentes órganos constitucionales alrededor del mundo.

Tras la experiencia constituyente colombiana, en Ecuador también existieron movimientos sociales que pedían la instalación de una asamblea constituyente a mediados de la década de los noventa. Este proceso no cumplió con las expectativas depositadas por el pueblo terminando con la redacción de la Constitución ecuatoriana de 1998. Tomando en cuenta que ese proceso constituyente quedó inconcluso, nueve años después en 2008 se convoca nuevamente a una asamblea constituyente que se enmarcó en los elementos formales aportados por la Constitución colombiana de 1991 como ser la amplitud y complejidad de su articulado, amplitud en el catálogo de derechos sociales, reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y sectores vulnerables, y el reconocimiento de institutos de democracia participativa.

---

9 NOGUERA, 2010.

Sin perjuicio de lo anterior, según Martínez Dalmau<sup>10</sup>, el ejemplo más rotundo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, lo encarna la aprobación mediante voto popular de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de diciembre de 1999; fue un hito importante para el análisis de cómo el pueblo ejerce directamente la soberanía popular. Como se mencionó, el denominado “Caracazo” de 1989 fue recogido por el ex presidente Hugo Chávez a través de la instalación de una asamblea constituyente pese al rechazo y oposición del poder constituido. Y como todo proceso constituyente, el venezolano no fue nada fácil porque se estaba en los albores de un nuevo sistema político que se reconoció en la Constitución de 1999, y aportó innovaciones en el ejercicio de derechos sociales, cambios institucionales, la regulación de los partidos políticos, inclusión de mecanismos de democracia participativa y la constitucionalización del papel del Estado en la economía, son los elementos más destacados de ese texto constitucional, sin olvidar del establecimiento del referendo popular siempre que haya una reforma constitucional sea total o parcial. Con esa última característica se advierte el carácter central que tiene la soberanía popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Sobre el caso boliviano se puede afirmar que los niveles de pobreza y exclusión que han caracterizado la historia boliviana generaron una constante necesidad constituyente que los pueblos indígenas de tierras bajas plantearon por primera vez en la Marcha por la dignidad y el territorio en 1990, fue allí que por primera vez se planteó la necesidad de instalar una asamblea constituyente en Bolivia. Pese a esta necesidad, los partidos políticos que gobernaron Bolivia luego de la recuperación de la democracia en 1982 nunca se animaron a recoger este pedido social y dieron largas mediante reformas constitucionales (1994 y 2004) meramente formales que tenían una característica refundacional del Estado. De esa manera, en la elección presidencial del año 2005 el entonces candidato Evo Morales manifestó que la convocatoria a una asamblea constituyente sería una de las primeras prioridades en su gobierno, de modo que mediante la Ley N° 3464 se convocó a la asamblea constituyente y terminó plasmando una Constitución, que es motivo de estudio en otras latitudes.

Esta asamblea constituyente, no obstante, tuvo una fuerte oposición tanto del poder constituido como de los poderes económicos que no querían una nueva Constitución y, por tanto, se buscó cómo opacar ese proceso histórico o generando discusiones poco constructivas como si el poder constituyente de la asamblea era originario o derivado, el pedido de que todos los artículos sean aprobados por dos tercios, entre otros, de modo que se generó tal nivel de conflictividad en su sede al extremo que las y los asambleístas se trasladaron a la ciudad de Oruro, donde el 14 de diciembre de 2007 aprobaron en grande, detalle y revisión el proyecto de Constitución.

Sin embargo ese proyecto de Constitución tuvo que ser modificado tanto política como en el extinto congreso nacional, hasta que finalmente se pudo aprobar mediante

---

10 MARTINEZ DALMAU, 2010.

referendo, celebrado en diciembre de 2008 con más del 55% del electorado boliviano; la nueva Constitución boliviana fue promulgada el 09 de febrero del 2009.

## **2.5. Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano**

Para Martínez Dalmau<sup>11</sup> se pueden identificar 10 características del nuevo constitucionalismo latinoamericano 6 características materiales y 4 características formales. Entre las características materiales se encuentran:

- Naturaleza transitoria.
- Recuperación de la soberanía popular.
- Consolidación de la democracia participativa.
- Carácter social integrador.
- Establecimiento del papel estatal en la economía.
- Nuevas formas de integración de nivel regional.

Sobre estas características materiales se puede advertir que dichas Constituciones tienen un carácter transitorio o temporal porque tienen como finalidad sentar las bases para que las sociedades se transformen y aporten nuevas formas de desarrollo y de organización; es decir, el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende ser la semilla de un gran cambio social en América Latina donde la punta de lanza es la redacción de Constituciones democráticas con altos grados de participación popular. Respecto a la recuperación del concepto de soberanía popular lo que realiza este nuevo constitucionalismo es devolver el poder político al pueblo debido a que durante décadas ese poder en muchos países latinoamericanos fue detentado por oligarquías y pequeños grupos de poder que manejaron y redactaron Constituciones para proteger sus intereses, de esa manera se retoma el poder del pueblo para que este de forma soberana decida y ejerza el poder político a través de mecanismos de participación de democracia participativa.

Sobre el carácter social integrador de este constitucionalismo se encuentra el reconocimiento formal y también de derechos a grandes sectores de la población que tradicionalmente han sido excluidos del estado como lo fueron los pueblos indígenas y otras minorías sociales; así, las Constituciones pretenden no sólo reconocer sino empoderar a estos sectores sociales para que puedan ejercer sus derechos de forma plena y sin condicionamientos.

Una de las innovaciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano se puede encontrar en su quinta característica formal referida al reconocimiento constitucional del papel estatal en la economía, donde el constituyente establece las formas sobre cómo se va a desarrollar la economía haciendo énfasis en la propiedad del pueblo

11 MARTINEZ DALMAU, 2008.

sobre los recursos naturales y formas interesantes de distribución de la riqueza. Y por último, se encuentra la previsión de este constitucionalismo sobre la integración latinoamericana que evidentemente no tiene nada de novedoso en relación a su intención pero sí en relación a su incorporación al texto constitucional. Ya Francisco de Miranda, Simón Bolívar o José Martí identificaron la necesidad de una integración latinoamericana como punto de poder de la región ante el mundo, por ello este constitucionalismo prevé que los Estados deban desarrollar políticas de integración regional o, tal el caso boliviano en su artículo 410, el reconocimiento de la supremacía constitucional a las normas del derecho comunitario.

Respecto a las características formales se encuentran:

- Originalidad.
- Amplitud en el articulado.
- Complejidad.
- Rigidez constitucional.

Estas características materiales demuestran que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un avance dentro de la ciencia constitucional ya mediante su complejidad o amplitud de los articulados constitucionales el mencionado constitucionalismo apunta a una efectividad constitucional, a que la Constitución sea la fuente principal y el centro de la normatividad por lo cual procura regular todos los aspectos de la vida social no sólo limitándose a poner límites al poder sino también a establecer mandatos al poder constituido para desarrollar la sociedad económica y culturalmente.

Respecto a la amplitud del contenido se advierte 380 artículos de la Constitución colombiana, 284 de la Constitución ecuatoriana, 350 de la Constitución venezolana y los 411 de la Constitución boliviana, se erigen como una característica propia de este constitucionalismo donde la razón de contar con textos constitucionales ampulosos es la protección de la voluntad constituyente evitando así que el poder constituido pueda modificar o interpretar de maneras diferentes a sus orígenes. Asimismo, esta amplitud de artículos en el texto constitucional implica necesariamente su complejidad debido a la introducción de aspectos técnicos que el constituyente ha previsto su introducción para regular aspectos centrales de la sociedad como el régimen económico. Además, respecto a esta amplitud Noguera<sup>12</sup> está vinculada con la inclusión de más derechos y garantías, el cual también es un rasgo característico del NCL.

Sobre la rigidez constitucional se puede advertir que mediante el mismo el nuevo constitucionalismo latinoamericano elimina el concepto de poder constituyente constituido o derivado donde las reformas constitucionales se las encargaba al parlamento vedando la participación del pueblo. En ese sentido, el nuevo

---

12 NOGUERA, 2010.

constitucionalismo implica que cualquier tipo de reforma constitucional, sea total o parcial, deba tener la participación y aprobación popular reforzando así el concepto de soberanía popular que reside en el pueblo mismo y no en sus representantes.

Otro aspecto importante es que en el texto constitucional se introducen previsiones económicas y fiscales, también denominada Constitución económica. En el constitucionalismo social el criterio que se seguía era el de establecer líneas básicas o genéricas sobre las cuales el poder constituido desarrolle políticas sociales y económicas procurando siempre regular lo menos posible para que la Constitución no sea una camisa de fuerza para los gobiernos o mayorías parlamentarias. Por ello, con las nuevas Constituciones latinoamericanas se rompe con este paradigma, donde es el poder constituyente, el pueblo, quien establece las formas y las políticas que el Estado debe desarrollar en la economía, aparece así la introducción de la Constitución económica como un integrante indispensable en toda Constitución, donde la regulación constitucional es amplia y expresa sobre cuáles y cómo el Estado debe llevar a cabo las políticas económicas haciendo énfasis en la explotación y uso de los beneficios de los recursos naturales. Así, el margen de gestión del poder constituido es bastante limitada, estableciendo desde los textos constitucionales los sistemas de distribución de la riqueza y manifestando que no todo disponible o comerciable en la sociedad.

Respecto a la relación de la Constitución con los tratados internacionales, éstos estaban sometidos a la Constitución no pudiendo contradecirla fiel al principio de supremacía y jerarquía constitucional. Actualmente, señala Tremolada<sup>13</sup> la tradicional infra constitucionalidad de los tratados internacionales ha sufrido cambios dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano principalmente por 2 factores: la consolidación de los procesos de integración y la suscripción de numerosos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

En relación a los Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos tanto el constitucionalismo liberal como social señalaban que éstos son normas complementarias de interpretación a la Constitución, son normas subsidiarias, accesorias que no pueden contradecir el texto constitucional. Mientras que en los procesos constituyentes latinoamericanos de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI se plantea ir más allá en la funcionalidad de éstos instrumentos permitiendo que cuando reconocen derechos que no están dentro de la Constitución o reconocen derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional, en la labor interpretativa constitucional los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tendrán un rango supraconstitucional, tal como lo reconoce el artículo 256 de la Constitución boliviana.

---

13 TREMOLADA, 2006.

### 3. CONCLUSIONES

En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha supuesto una revalorización de los institutos clásicos de la ciencia constitucional. Este nuevo constitucionalismo no sólo se ha desarrollado en América Latina sino que ha tenido una influencia e impacto en otras latitudes. Si bien se puede identificar varias características sobre este nuevo momento del constitucionalismo, se advierte que la retoma y vigorosidad de la soberanía popular y la introducción de mecanismos constitucionales para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales son los temas centrales que denotan lo importante de este nuevo constitucionalismo. Estas características exigen su estudio y discusión y al mismo permite que la Constitución mantenga su vigencia y sea el motor de transformación social las sociedades latinoamericanas.

El reto que tienen estos textos constitucionales es de constituirse en Constituciones vivas para que no sigan la suerte de sus predecesoras y ser textos meramente nominales; para ello es necesario cuidar su carácter democrático, la vigencia de los derechos y garantías, y el respeto de la soberanía popular, para evitar que sucesos como los que están ocurriendo en Venezuela y está iniciando en Bolivia vacíen de contenido al nuevo constitucionalismo latinoamericano que lejos de ser el constitucionalismo de última generación puede llegar a ser un intento fallido por culpa de sus gobernantes de turno.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

Constitución de Colombia, 1991.

Constitución de Venezuela, 1999.

Constitución de Ecuador, 2008.

Constitución de Bolivia, 2009.

Gargarella, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares*. En: *Crítica y Emancipación*, Año II, Nº 3. Buenos Aires: CLACSO, 2010.

Martínez Dalmau, Rubén. *El proceso constituyente boliviano*. La Paz – Bolivia. Oxfam Gran Bretaña, 2008.

Noguera Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España 2010.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina 2003.

Sotillo, Ricardo. *Introducción al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Universidad Católica Boliviana San Pablo. Santa Cruz, Bolivia, 2017.

Tremolada, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Valencia, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Juventud. La Paz, Bolivia 1983.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9, 2011.

Villabella, Carlos Manuel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿un nuevo paradigma?* Mariel, México, 2014.





## **Constitucionalismo Ecológico en Colombia. Entre el Progreso y la Regresión**

---



### **Manuel Fernando Quinche Ramírez - Colombia**

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario

- Filósofo de la Universidad del Rosario y Abogado de la Universidad Católica de Colombia.
- Es especialista en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia y Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia.
- Es abogado litigante y consultor en Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; además de ser profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Reconocimiento Institucional al Expositor Manuel Fernando Quinche Ramírez, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# Constitucionalismo Ecológico en Colombia. Entre el Progreso y la Regresión

---

*Manuel Fernando Quinche Ramírez*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este escrito se desarrolla alrededor de dos temas: el constitucionalismo transformador y el derecho constitucional ambiental en Colombia. En este sentido, aborda los conceptos, explora sus características y describe la manera oscilante como se despliega este último.

El objetivo de este artículo es el de integrar los conceptos de constitucionalismo transformador y de derecho constitucional ambiental en Colombia, en el sentido de identificar los elementos progresistas y las regresiones de la actual Corte Constitucional de Colombia.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. El constitucionalismo transformador

El concepto de constitucionalismo transformador ha sido adjudicado a Karl Klare, un sujeto perteneciente a la corriente de los *critical legal studies*, quien lo utiliza para “describir un proceso a largo plazo de elaboración, interpretación y aplicación de la Constitución, con el fin de transformar las instituciones políticas y sociales y las relaciones de poder de manera que sean más democráticas, inclusivas e igualitarias”<sup>1</sup>.

Alrededor del constitucionalismo transformador existe cierto consenso en señalar que se trata de una aportación específica del “sur global” al constitucionalismo occidental, y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia contribuye a su desarrollo. La idea central de este tipo de constitucionalismo afirma que, desde la Constitución, la justicia constitucional, los tribunales internacionales de derechos humanos y las prácticas de sus actores (los ciudadanos participantes, los tribunales y los grupos sociales actuantes), es posible modificar o transformar tres cosas: las instituciones políticas, las instituciones sociales y las relaciones de poder.

El constitucionalismo transformador consiste en una propuesta y en un enfoque, que confía en el poder igualador y progresista del derecho, especialmente del derecho constitucional, de la justicia constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, como elementos determinantes para la construcción y el establecimiento de sociedades democráticas. Parte de sus propuestas han sido recibidas con entusiasmo

---

1 Von Bogdandy y otros. “Introducción: ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. En: *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia*. México, Universidad del Norte, Max Planck Institute, DFG, IEC Querétaro, 2022, páginas 35 - 49.

por sectores progresistas de los estudiantes, los abogados, la judicatura y los movimientos sociales en algunos países andinos.

Roa vincula el constitucionalismo transformador con el constitucionalismo fuerte, y señala como algunas de sus características<sup>2</sup> la inclusión, la idea del diálogo, las dinámicas necesariamente activistas de la función judicial en escenarios como el latinoamericano, la tarea que tiene los jueces de representar los intereses de los excluidos, el compromiso con la igualdad material y el proyecto social contenido en la Constitución Política, el rechazo de las soluciones estrictamente tecnocráticas sobre los derechos económicos y sociales, la internacionalización del derecho constitucional, afirmar la última palabra más en los jueces que en el presidente y resistir instrumentos tradicionales del constitucionalismo débil, como los exhortos.

El constitucionalismo transformador tiene a la base modelos operativos y justificatorios, cuyas corrientes más notables son el neoconstitucionalismo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la internacionalización del derecho, y más recientemente, el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* – ICCAL, propuesto como una tendencia original de la Región, encaminada a la realización del constitucionalismo transformador, que “se caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la tríada: derechos humanos, democracia y estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque instrumento”<sup>3</sup>.

El neoconstitucionalismo es uno de los modelos que está a la base del constitucionalismo transformador. Se trata de una corriente de origen europeo, respecto de la cual se discute si es una teoría, una metodología o una ideología. Barberis sostiene que se trata de “una teoría sostenida en los últimos cincuenta años con referencia al derecho característico de una particular forma de Estado”, el Estado constitucional, que cuenta, entre otras, con tres tesis características<sup>4</sup>: (i) la conexión entre el derecho y la moral en el Estado constitucional, a través de los principios constitucionales, (ii) la distinción entre reglas y principios como clases de normas mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas, y (iii) la distinción entre la aplicación de las reglas y la aplicación de los principios. Las primeras serían aplicables en la forma de la subsunción y los segundos en la forma de la ponderación. También se le adjudica la afirmación del Estado social de derecho, de la dignidad humana como fundamento de todos los derechos, del control estricto de constitucionalidad y del establecimiento de

---

2 Roa, Jorge. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute. Research Paper Series No. 2020-11.

3 Von Bogdandy, Armin y otros. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En: *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. IEC – Max Planck Institute. México, 2017, páginas 17 – 51.

4 Barberis, Mauro. “¿Existe el neoconstitucionalismo?”. En: *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2015, páginas 455-478.

los Tribunales Constitucionales, como órganos especializados para la defensa de la Constitución.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano respondería al trasplante del neoconstitucionalismo europeo, como un modelo potencialmente capaz de superar las limitaciones del constitucionalismo liberal en la región. Ávila sostiene que dicha recepción puede ser identificada desde cinco elementos específicos<sup>5</sup>: La expansión de los derechos, materializada en la inclusión de los derechos sociales y culturales, los derechos del ambiente, así como los derechos de los descendientes de los pueblos afro e indígenas, respondiendo así a los problemas, las luchas y las reivindicaciones de grupos sociales; el establecimiento del control difuso de constitucionalidad en un buen número de países, que implica que los jueces dejen de ser simples técnicos de una especialidad (el derecho penal, el civil, el laboral), para ser sujetos obligados a defender los derechos de las personas y de la gente; el redimensionamiento del Estado y de sus funciones. El liberalismo planteaba la existencia de un Estado mínimo y neutral respecto de las fuerzas reales del poder y del mercado. En sentido contrario el nuevo constitucionalismo latinoamericano permitiría la formulación y defensa del Estado social y del constitucionalismo social, ya que el Estado no puede ser mínimo ni neutral, pues como dice Ávila, “tiene la obligación de promover y satisfacer derechos que en la lógica del mercado no son rentables”.

La internacionalización del derecho consiste propiamente en un acontecimiento, en virtud del cual los derechos nacionales son interferidos y modificados por normas provenientes del Derecho Internacional, propiciando transformaciones que han sido registradas como un tránsito que va del derecho nacional al internacional, y de este último hacia un derecho cosmopolita<sup>6</sup>. De este modo, el Derecho Internacional adquiere fuerza vinculante, redefiniendo la noción de legalidad e integrándose al principio de supremacía de la Constitución. La internacionalización del derecho no sólo acontece al nivel del derecho público y de la protección de los derechos humanos, sino que sucede también y con gran intensidad, al nivel del derecho económico y privado. Prueba de ello es el despliegue de las cláusulas y contenidos derivados de los distintos Tratados de Libre Comercio (TLC) y los convenios sobre arbitraje internacional. En general las personas refieren que la internacionalización del derecho en Colombia ha sucedido por medio del bloque de constitucionalidad. Esta es una afirmación correcta en lo nominativo, pero imprecisa en lo sustantivo. Después de treinta años de su formulación, el bloque de constitucionalidad, su funcionamiento y sobre todo su alcance real siguen siendo vacilantes, como lo evidencia el fallo reciente sobre las funciones disciplinarias de la Procuraduría sobre personas elegidas popularmente<sup>7</sup>.

5 Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Abya Yala, Quito, 2011, páginas 60 a 72.

6 Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta, Madrid, 2007, Volumen II, página 535.

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 de 2023.

El sistema colombiano muestra evidencias de la dinámica transformadora impulsada desde el derecho constitucional. La situación y el debate actual alrededor del enfoque diferencial, los derechos de género, los derechos de las mujeres, la familia, los derechos de los migrantes, la implementación del proceso de paz, el reconocimiento de personería a los partidos políticos, el tratamiento constitucional de los cuerpos y de la vida. Dentro de una dinámica de menor intensidad se ubicarán las ejecutorias del derecho constitucional ecológico.

## **2.2. El derecho constitucional ecológico en Colombia**

La Corte Constitucional y numerosos autores en Colombia señalan que la de 1991, es una “Constitución ecológica”. Esto no es cierto, o cuando menos no lo es en el sentido en que sí lo son, la Constitución Política de Bolivia o la Constitución Política de Ecuador.

Con gran entusiasmo se dijo tempranamente, que “La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento -en la medida que regula la creación jurídica-, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural”<sup>8</sup>, registrando las normas que sustentaban esa afirmación.

El constitucionalismo ecológico en Colombia se ha desarrollado alrededor de tres frentes: los enfoques y visiones alrededor de la naturaleza y el ambiente; la justicia ambiental, como marco de solución de los conflictos ambientales; y la protección del derecho al ambiente sano, por medio de la acción de tutela, como se llama al amparo en Colombia.

### **2.2.1. Enfoques y visiones alrededor de la naturaleza y del derecho al medio ambiente**

En sus primeras etapas la jurisprudencia de la Corte habló de tres puntos de vista, el ético, el económico y el jurídico<sup>9</sup>. Desde el plano ético, se formuló el principio biocéntrico, que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor; desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; y en el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas,

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-411 de 1992.

9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-339 de 2002.

técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales.

La anterior postura evolucionó y se enriqueció, con la identificación de tres enfoques que permiten abordar la defensa de la naturaleza y el medio ambiente desde tres visiones: la antropocéntrica, la biocéntrica y la ecocéntrica.

La visión *antropocéntrica*, que fue la inicialmente adoptada por la legislación y el derecho, coloca al ser humano por encima de la naturaleza y de los demás seres del planeta. Dentro de esta comprensión, la naturaleza y las demás especies fueron dispuestas para satisfacer las necesidades de los seres humanos, de modo tal que el planeta y sus recursos son cosas que proveen alimento, energía y riqueza a la humanidad, la que tendría que cuidarlos no por su propio valor, sino simplemente para garantizar la supervivencia de la especie humana. Señala la Corte, que la perspectiva antropocéntrica fue consignada en la Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de 1972, que con gran egoísmo declaró que “el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea” y “de cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso”. Con base en visiones como esa se permite la depredación del ambiente y el maltrato de los animales, con argumentos manipuladores acerca de la diversidad cultural, usados por la Corte Constitucional para legitimar bajezas como las corridas de toros, las corralejas, el “coleo” y otras crueldades de similar condición.

La visión *biocéntrica* considera al ser humano como parte de la naturaleza, confiriéndole valor a ambos. Esta postura reivindica el valor de toda forma de vida, no sólo de la vida humana, pues todos los seres vivos merecen respeto y deben ser protegidos por el derecho. Dentro de esta perspectiva la sentencia sobre el río Atrato señaló que “la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad”<sup>10</sup>.

La tercera visión es la *ecocéntrica* y de acuerdo con una cita de Claudia Toca, efectuada por la Corte Constitucional, “apunta al valor intrínseco de la naturaleza integrada por los ecosistemas y la biosfera en el planeta tierra, independientemente de su valor para el hombre”, que encuentra fundamento en los saberes ancestrales, en orden al principio de pluralidad étnica y culturales dispuesto en el artículo 7 de la Constitución. Se tiene así una visión menos egoísta y antropocéntrica. La tierra

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016.

no le pertenece al hombre, es ella misma, aún sin el hombre. Debe protegerse por su propio valor y no por serle útil a los humanos. Esta visión se encuentra en la referida sentencia C-632 de 2011 al señalar que “en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza”.

### 2.2.2. La justicia ambiental como marco para la solución de los conflictos ambientales

La presentación integral del concepto de justicia ambiental se efectuó en la Sentencia T-294 de 2014, relacionado con la acción de tutela propuesta por los integrantes de la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, departamento de Córdoba, quienes solicitaron al amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, la participación y la consulta previa, la propiedad colectiva y el derecho a no ser desplazados de sus territorios, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, la salud y el ambiente sano, vulnerados por la construcción del relleno sanitario de Cantagallo y los impactos ambientales y sociales generados por la ejecución de dicho proyecto.

La Corte Constitucional incluyó dentro de sus consideraciones, el análisis de las dimensiones de la justicia ambiental, señalando que dicho concepto designa “el **tratamiento justo** y la **participación significativa** de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”<sup>11</sup> (resaltado dentro del texto). En este sentido, la justicia ambiental tendría dos componentes, la demanda de justicia distributiva y la demanda de justicia participativa.

La demanda de *justicia distributiva* aboga por el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, eliminando factores de discriminación fundados en la raza, el género o el origen étnico, o en la condición socioeconómica. Según la Corte, tiene dos fundamentos: (i) un *principio de equidad ambiental prima facie*, conforme al cual todo reparto inequitativo de bienes y cargas en la aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa u obra debe ser justificado, y (ii) un *principio de efectiva retribución y compensación* para aquellos individuos o grupos de población a los que les corresponde asumir las cargas o pasivos ambientales asociados a la ejecución de un proyecto, obra o actividad.

El segundo componente es la demanda de *justicia participativa*, que implica la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, de modo que se logre la concurrencia

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-294 de 2014.



del conocimiento técnico experto con el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.

El concepto y despliegue de la justicia ambiental vienen siendo desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Dijo la Corporación, al resolver una acción de tutela formulada por el Resguardo Indígena *Provincial*, contra la empresa Carbones del Cerrejón Limited y unas entidades estatales, que la justicia ambiental es “una herramienta que permite resolver problemas de distribución inequitativa de cargas y beneficios ambientales entre los diferentes grupos sociales”<sup>12</sup> y que está compuesta de cuatro elementos y criterios que tienen su fundamento en la Constitución Política: la justicia distributiva, la justicia participativa, el principio de sostenibilidad y el principio de precaución.

### **2.2.3. Los mecanismos de protección del derecho al ambiente sano. La acción de tutela**

La Corte Constitucional y otras autoridades repiten erróneamente que la acción popular es el medio “eficaz” de defensa del derecho al medio ambiente. Sin embargo, los hechos evidencian que la acción de tutela es el mecanismo que, en algunas ocasiones, y cada vez menos, brinda una protección significativa a los derechos relacionados con el ambiente, a pesar de las barreras que viene colocando la propia Corte Constitucional. A continuación, se efectúa la presentación de tres casos notorios de tutela del derecho al medio ambiente en concurrencia e interdependencia con otros derechos fundamentales, relacionados con el acceso al agua; el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada; y los derechos de la naturaleza y los animales no humanos.

#### **2.2.3.1. El derecho de acceso al agua**

Hoy se reconoce con unanimidad la existencia del derecho fundamental de acceso al agua y se lo ampara como derecho autónomo. Sin embargo, no siempre fue así. La Corte Constitucional tuvo la necesidad de efectuar el reconocimiento de este derecho, en concurrencia con el derecho al medio ambiente sano, por medio de una jurisprudencia iniciada durante la década del 2000. La interdependencia de estos derechos se explicita en numerosos fallos, entre los que se cuenta la sentencia T-325 de 2017 cuya parte resolutive dispuso “REVOCAR el fallo judicial del 11 de marzo de 2016, proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, y en su lugar CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al agua, al ambiente sano, a la seguridad alimentaria, a la vida en condiciones dignas y al trabajo, invocados por la comunidad residente en la región Salinas del Municipio de Rionegro, Santander”<sup>13</sup>.

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-614 de 2019.

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-325 de 2017.

Al igual que sucede con el derecho al medio ambiente sano, los magistrados regresivos de la Corte consideraron que el agua tenía carácter colectivo y que debía ser “protegida” por medio de la acción popular. El asunto quedó definitivamente zanjado con la sentencia T-381 de 2009, que efectuó la corrección doctrinal, permitiendo el ejercicio de la acción de tutela para proteger el acceso al recurso.

En un caso posterior, la Corte constató la violación de los derechos fundamentales al agua, al ambiente sano, a la seguridad alimentaria, a la vida en condiciones dignas y al trabajo a 67 familias accionantes, derivada de la imposibilidad de acceder a riachuelos, ciénagas, y en general, a afluentes de agua dejados por el cambio de curso de los ríos Magdalena y Lebrija, por el secado que de dichas fuentes efectuaron hacendados y latifundistas, quienes construyeron murallas, cercas eléctricas y jarillones, que impiden a las personas acceder a la ciénaga en la que ejercían la actividad pesquera y se abastecían de agua. En lo específicamente relacionado con el derecho al ambiente sano, la Sala precisó que “el uso y aprovechamiento de las cuencas de los ríos Magdalena y Lebrija por parte de algunos propietarios de latifundios en la zona ha tenido un impacto en el ambiente y en el goce efectivo de los derechos fundamentales de personas amparadas especialmente por la Constitución”<sup>14</sup>.

### **2.2.3.2. Las comunidades étnicamente diferenciadas. El derecho fundamental a la consulta previa**

La sentencia SU-039 de 1997 es muy importante en la historia de la jurisprudencia de Colombia, por haber reconocido por primera vez el derecho a la consulta previa del que son titulares las comunidades indígenas.

Como se sabe, las comunidades étnicamente diferenciadas y sus miembros tienen el derecho a participar en la toma de decisiones que afecten su vida, identidad y territorio. En este sentido los artículos 329 y 330 de la Constitución Política en concurrencia con el Convenio 169 de la Organización Internacional, reconocen expresamente el derecho a participar en las decisiones que los afectan, especialmente en los casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Específicamente señala el párrafo del artículo 330 de la Constitución que “En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciara la participación de los representantes de dichas comunidades”. Básicamente se afirman dos derechos<sup>15</sup>: del derecho general de participación y del derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada.

El derecho general de participación, dispuesto en la Constitución Política y en el Convenio 169 de la OIT, reconoce el derecho al establecimiento de oportunidades de participación que sean equivalentes a las que tienen otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-325 de 2017.

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 de 2008.

otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernen. Como escenarios concretos de participación la Corte ha identificado los siguientes: (i) la posibilidad de concurrir en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (ii) el derecho a conocer las iniciativas legislativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y, (iii) el derecho a elegir sus propias autoridades y a elegir representantes en la circunscripción especial indígena, quienes si bien no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

El derecho a la consulta previa, libre e informada es una consecuencia del deber de consulta y consiste<sup>16</sup> en el derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas y tribales, a ser consultadas sobre cualquier decisión o cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en la que se sienta en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

La consulta previa procede en los casos de afectación directa. La jurisprudencia constitucional la define como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”<sup>17</sup>. La Corporación dijo en el fallo de la cita anterior, que existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento; (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio; (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, la afectación directa incluye el impacto en el territorio de la comunidad tradicional, o el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica o cultural del grupo étnico.

En numerosas ocasiones la Corte Constitucional ha tutelado el derecho al ambiente sano en concurrencia con el derecho a la consulta previa, el derecho a la salud, el

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018.

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018.

debido proceso y otros derechos fundamentales concurrentes. Sin embargo y a pesar de la jurisprudencia en vigor, como señala Muñoz<sup>18</sup>, la regulación gubernamental del mecanismo de consulta previa ha estado encaminada a incorporar en su articulado la terminología técnica usada en la jurisprudencia, pero centrada en el interés de favorecer a los empresarios de la minería y otros depredadores ambientales, estableciendo reglas y procedimientos que agilizan la concesión de licencias y permisos ambientales, dejando de lado el derecho al ambiente sano y los derechos de las comunidad que habían los territorios.

### 2.2.3.3. Los derechos de la naturaleza y de los animales distintos a los animales humanos

Los humanos somos unos animales que cohabitamos el planeta con otros animales. La discusión constitucional alrededor del derecho al ambiente sano ha sido enriquecida desde la consideración de los enfoques que permite fijar la comprensión y alcance de este derecho. La cacareada Constitución ecológica de Colombia no reconoce los derechos de la naturaleza ni los de ninguna especie animal distinta a la humana, como sí lo hacen otras Constituciones de la Región.

En Colombia, la referencia común es la sentencia T-622 de 2016, que en su parte resolutive declaró la grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las numerosas entidades del Estado colombiano accionadas por su conducta omisiva al no proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal. Igualmente, el fallo, como elemento innovador, dispuso en el corto punto resolutive “**RECONOCER** al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.”<sup>19</sup> (resaltado dentro del texto).

Como señala Bagni, esa jurisprudencia de la Corte Constitucional y otra homóloga de la India, visibilizan jurídicamente la Naturaleza reinterpreto normas e institutos normalmente usados por distintas finalidades, invitando a interpretar de manera intercultural el propio derecho, no tanto en la imitación del modelo que viene de afuera, “sino a la elaboración de modelos originales y a su continuo perfeccionamiento, para lograr juntos la meta común”<sup>20</sup>.

---

18 Muñoz, Juan Pablo. *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, página 98.

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

20 Bagni, Silvia. “Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana”. En: *Revista Jurídica Derecho*. Universidad Mayor de San Andrés. Vol. 7 No. 9, julio – diciembre de 2018, páginas 33 – 53.

Debe señalarse sin embargo, que la Corte Constitucional ha hecho poco o nada por hacer efectivo su fallo, que en últimas, ha resultado sonoro, pero ineficaz.

El otro asunto fundamental es el de los animales y sus derechos. El enfoque antropocentrista coloca al ser humano en el centro del universo y lo faculta para disponer de lo que está a su alrededor casi que de modo ilimitado. La degradación y la depredación del ambiente y la desaparición de las especies animales son en buena parte, la consecuencia de visiones como esas. El lugar de los animales en el derecho siempre ha sido mínimo o secundario. Históricamente han sido considerados como cosas y en el mejor de los casos, como especies inferiores. El Código Civil los considera cosas de las que cualquiera puede disponer. El artículo 655 al definir los muebles señala que “Muebles son las [cosas] que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas” (corchetes fuera de texto). Como cosa tímida y meritoria, el artículo 2 de la Ley 1774 de 2016 le agregó un párrafo a la norma que señala lo siguiente: “Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales”.

### **3. CONCLUSIONES**

La Corte Constitucional ha sido mucho más sensible y respetuosa con los animales que todo el derecho anterior. En este sentido ha construido una jurisprudencia acerca de los deberes de protección sobre los animales, que gira alrededor de cuatro puntos<sup>21</sup>: (i) existe un deber de protección animal y, por lo tanto, de prohibición de maltrato, que se fundamenta en la defensa del medio ambiente, la dignidad humana y la función ecológica de la propiedad; (ii) este deber no solo involucra actos que tienen la potencialidad de poner en riesgo la diversidad y equilibrio del ecosistema, sino que alcanza a animales como sujetos individuales y sintientes; o, en otras palabras, es claro que este Tribunal ha reconocido, alejado de una concepción antropocentrista, el valor intrínseco del ambiente y, en especial, de los animales individualmente considerados; (iii) la protección, además, es diferencial en atención al tipo de especie involucrada, animales domésticos o silvestres, existiendo más restricciones respecto de estos últimos y una afirmación más decidida sobre la tenencia de los primeros por particulares dada su relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad; y, (iv) el deber de protección animal tiene un contenido normativo vinculante indiscutible, cuya aplicación, tanto para el Legislador como para los jueces, exige de ejercicios de valoración de la razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional “se perdió en el laberinto de las formas” y como bien se dijo en el voto disidente de la sentencia del caso del “oso Chucho”, no quiso “avanzar en el esclarecimiento del lugar que los seres sintientes, los animales no humanos, tienen en una sociedad progresista y garantista, con la idea, no de zanjar debates, sino de explorar otros caminos y, a través de ellos, otros cuestionamientos para la continuación de la discusión

---

21 Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto de la Magistrada Diana Fajardo Rivera a la Sentencia SU-016 de 2020.

pública”<sup>22</sup>, conforme era su deber. De este modo y paradójicamente, evitó un debate que, en las condiciones actuales de destrucción del planeta, resulta urgente e inevitable.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

Ariztía, Tomás. “La teoría de las prácticas sociales: particularidades, probabilidades y límites”. *Cinta Moebio* No. 59, Santiago de Chile, 2017

Ávila, Ramiro. *El noconstitucionalismo transformador*. Abya Yala, Quito, 2011, páginas 60 - 72

Bagni, Silvia. “Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana”. En: *Revista Jurídica Derecho*. Universidad Mayor de San Andrés. Vol. 7 No. 9, julio - diciembre de 2018, páginas 33 - 53

Barberis, Mauro. “¿Existe el neoconstitucionalismo?”. En: *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2015, páginas 455 - 478

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, Vol. II, 2007

Gascón, Marina y García, Andrés. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra, 2017

Guastini, Ricardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2016

Muñoz, Juan Pablo. *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2016

Quinche, Manuel. *Los test constitucionales*. Bogotá, Temis, 2022

Quinche, Manuel. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Temis, 2020

Roa, Jorge. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute. Research Paper Series No. 2020-11, 20 páginas

Von Bogdandy y otros. “Introducción: ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. En: *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia*. México, Universidad del Norte, Max Planck Institute, DFG, IEC Querétaro, 2022, páginas 35 - 49

Von Bogdandy, Armin y otros. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En: *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. IEC - Max Planck Institute. México, 2017, páginas 17 - 5

---

22 Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto de la Magistrada Diana Fajardo Rivera a la Sentencia SU-016 de 2020

## **Control de Convencionalidad en Paraguay. Actualidad y Prospectiva**

---



### **Víctor Ríos Ojeda - Paraguay**

Ministro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay

- Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Pilar, Especialista en Derecho Penal y Abogado por la Universidad Nacional del Nordeste.
- Rector de la Universidad Nacional de Pilar, y también Docente de la materia Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.
- Ha sido Legislador en la Cámara Baja (Diputado Nacional 2008-2013 y 2013-2018) y en la Cámara Alta (Senador de la Nación 2018-2021), además Ministro de Educación y Cultura de Paraguay (2011-2012).
- Actualmente, es Ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay e Integrante de la Sala Constitucional.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

“Corrientes Transformadoras  
en la **Justicia Constitucional**”



Entrega de Certificado al Expositor Víctor Ríos Ojeda, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.



# **Control de Convencionalidad en Paraguay. Actualidad y Prospectiva**

---

*Víctor Ríos Ojeda*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Actualidad**

El estado del arte del control de convencionalidad en Paraguay es germinal. Con algunos votos de la Sala Constitucional, hace poco más de un año, se ha abierto una etapa de debate sobre la cuestión, en un ambiente con vigencia plena y prácticamente indisputada del positivismo jurídico, centrado en la legalidad formalista, con pétreas bases académicas en las Universidades, la doctrina, asociaciones de profesionales y, obviamente en la jurisprudencia. El debate sobre el control de convencionalidad viene abriéndose brecha en la práctica judicial, ya que existen magistradas/os con condiciones cognoscitivas sobre la materia que, al surgir el debate en la misma Corte Suprema, encuentran las condiciones institucionales propicias para participar del diálogo, primero, y, después incorporar dicho control al ejercicio de la jurisdicción. El contexto institucional favorable a este debate está representado por conferencias, seminarios, debates y por la ratificación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, en una conferencia dictada en la Universidad de Villarrica del Espíritu Santo, a través de su entonces Presidente Jorge Bogarín, de que las opiniones vertidas en los votos, no son causales de enjuiciamiento, como expresamente dispone la ley vigente y la Constitución Nacional. La academia, la doctrina y las asociaciones de profesionales aún se muestran reacias al proceso, con excepciones que empiezan a notarse como en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Encarnación, cuyo Decano, Pablo Villalba Bernié, es, a su vez, Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y, también en el sur del Paraguay, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Pilar, es el espacio desde donde se impulsa con mucha fuerza el control de convencionalidad como mandato constitucional e interamericano con el liderazgo de su Decano, Dr Víctor Encina Silva.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Prospectiva**

#### **2.1.1. Situación Nacional**

En el espacio nacional, estamos en una verdadera batalla cultural, con un componente epistémico y otro político-institucional. El frente epistémico exige penetrar el ambiente académico para lograr el cambio de paradigma en la enseñanza del derecho en las Facultades respectivas que incorporaron al positivismo, sobre todo al primer Kelsen, como sentido común, como sustrato natural de la enseñanza de las ciencias

jurídicas, obviando incluso la modificación que introdujera este jurista a su Teoría Pura del Derecho en la edición de 1961, según los estudiosos, a partir de las ideas de Hart. La casi nula presencia de las teorías del derecho en los programas de estudio es coherente con esta hegemonía positivista, ya que el positivismo solo necesita conocer la ley y aplicarla acríticamente. Por lo tanto, aquí tenemos una gran tarea epistémica que empieza a ser asumida en algunas Universidades como la de Pilar, la Católica de Encarnación, algunas cátedras y asociaciones como la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. También, otro dato auspicioso para el futuro es la incorporación a los planes de estudios de la Escuela Judicial de Teorías del Derecho y de la Argumentación Jurídica.

Deconstruir la idea de que el derecho es el texto de la Ley y para aplicarla debe recurrirse al clásico silogismo lógico aferrado a la literalidad textual de la legislación, sin ninguna posibilidad de adaptación lingüística o histórica, es la ciclópea labor epistemológica y cultural que no espera en el Paraguay. La comunidad jurídica guaraní, debe incorporar a su cultural esta definición impecable del extraordinario jurista argentino, Juan Bautista Alberdi: “Una interpretación demasiado literal o minuciosa, vuelve la vida pública inquieta y pendenciosa”<sup>23</sup>.

El frente político-institucional será auspicioso para el Control de Convencionalidad en la medida en que logremos convertir en jurisprudencia de la Sala Constitucional, la línea expresada en los votos que empezaron a aparecer hace un poco más de un año, esto es así porque la Sala tiene un nuevo integrante que, hasta hoy, no ha tenido la oportunidad de expedirse al respecto. Además, será fundamental la aprobación del Código Procesal Constitucional, a cuya tarea ya estamos abocados y para la que contamos con el apoyo de los hermanos Tribunales Constitucionales de Bolivia, Perú y de los doctrinarios y asociaciones de todos los países de América Latina.

### 2.1.2. Situación Supranacional

Asistimos a una innegable crisis de la Modernidad, lo que conlleva la crisis de una de sus creaciones culturales más importantes que son los Estados Nacionales y Legales de Derecho. La globalización de los procesos, incluidos los jurídicos, es más evidente que nunca, así como la dilución de ciertos valores propios de la modernidad y de las fronteras geográficas de los países. Somos parte de lo que Bauman denomina Modernidad Líquida, al parecer con cierto apoyo en Marx cuando dijo en el Manifiesto Comunista, “todo lo sólido se desvanece en el aire”, solo que Bauman lo hace en más de 150 años después, describiendo una realidad que Marx vislumbró en 1844. Son muy ilustrativas en este aspecto las palabras del pensador polaco: “... el paso de la fase “sólida” de la modernidad a la “líquida”: es decir, a una condición en que las formas sociales (las estructuras que limitan las elecciones individuales, las instituciones que salvaguardan la continuidad de los hábitos, los modelos de

---

23 Citado por María Sandra Flores en Interpretación Constitucional, análisis doctrinario y jurisprudencial, p 91, editorial mediterránea, Bs As, 2006.

comportamientos aceptables) ya no pueden (ni se espera que puedan) mantener su forma por más tiempo, porque se descomponen y derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario para asumirlas y, una vez asumidas, ocupar el lugar que se les ha asignado...Gran parte del poder requerido para actuar con eficacia, del que disponía el Estado-moderno, ahora se está desplazando hacia el políticamente incontrolable espacio global (y extraterritorial, en muchos aspectos);...<sup>24</sup>. Definitivamente, el Estado-moderno liberal el para que estuvo pensado el positivismo jurídico está en crisis que será terminal si no realiza las adaptaciones necesarias para sobrevivir en el globalización digital.

Hoy estamos en presencia de los denominados Estados Constitucionales de Derecho, con derechos constitucionalizados y convencionalizados en América Latina, incorporados, en materia de derechos humanos, a un orden internacional o supranacional que es el Sistema Interamericano, o más precisamente Latinoamericano de Derechos Humanos (teniendo en cuenta que EEUU no ha ratificado el Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos), con una jurisdicción reconocida como obligatoria por varios Estados y que es ejercida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cuyas sentencias, interpretaciones y opiniones son de observancia obligatoria para los Estados partes que deben realizar cotidianamente el trabajo de adecuación de sus textos normativos y prácticas institucionales a los mandatos de la Convención Americana y la Corte.

### **3. CONCLUSIONES**

#### **3.1. Desafíos**

No está demás insistir en esta parte en el desafío estratégico de lograr la ruptura epistemológica en la enseñanza de las ciencias jurídicas en Paraguay y en el mundo, que consiste en entender que el derecho no es solo la ley. El derecho nacional no se circunscribe a la ley y a la Constitución Nacional, son también los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, firmados y ratificados que conforman el denominado bloque de constitucionalidad o campo de constitucionalidad de nuestros países. Se prefiere hablar de campo antes que de bloque de constitucionalidad, precisamente por esto de la modernidad líquida que implica cambios vertiginosos, dinamismo frenético, emergencias explosivas, etc, ideas estas que aparecen en las antípodas de la idea o imagen pétrea del bloque, sin embargo, campo proyecta la imagen de un espacio con elementos característicos, pero no petrificados, sino con la necesaria flexibilidad para adaptarse a la dinámica de la liquidez. El bloque, lo pétreo puede romperse en pedazos y estallar por los aires por falta de adaptabilidad ante la presión incontenible de los cambios de la modernidad líquida que exigen nueva institucionalidad.

---

24 Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos*, Introducción, págs. 7/8, TusQuests editores, Traducc Carmen Corral, Bs As, 2008.

El derecho convencional de los derechos humanos debe ser considerado por nosotros como umbral mínimo de protección de los derechos fundamentales y no como ahora, como una cima y nosotros cual Sísifo sin poder alcanzarla nunca y sufrir a menudo condenas desde la CIDH. Debe ser al revés, debemos volver al origen del sistema latinoamericano de protección de los derechos humanos, fueron los Estados Nacionales los que la promovieron y estructuraron, desde Chapultepec en adelante los Tratados Internacionales que son acuerdos mínimos, son estándares básicos convenidos por los Estados, es decir, ninguno de los que los ratificaron deben colocarse por debajo de este umbral, antes bien, desde los espacios nacionales debemos alimentar el avance, la elevación continental de los mencionados umbrales de protección a los derechos humanos. “Un orden pacífico, firme y justo, deberá garantizar a todos los hombres sin distinción de razas o lugares, un mínimo suficiente de posibilidades fecundas para existir” (Manuel Avila Camacho, expresidente de México).

No debemos promover línea fronteriza alguna entre el Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad, a este último debemos incorporarlo como una dimensión del Control Constitucional, es decir, este debe extenderse más allá de la aplicación de la Constitución Nacional e incluir la aplicación de las Convenciones Internacionales sobre DDHH, por lo tanto, el Control de Constitucionalidad debe ser entendido como aplicación y garantía de supremacía de todo el campo constitucional y responsabilidad de todos los/as magistrados/as, control difuso. Esto solamente lograremos en democracia, por eso no debemos ser indiferentes ante avances de corrientes antidemocráticas en nuestros países y en el mundo. Los latinoamericanos no necesitamos que nadie nos enseñe que la lucha por la democracia es la lucha por los derechos humanos que, hoy nos exige este cambio de paradigma cultural que nos lleva a desmontar valores e instituciones propias de la modernidad como el formalismo jurídico, la soberanía nacional como excusa para violar derechos humanos, el patriarcado que cosifica a las mujeres, la discriminación de los pueblos originarios y de ciertas minorías y la mercantilización destructora de la ecología que pone en peligro la sobrevivencia de la especie humana.

## **Hacia la Justicia Predictiva Constitucional: La Nueva Tendencia para Obtener Resoluciones con Componentes Digitalizados**

---



### **Paul Enrique Franco Zamora - Bolivia**

Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca.
- Posee diversos Diplomados, es Magíster en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, y cuenta con el grado de Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca.
- Actualmente, es Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Paul Enrique Franco Zamora, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.

# **Hacia la Justicia Predictiva Constitucional: La Nueva Tendencia para Obtener Resoluciones con Componentes Digitalizados**

---

*Paul Enrique Franco Zamora*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Inteligencia Artificial (IA) ingresó paulatinamente en diferentes espacios de la vida cotidiana, convirtiéndose en una herramienta tecnológica que simplifica diversas tareas, además de transformar las actividades ofertadas al público en general.

Con la finalidad de mejorar la atención hacia el universo litigante, aprestado a recibir respuestas jurídicas a sus conflictos, los sistemas judiciales de América Latina y el mundo propiciaron el ingreso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), en una primera etapa, a través de programas informáticos dirigidos a virtualizar los servicios o digitalizar el procedimiento. Entonces, los típicos funcionarios que manualmente buscaban antecedentes de un bien inmueble o aquellos que foliaban las piezas procesales (desde la interposición de la acción hasta el dictado de la resolución), pasaron a utilizar plataformas tecnológicas donde es almacenada toda información jurídica.

Aunque en una primera etapa histórica hubo resistencia del personal judicial por acudir a softwares especializados, hoy en día resulta totalmente habitual solicitar cualquier servicio en línea. La justicia no pudo evadir la influencia de la tecnología en aspectos como legalizaciones, certificaciones u otros documentos que anteriormente generaban malestar por ciertas demoras en su obtención, demostrando que la computación es una aliada indiscutible para quienes visitan los ambientes jurisdiccionales; dicha experiencia favorable, está caracterizada por la presentación de las primeras iniciativas ofimáticas al público, por lo que fueron llamadas plataformas virtuales de atención judicial.

La segunda faceta estuvo marcada por la pandemia. Con bastante fuerza empezaron también a digitalizarse las etapas procesales en materia constitucional, penal, civil, familiar, administrativa y toda disciplina en la que se dilucida un conflicto entre partes. Se rescata, de este siguiente recorrido informático, la inclusión de buzones digitales, de sistemas de monitoreo del estado de causas, audiencias virtuales, notificaciones vía internet y, en particular, el establecimiento del expediente electrónico siendo denominados, en su conjunto, aplicativos de seguimiento procedimental y digitalización de piezas procesales.

En la actualidad, está en boga una tercera fase vinculada al Derecho Digital, arraigada a los dispositivos electrónicos (como celulares, tabletas y computadoras), sobre

todo, cuando se utiliza la IA con el propósito de plantear situaciones problemáticas a programas informáticos y obtener soluciones jurídicas mediante algoritmos. El razonamiento e interpretación de supuestos fácticos que realizan las y los operadores de justicia pueden verse influenciados por softwares especializados del ámbito judicial que, con la codificación de datos informáticos, logran posturas para dictar veredictos.

El presente período tiene como fundamento la nombrada Justicia Algorítmica, donde las autoridades jurisdiccionales tendrán que captar mayores opciones para resolver causas y, en ese marco, apoyarse de los indicados sistemas informáticos cargados de algoritmos que le proporcionan nuevos lineamientos o sistematizan los antecedentes para brindar distintas alternativas de resolver controversias jurídicas.

Si bien surge el debate respecto a la pertinencia o no de que las y los juzgadores sean asistidos por la IA, más aún, ante hechos polémicos en que improvisadamente pretendía dictarse fallos con poca experticia en estas aplicaciones informáticas, fueron diseñándose programas como PROMETEA o PretorIA que suelen analizar situaciones recurrentes de la justicia constitucional y apoyan a las labores jurisdiccionales. Rescatando las buenas prácticas de ambos recursos digitales, van dándose pasos para otros sistemas con similar funcionalidad en el campo fiscal o de los derechos humanos, cuyo objetivo recae en captar lo positivo de la IA para facilitar la obtención de sentencias en un plazo breve.

Mientras las y los jueces continúen adoptándose a estos avances digitalizados, se avecina un reto innegable que, a efectos de comprender el análisis siguiente, es considerada como la era de la predicción judicial, que plantea la recopilación de antecedentes de problemas legales, sistematizar los fundamentos jurídicos de naturaleza nacional o convencional, además de recogerse patrones de casos anteriores y pronosticar formas de resolver expedientes en menor tiempo.

Con ello, puede advertirse el paso de la IA a una posible Nube de Predictibilidad Judicial en la que, tanto las partes involucradas en el proceso, juristas que ejercitan la Abogacía y quienes estén facultados de juzgar, tengan certeza jurídica de alta precisión sobre el destino final al que llegará un litigio.

Tratándose de cuestiones que son de absoluta competencia de la jurisdicción tutelar, normativa y competencial, el estudio desarrollado a continuación contiene datos referidos a la manera en que debe concebirse la justicia predictiva constitucional o qué elementos algorítmicos deben ser tomados en cuenta para dictar resoluciones inherentes a dicha jurisdicción en un plazo oportuno.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Teoría de la Predicción Judicial Digitalizada**

Por predicción judicial se entiende que los resultados de los problemas jurídicos del presente, pueden resolverse a través de las decisiones jurisdiccionales adoptadas en



el pasado. Vale decir, cuando surge una controversia puesta a conocimiento de un determinado estrado judicial, las autoridades facultadas de impartir justicia tienen la obligación de resolverla analizando lo dispuesto en litigios anteriores.

Aplicar la predicción judicial otorga certeza jurídica a la población en su conjunto pues cualquier resolución adoptada por las y los jueces en todos sus niveles, también tendrá que fundarse en los veredictos dictados en un similar contexto. De esta manera, la predictibilidad de los fallos judiciales posibilita la proyección de una sentencia donde se siga la línea jurisprudencial y quede ejecutoriada sin observación posterior.

Sin embargo, con las nuevas categorías de derechos que surgen en el transcurrir del tiempo, los tratamientos diferenciados al momento de juzgar, la hiperinflación de normas locales donde es inviable un saneamiento legislativo, la dispersión de jurisprudencia u otras problemáticas que demuestran la cantidad de información circulante en el mundo del Derecho, nace una necesidad básica en los sistemas de justicia vinculada a transitar de la clásica doctrina predecible de resoluciones a la dogmática de la predicción judicial digital.

Según esta teoría, las y los operadores de justicia no pueden continuar con precedentes contradictorios, ni tampoco es admisible generar inseguridad jurídica en el universo litigante, por lo que merece proporcionarse certidumbre a las partes de un determinado proceso.

Ya no es viable que el pueblo desconozca el resultado del litigio en función al criterio personal del juzgador a quien le sea asignada la causa, sino debe seguirse un mismo camino e interpretación de los hechos para asegurar que el ciudadano tenga confianza de cómo es resuelto el expediente (Celis Correa, 2023).

Las voces de reclamo van incrementándose cuando cada juez posee su propia línea interpretativa y el veredicto difiere entre juzgados, ocasionando la ausencia de la uniformidad de la jurisprudencia. De esta forma, la predicción judicial digitalizada expresa su preocupación en los sujetos procesales y plantea que puedan vaticinarse los resultados de la contienda legal, acudiendo a insumos del Derecho Digital.

Sin duda, dicha teoría ha empezado a tener bastante aceptación con las primeras pruebas de razonamiento jurídico basado en la IA. Los sistemas PROMETEA y PretorIA tienen cierto grado de relacionamiento con la indicada corriente del Derecho Moderno, pero tampoco significa que la predicción sea la base esencial de ambos aplicativos, ya que éstos fueron concebidos bajo la lógica de generar algoritmos con datos jurídicos o resolver actividades rutinarias o reiterativas, que permiten a las y los administradores de justicia dejar de lado tareas repetitivas para concentrarse en resolver otras cuestiones de fondo, donde se exige un nivel elevado de análisis del caso concreto.

En rigor, augurar el futuro fallo a pronunciarse con el apoyo de elementos tecnológicos constituye el propósito de la teoría de la predicción judicial digitalizada, sustentada por al menos cuatro principios que le dotan de importancia en la Cibernética del Derecho.

El primer principio toma en cuenta la existencia de precedentes jurisdiccionales, motivo por el que lo dispuesto en un caso anterior resulta vinculante para un siguiente expediente con idéntica problemática. No obstante, la doctrina digital de predicción presta interés en la urgencia de los sistemas judiciales por agrupar la mayor cantidad de precedentes y contar con una base de datos actualizada periódicamente, propuesta con la que será reducida la jurisprudencia dispersa. Así pues, en la medida de insertar los precedentes en un registro digitalizado y de acceso público, se consolidará una **red jurisprudencial cibernética** de consulta abierta para quienes juzgan o de los que interponen un recurso judicial (Solar Cayón, 2020).

Empero, no solamente debe cuantificarse los precedentes uniformados, sino es preciso que la información jurídica (tales como fundamentos, normas, datos de índole legal y demás aspectos procesales) cuenten con un repositorio virtual.

De esta manera, el segundo principio se materializaría en un **banco informático jurídico** al que puedan ingresar los individuos inmersos en procesos junto a los operadores judiciales, implementando un medio tecnológico de efectiva aplicación del Derecho, extremo que favorece a la búsqueda de normativa más concordante, ya sea a través de preceptos constitucionales e infra-constitucionales o aquellos derivados de Tratados o Convenios Internacionales, lo que asegura una cultura de respeto de los derechos humanos.

Por tanto, con la IA se reduce la hiperinflación legal y posibilita la adopción de estándares jurídicos con raíz interamericana, comunitaria e internacional evitando fricciones del Derecho Local con el Derecho Convencional.

Los criterios de interpretación y las reglas de argumentación que utilizan juzgadoras o juzgadores, son el tercer principio de la citada teoría. Al existir jurisprudencia proveniente de precedentes judiciales subidos en un espacio concreto del internet, es imprescindible agrupar todas las técnicas interpretativas o directrices de razonamiento empleadas por los administradores de justicia, de tal modo que pueda establecerse un **esquema virtual de razonamiento jurisdiccional**.

Ponderación, subsunción, lógica, test de razonabilidad o proporcionalidad u otras categorías de idéntico uso durante la resolución de causas, serían almacenadas en un sólo conducto virtual para evitar interpretaciones contrarias a la Constitución o la Ley. No obstante, dentro de este segmento han de incluirse también herramientas de juzgamiento en razón de género, niñez, adolescencia, adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos y naciones indígena originario campesinos, entre otros grupos con grado de vulnerabilidad.

El diseño del **big data de interconectividad legal** está justificado por el cuarto principio, dado que resulta contraproducente seguir resolviendo procesos judiciales sin compartir experiencias entre juzgadores u olvidando buenas prácticas de los sistemas jurisdiccionales de la región.

Si bien ya es una realidad la interoperabilidad judicial, donde el acceso a datos en las instituciones del sector justicia beneficia a definir situaciones jurídicas, existe la necesidad de contar con un software especializado en el que todos los anteriores elementos (como ser precedentes, jurisprudencia, normas jurídicas y parámetros de tratamiento diferenciado) puedan fortalecer el diálogo jurisprudencial de Altas Cortes y Tribunales de Justicia de un determinado país con el resto de las jurisdicciones.

El Derecho Comparado, en su calidad de fuente directa de las Ciencias Jurídicas, adquirirá un posicionamiento fundamental a través de la predicción judicial digital, medida igualmente viable para implementar una sociedad latina justa, equitativa y equilibrada, siendo un modelo de justicia regional que igualmente acoja las contribuciones del Sistema Interamericano y, de igual manera, los aportes del Sistema Universal de Derechos Humanos (Urgellés, 2023).

De los cuatro principios, traducidos en programas informáticos de tecnología que requieren forzosamente de la IA, puede colegirse los próximos avances de la justicia nacional e convencional, debido a que tienden a predecirse las resoluciones jurisdiccionales, uniformar jurisprudencia y reducir las fronteras jurídicas.

A modo de ejemplo, en anteriores décadas resultaba complicado acceder a las sentencias o archivarlas digitalmente, hoy en día es posible seguir las audiencias de juicios internacionales y contar con la traducción de jurisprudencia de varios países; sin embargo, el desafío próximo consiste en que la IA ayude a presagiar la situación legal de las personas ante cualquier conflicto e instaurar un ambiente pleno de seguridad jurídica en los Estados, por lo que la justicia predictiva dará completa certidumbre a su pueblo (Continio, 2022).

## **2.2. Modelo del futuro Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional**

Para entender las implicancias de la predicción en la jurisdicción constitucional, puede partirse de una premisa básica resumida en una frase: “El mundo jurídico es altamente predecible”.

Cuando un ciudadano se apresta a salir de su domicilio para cumplir sus actividades cotidianas o desea armar su maleta de viaje, reactivamente acude al pronóstico del tiempo. Con base a la información proporcionada en el reporte meteorológico, la población toma previsiones sobre el tipo de ropa que utilizará, conducta habitual que tiene como resultado la toma de decisiones en cuanto a la vestimenta o evitar escenarios incómodos por cambios repentinos de temperatura.

En el campo de los sistemas de justicia ocurre exactamente lo mismo, debido a las exigencias de las partes por conocer el destino de sus procesos judiciales, más aún, cuando los plazos de cada actuado procedimental son extremadamente largos. Dentro de la jurisdicción constitucional, donde se dilucidan cuestiones de tutela de derechos o relativas al control de constitucionalidad de las normas jurídicas, es factible asumir la teoría de la justicia predictiva e implementar un sistema ofimático que pronostique los veredictos que puedan pronunciarse.

Con la ficticia denominación de **Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional**, resultará probable vaticinar los efectos de las sentencias que la referida instancia pueda pronunciar, aspecto bastante novedoso para las autoridades de Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales que, con el paso de los años, han incrementado su carga procesal evidenciando la pertinencia de elaborar programas tecnológicos que optimicen los tiempos de resolución de un expediente.

Los precedentes en materia constitucional y la jurisprudencia consolidada mediante los fallos en dicha jurisdicción, son razones válidas para emprender iniciativas informáticas basadas en la IA e incorporar los cuatro anteriores principios junto a sus aplicativos digitales.

En el mundo hay una moderada congestión judicial, a razón de la cultura del pleito que invade el pensamiento de quienes consideran obligatorio resolver cualquier contienda con la participación directa de un juzgador. Latinoamérica no es la excepción, hay una fuerte práctica de interponer acciones o recursos para salvaguardar los intereses de la ciudadanía, peor aún, cuando el pueblo está acostumbrado a acudir a las máximas entidades de administración de justicia.

Interponer acciones de defensa, acciones de inconstitucionalidad o todo género de recursos que corresponden al control constitucional, se está convirtiendo en una costumbre que desborda la oferta y demanda de la justicia, aspecto por el que la predicción judicial es una alternativa para reducir la gigantesca carga procesal, además de garantizar certidumbre en los sujetos que activan la indicada jurisdicción.

Como quedó señalado en el punto anterior, la predicción judicial tiene cuatro pilares reflejados en softwares especializados en los que la IA identifica precedentes, sistematiza jurisprudencia, compila normativa local e internacional, y logra la interconectividad de altas instituciones judiciales para consolidar un diálogo entre ellas. En la jurisdicción constitucional tendría un efecto positivo incorporar estas herramientas automatizadas, con el objetivo de garantizar la certidumbre del pueblo y unificar las resoluciones dictadas, situación que evitará el surgimiento de precedentes contradictorios en perjuicio del principio de seguridad jurídica (San Miguel Caso, 2019).

Ahora bien, el Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional representaría una respuesta directa de la IA a ciertos pormenores surgidos durante la tramitación o

resolución de causas. Si el justiciable de antemano conoce los resultados posibles que arrojaría la presentación de su acción de naturaleza constitucional, tendría mayores argumentos para tomar una decisión correcta que no amplié de manera innecesaria la congestión procesal, por el contrario, razonará adecuadamente que tan benéfico es o no presentar un recurso judicial.

Desafortunadamente, por dispersiones en los entendimientos jurisprudenciales o falencias en el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, a diario van sumándose acciones que no prosperan en las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales, justificativo primordial para ahondar en las características principales de este aplicativo de predicción procedente de la IA.

Así pues, el modelo propuesto para la predictibilidad de resoluciones en la jurisdicción constitucional, está conformada por siete elementos que motivarán la proyección de resoluciones en los términos impuestos por los principios rectores de la citada judicatura o su procedimiento (Galvis Vega et al., 2022).

En primer lugar, debe contarse con un **historial de búsqueda predictivo** a los efectos de alcanzar un pronóstico preliminar en sede constitucional. La IA tendrá que utilizarse para identificar variables de exploración más específicas segmentando a toda la población que interpone una acción o recurso constitucional por criterios de edad, sexo, lugar de procedencia, número de identificación personal u otros datos que permitan, a futuro, elaborar una resolución donde se apliquen categorías especiales de juzgamiento.

De advertirse la presencia de grupos en condición de vulnerabilidad, la justicia predictiva no puede obviar que dicha población merece un trato judicial específico acorde a protocolos, guías o manuales redactados bajo la finalidad de impedir decisiones injustas que lesionan los derechos constitucionales. Los motores de búsqueda en el ámbito judicial tienen que procesar grandes volúmenes de precedentes; entonces, deben ofrecerse alternativas más prácticas para que las y los operadores jurídicos estén completamente seguros de conceder o denegar la tutela, o declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada disposición jurídica.

Sin duda, la iniciativa propuesta va acompañada de **alertas electrónicas** en los que la IA priorice a sectores potencialmente vulnerables o cuyos derechos se encuentren en evidente peligro de ejercicio. Muchas veces, las condiciones de estos grupos han llevado a fallos extra-temporáneos en los que la propia vida del accionante está en riesgo, pero la justicia se dilata ocasionando perjuicios irremediables hacia el pueblo. Para predecir una resolución resulta imperativo auxiliarse de esta segunda herramienta, con la que la tecnología facilitará la protección del debido proceso y la tutela efectiva de los individuos que acuden a la jurisdicción constitucional. Con algoritmos que identifiquen a segmentos poblacionales de las citadas categorías, es

posible materializar la previsibilidad y la justicia predictiva en la esfera constitucional (Battelli, 2021).

El siguiente instrumento derivado de la IA para alcanzar la predicción de fallos constitucionales, ocasiona severas reflexiones sobre la alternativa de que los datos codificados o programados algorítmicamente puedan utilizarse durante el proceso, es decir, dar paso a la llamada **robótica judicial**.

Los jueces robot requieren de una justicia totalmente codificada lo que se traduce en que, de forma autónoma e independiente de la presencia de un humano, otorguen respuestas programáticas a cuanta consulta legal o conflicto judicial le resulten formuladas, panorama muy crítico porque exige el diseño de algoritmos por cada problema y codificar tantas soluciones sean brindadas por la justicia constitucional.

La robótica todavía es una figura de bastante controversia en el mundo jurídico, en particular, debido a las posturas que plantean reemplazar a juzgadores humanos por jueces robot encargados de conducir todas las etapas del procedimiento constitucional y codificar digitalmente las piezas procesales.

Tras las experiencias de China y Estonia, países donde utilizan juzgadores robot que dictaron un 97% de decisiones acertadas al escuchar los argumentos verbales de las partes, surgen dudas de cuán factible es pensar en que la protección de derechos fundamentales o la confrontación de normas con el texto constitucional puedan ser derivadas completamente a una justicia codificada donde juega un rol determinante el Derecho Digital (Vivar Vera, 2021).

Aunque es una posibilidad dentro de la justicia tutelar, normativa o competencial, lo cierto es que el Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional (que se propone a través del presente análisis) opta por una tendencia mixta que podría nombrarse asistencia jurídica digital, dando lugar a la creación de un **repertorio de controversias constitucionales** en calidad de cuarto instrumento predecible, cuyo objetivo es el de recopilar alternativas de resolución de conflictos recurrentes en casos puestos a conocimiento de la Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales para que la IA recomiende respuestas con base a algoritmos prefijados.

Con esta postura intermedia entre el empleo de la IA y el raciocinio del juez, tiende a fortalecerse la predicción de sentencias ya que, si bien el programa informático arroja una gama de soluciones constitucionales al supuesto fáctico, serán las y los juzgadores los responsables de asumir una postura concordante con la línea jurisprudencial vigente, pero asimismo concurrirá una decisión compuesta por factores de previsibilidad limitando cualquier indicio de incertidumbre en los actores procesales (Cárdenas & Molano, 2021).

En este punto, cabe destacar una quinta herramienta para comprender adecuadamente todo el proceso que siguió la IA para llegar a predecir las resoluciones, definida bajo los términos de **técnicas del proceso de decisiones algorítmicas**.

La transparencia es un factor central en las tecnologías aplicadas a la jurisdicción constitucional. Todos los insumos del Sistema de Predictibilidad estudiadas hasta este apartado, siguen un conducto algorítmico o poseen códigos en clave, suficiente motivo para que las y los operadores de justicia conozcan los datos recabados y procesados que el software advirtió al momento de tomar una decisión judicial. Dichos datos son almacenados en la Caja Negra o Black Box que puede contemplar un cifrado fuerte o débil.

Este insumo ofimático a emplearse en la jurisdicción constitucional puede, por una parte, cifrarse íntegramente e imposibilitar la comprensión de las razones o argumentos que llevan a la IA a predecir un indicado fallo o, por otra, admitir una explicación superficial de los motivos que justifican la elaboración de una sentencia predecible. La auditoría judicial digital se convertiría en la única alternativa de las partes del proceso o del propio juzgador para despejar dudas relativas a la confiabilidad de los algoritmos utilizados, no obstante, aumentaría el descontento del universo litigante que, en lugar de subir los índices de confianza en dichos aplicativos, exigiría su depuración íntegra del aparato jurisdiccional (Segura, 2023).

Por estas cuestiones éticas, no puede obviarse la configuración de estándares de calidad, transparencia y claridad en el uso de la IA en resoluciones con componentes digitalizados. Tal cual fue mencionado, la **nube de predictibilidad judicial** implica una opción favorable o sexto ítem tecnológico para que, además de las y los juzgadores, los ciudadanos asimismo accedan a páginas de predicción judicial en materia constitucional; con estas medidas, se alcanza mayor confianza del pueblo sobre el sistema de justicia digital. De igual manera, la iniciativa descrita es de utilidad para precautelar la información jurisdiccional de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales, más aun, cuando los archivos documentales pasaron a transformarse en servicios de almacenamiento en línea.

El séptimo y último recurso ofimático del Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional recae en el **gestor jurisprudencial predecible**. Al sistematizarse gran cantidad de doctrina judicial y limitar el surgimiento de precedentes contrapuestos, desde la justicia constitucional puede implementarse, por vez primera, un moderno buscador de jurisprudencia que utilice IA, dando cabida no solamente a resoluciones uniformes, sino otorgando mayor fuerza a la vinculatoriedad y empuje al carácter obligatorio del que se hallan revestidas las resoluciones.

En la actualidad, no se cuenta con un avanzado motor de selección de sentencias que agrupe a las jurisdicciones constitucionales de América Latina, estando reducidas las opciones de complementarse los veredictos locales con entendimientos

jurisprudenciales de otros sistemas judiciales de la región, con lo que surge esta idea de fortalecer el diálogo constitucional con árboles de jurisprudencia interconectados mediante las bases de datos por país y de las instancias del Sistema Interamericano o Universal de Derechos Humanos.

### 3. CONCLUSIONES

La IA es un instrumento estratégico del Derecho Digital que va posicionándose en la jurisdicción tutelar, normativa y competencial. El control de constitucionalidad y la protección de derechos o el resguardo de garantías no pueden quedar aisladas del uso de la IA, aspecto de suma importancia por el que, en un futuro no muy lejano, empezará a debatirse el diseño de un Sistema de Predictibilidad de la Justicia Constitucional que, por un lado, permita colectar la mayor cantidad de precedentes jurídicos o sistematizar respuestas provenientes de la jurisprudencia uniforme y, por otro, se convertirá en un componente trascendental para otorgar certidumbre al universo litigante.

En rigor, la predicción judicial digital aplicada a la materia constitucional favorece a los actores del proceso, brindando seguridad jurídica respecto a los resultados que acarrearán las controversias sometidas a conocimiento de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales, pero también representa un mecanismo de transparentar los servicios judiciales dotados de componentes informáticos, pues la principal finalidad de emplear la tecnología en el ámbito jurídico es el de contar con resoluciones justas y pronunciadas en plazos oportunos.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- Battelli, E. (2021). La decisión robótica: Algoritmos, interpretación y justicia predictiva\*. *Revista de Derecho Privado*, 40, 45-86.
- Cárdenas, E. R., & Molano, V. M. (2021). Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. *Revista Direito GV*, 17, e2101. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202101>
- Celis Correa, J. A. (2023). *Predicción judicial: La inteligencia artificial como aliada en el sistema legal*. <https://unicienciabga.edu.co/vive-la-u/egresados/boletines/342-articulo-7>
- Contino, F. (2022). *La inteligencia artificial: ¿Un nuevo caballo de Troya que influye indebidamente en el poder judicial?* [//www.unodc.org](http://www.unodc.org)
- Galvis Vega, G. A., Alfonso Acosta, G., Rodríguez Peñaloza, A., Cabeza Zambrano, C. F., Olarte Mojica, L. C., Garzón Fierro, V., Chaves Rodríguez, P. E., & Trespalcacios Rojas, I. C. (2022). *Inteligencia artificial en el proceso de predicción de decisiones judiciales como modelo asistencialista mixto: Entre la codificación y la justicia equitativa*. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/c3362a8b-fe7e-46ab-9878-62d58ae0c846>



- San Miguel Caso, C. (2019). Las técnicas de predicción judicial y su repercusión en el proceso. *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro.*, 2019, ISBN 978-84-17466-82-4, págs. 41-49, 41-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7157023>
- Segura, R. E. (2023). Inteligencia artificial y administración de justicia: Desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, 58, 45-72. <https://doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>
- Solar Cayón, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: Nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 41, Article 41. <https://doi.org/10.4000/revus.6547>
- Urgellés, M. S. (2023). *¿Podrá la Inteligencia Artificial predecir resultados judiciales?* <https://www.todojuristas.com/blog/podra-la-inteligencia-artificial-predecir-resultados-judiciales/>
- Vivar Vera, J. (2021). La sentencia penal, el juez y el algoritmo: ¿Las nuevas tecnologías serán nuestros próximos jueces? *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), Article 1. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58785>



## **Jurisdicción Constitucional en Tiempos de Inteligencia Artificial y Derecho Digital**

---



### **Eduardo Andrés Velandia Canosa - Colombia**

Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional

- Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Libre en Colombia y Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa en Italia.
- Miembro Fundador y Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Fundador y Ex Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.
- Catedrático en postgrados de la Universidad Libre de Colombia, de igual forma es Catedrático en la Universidad Libre Seccional Bogotá, la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y la Universidad La Gran Colombia.
- Cuenta con múltiples libros, investigaciones y artículos publicados de relevancia sobre la materia.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Eduardo Andrés Velandia Canosa, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

# **Jurisdicción Constitucional en Tiempos de Inteligencia Artificial y Derecho Digital**

---

*Eduardo Andrés Velandia Canosa*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Muchas gracias por la presentación. Nuevamente, un saludo muy especial al profesor Paul Franco, a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, a los conferencistas que nos acompañan de Bolivia y del extranjero. Y, por supuesto, a todos los asistentes: profesores, estudiantes y, en general, todo el público que asiste a este magno evento sobre el tema que nos invita el profesor Paul Franco.

Un tema muy desafiante; un tema en el que, más que pontificar, lo que se pretende es un poco ambientar una nueva realidad y tal vez, en palabras del profesor Quinche, esta será otra transformación. Y, como dijo él, esto sí sería transformación: pasar de jueces en inteligencia humana a jueces basados en inteligencia artificial. Vamos a ver si es posible. Todavía creo que estamos lejos de alcanzarlo, pero el “lejos” en estos tiempos es mañana, pasado mañana; tal vez simplemente faltan decisiones más de tipo legislativo.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

Este tema tiene mucho que ver con una vieja pregunta, la pregunta que se formulaban en aquel famoso debate: ¿quién debe ser el defensor? ¿Quién debe ser el guardián de la constitución? En aquel entonces, el dilema era si finalmente se adoptaba un modelo político de control de constitucionalidad o si el modelo era jurisdiccional, respondiendo también un poco a esa evolución de lo que se ha conocido como los modelos de Justicia constitucional.

Hemos tenido varias alternativas; las vamos a mencionar rápidamente. El primer modelo que aparece en la historia de la humanidad es el modelo político, que sugiere que el control de constitucionalidad debe ser ejercido por el parlamento. Posteriormente, con una variante en la década de los 30 por Carl Smith, quien planteaba que el defensor de la Constitución, el guardián de la Constitución, debía ser no el parlamento. En ese modelo y también criticando al modelo propuesto por Kelsen, él planteaba que debía ser el presidente del Ray, es decir, el presidente de la República. En aquel entonces, Hitler no que se le quería entregar todo el poder.

Luego aparece un modelo jurisdiccional, que es el que se conoce como modelo difuso, modelo de origen angloamericano que se basa en decisiones judiciales y precedentes judiciales; es el denominado modelo difuso. Como lo mencionamos, un modelo que propone que cualquier juez puede ser el defensor de la Constitución, basado en

dos casos: el caso Thomas Bonham de 1610 en Inglaterra y el caso Marbury versus Madison de 1803 en Estados Unidos.

Posteriormente aparece otro modelo, el modelo dual y paralelo, de origen colombiano, que se presenta en Colombia a partir del Acto Legislativo número 3 del 31 de octubre de 1910. En este modelo, se propone que el control de constitucionalidad se ejerza por dos vías. Uno, todos los jueces que pueden aplicar lo que conocemos en Colombia como la excepción de inconstitucionalidad, consagrado en el artículo 40 de aquel acto legislativo, que es como una especie de enmienda constitucional. Pero, paralelamente, se contempló la creación por primera vez de un juez que fuese el único encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

En aquella época, la Corte Suprema de Justicia, a través de la conocida por nosotros como acción de constitucionalidad y que, en el derecho comparado, se puede enmarcar dentro del control abstracto de constitucionalidad o la famosa demanda abstracta de inconstitucionalidad. En aquel entonces, se le otorgó esta competencia a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, artículo 41 de dicho acto legislativo.

Es entonces un modelo dual porque se ejerce como si se aplicara el modelo difuso anglosajón con el modelo concentrado europeo. La única diferencia es que el modelo concentrado europeo todavía no había aparecido. Y ese es el tercero que aparece en 1920 con el jurista Hans Kelsen, a través de la redacción de dos constituciones muy importantes: la Constitución de Checoslovaquia de 1920 y la Constitución austriaca también de este mismo año, la primera de febrero y la segunda de octubre en 1920.

Lo que propone Kelsen aquí es que el único defensor de la Constitución debe ser un juez, pero un juez extrapoder, un juez que no pertenezca ni al poder judicial, o lo que diríamos en Colombia, que no pertenezca a la jurisdicción ordinaria, es decir, a los jueces ordinarios. Y este juez él lo denominó Tribunal Constitucional, un tribunal extrapoder, reiteramos, un tribunal que no hace parte de ninguno de los poderes públicos y que tiene la competencia de conocer únicamente el control de la constitucionalidad.

Lo decía Kelsen en su magnífica obra que en 1928 edita titulada “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, y que entre paréntesis le puso su discípulo, la justicia constitucional. Tal vez, si hoy desde Latinoamérica hiciéramos esa traducción entre paréntesis, le pondríamos “derecho procesal constitucional”, tal vez para entender que derecho procesal constitucional o justicia constitucional o la “judicial review” que trabajan los anglosajones, estamos hablando de la misma figura, una disciplina jurídica que pretende estudiar el control de la constitucionalidad.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, aparecen otros modelos, unos modelos que ya empiezan a tratar un problema, y es que después de la Segunda Guerra Mundial empiezan a aparecer derechos de aplicación inmediata, derechos fundamentales, un constitucionalismo diferente que ya no busca solamente organizar el poder público,

organizar el estado, y no solamente que los proyectos que tenemos como sociedad, los derechos, aparezcan en la Constitución para que el legislador los desarrolle, sino otro objetivo: unos derechos que puedan tener aplicación inmediata. Esto empieza a surgir con el constitucionalismo italiano de 1947 y luego se concreta de mejor manera en la Constitución alemana de Bonn de 1949.

Este problema que se les presenta a ellos es un problema novedoso para los europeos; sigue siendo el juez constitucional, tal vez el único que puede ejercer ese control de constitucionalidad, modelo como a la usanza de Kelsen, pero ya con una con un problema diferente. Y el problema es que si los derechos se tienen que aplicar, ¿qué pasa si de pronto se encuentran leyes inconstitucionales en la aplicación? Entonces, crean la famosa “vía incidental” en Italia, o lo que en España se conoce como la “cuestión de inconstitucionalidad”. Piero Calamandrei decía: es un sistema en el cual el juez ordinario es el que abre la puerta de la justicia constitucional. Por supuesto, ellos tienen su vida directa, pero en la aplicación de derechos, si el juez ordinario se daba cuenta de que una disposición que tenía que aplicar era inconstitucional o creía que era inconstitucional, pues tenía que elevar la causa ante su Corte Constitucional o Tribunal Constitucional. Y este modelo se conoce en la doctrina como un modelo mixto, porque es de iniciativa difusa pero con finalización concentrada; los europeos algunos mencionan es que sigue siendo un modelo concentrado pero de iniciativa difusa.

Luego aparece, como no lo he aquí relatado de una manera muy importante, el constitucionalismo latinoamericano o nuevo constitucionalismo, un constitucionalismo que empieza a tener otros problemas, y es que las constituciones que tenemos en Latinoamérica -y tal vez yo también incluyo en ese nuevo constitucionalismo a Brasil con la Constitución de 1988, también la paraguaya de 1992, por supuesto la colombiana del 91, en alguna medida creemos también la peruana del 93, la reforma Argentina del año 94, la Constitución venezolana del 99, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2010, tal vez la dominicana 2011- van constituyendo un nuevo tipo de constitucionalismo.

Estas constituciones consagran catálogos muy amplios de derechos, y estas constituciones amplían el catálogo de garantías jurisdiccionales. Las llamamos en Colombia y Bolivia acciones constitucionales, garantías jurisdiccionales en Ecuador, recurso de amparo decíamos en Chile; en fin, varias denominaciones para lo mismo: el aspecto procesal de la Constitución, el aspecto de la defensa de la Constitución.

En ese orden de ideas, todo nos cambia. Ya el problema de la justicia constitucional no es solo sobre la ley. Tal vez Chile es el país que aún mantiene al Tribunal Constitucional solo con un control de constitucionalidad de las leyes o la naturaleza objetiva de la justicia constitucional. Pero los demás ya empezamos a incluir dentro de la justicia constitucional, a través de sus tribunales, la defensa tutelar o la defensa de los derechos constitucionales.

Este modelo que empieza a surgir en Latinoamérica parece ser un modelo que no se ajusta a ningún modelo. El profesor Guillón Touso, un profesor francés, escribe un libro muy interesante analizando esto y dice: “Ya basta con los modelos. Ya aquí no se aplican modelos”. Y tal vez, si algunos quieren ubicar todas estas constituciones en algún modelo, pues lo hemos conocido como modelo híbrido. Que el modelo híbrido es el modelo que no se ajusta a ningún modelo; es donde no hay modelo, porque todas somos diferentes, casi que cada acción va teniendo su propio derrotero.

Y aparece un intento de superar tal vez ese maremágnum de derechos, maremágnum de garantías, de disposiciones; y aparece la idea del código procesal constitucional que tiende a dar una unificación y una sistematización a todas las garantías constitucionales. Modelo que empieza en Perú, como nos lo dijeron ayer. Pues hay un antecedente en Argentina con la Constitución o el Código Procesal de Tucumán, pero de manera nacional empieza en Perú, luego Bolivia en el año 2012, y con algunos intentos de legislación similar, sin la denominación de código, que es lo que pasa tal vez en Costa Rica o pasa en Ecuador con la famosa ley de vías jurisdiccionales y control constitucional, la Ley Orgánica del Ecuador que hace lo mismo que un código. Solo que no tiene la denominación de código.

Este intento de sistematización empieza a dar un esquema un poco diferente al que tenemos en Colombia, un esquema de sistematización. Y esa sistematización permite que, en estos países, se presente algo que Colombia no tiene. Y es que a su Corte Constitucional (caso ecuatoriano) o Tribunal Constitucional Plurinacional (caso boliviano) se puedan conocer todas las acciones constitucionales o garantías jurisdiccionales constitucionales. En Colombia, a la Corte Constitucional solamente llegan dos: la acción de inexequibilidad, que sería como la acción abstracta de inconstitucionalidad, y la acción de tutela en eventual revisión.

Una Corte muy buena, creemos que se está desperdiciando, y por eso lo que nos decía el profesor Quinche: tal vez la acción popular no es nuestra, es una acción que debe tener un potencial mucho más grande, pero al no tener la posibilidad de llegar a la Corte Constitucional, la Corte no se puede pronunciar y queda casi que en los demás jueces de inferior jerarquía en lo constitucional. No jerárquicamente desde el punto de vista de la actuación judicial, me estoy refiriendo, sino otros jueces o jueces ordinarios o jueces contencioso administrativos que no le dan el mismo hambre transformador de la justicia constitucional que un Tribunal Constitucional le puede dar.

Se viene hablando tal vez con el control de convencionalidad, la aparición, si se quiere, de un nuevo modelo, un modelo trial donde ya todos los jueces ejercen control de constitucionalidad, donde se tiene modelo difuso (caso peruano) a la par con un Tribunal Constitucional que ejerce un control concentrado (caso peruano) y aparece también otra Corte ejerciendo control de convencionalidad que, si se aplica el derecho interno, sería un control también de constitucionalidad. Basta tal vez ver dos casos: “La última tentación de Cristo” contra Chile o el caso “Petro” contra Colombia,



donde la Corte Interamericana ejerce un control muy parecido al que ejercen las Cortes constitucionales. Entonces, empieza como una dimensión también de control de constitucionalidad pero de carácter supranacional con el nombre control de convencionalidad.

Pues, todo esto es inteligencia humana, justicia constitucional basada en inteligencia humana. Pero cuando se dice, se quiere que existan más jueces, en cualquier especialidad, constitucional, civil, penal, etc. Pero el gran problema que tenemos en todos nuestros países es la falta de presupuesto, no hay dinero para tantos jueces. Entonces, empiezan a aparecer alternativas y algunos se preguntan: ¿podrá ser la inteligencia humana el guardián de la Constitución? Y esto habría que responderlo, tal vez, parafraseando a Obi-Wan Kenobi: “La justicia, la validez y la eficacia sobre la justicia”. Tal vez definir la justicia es algo muy difícil, pero sí es muy fácil saber que es injusto.

Y uno de los grandes problemas que tenemos en Latinoamérica y, en general, en el derecho a nivel mundial, es la mora judicial. Tal vez la justicia constitucional, por lo menos en el caso colombiano, es el menor de los problemas. Pero a nivel general, la mora judicial es un gran problema y no hay nada más injusto que la justicia que llega tardíamente. Para que la justicia se ajuste, tiene que ser coherente en los tiempos.

Hablamos mucho del sistema interamericano, pero el sistema interamericano es un sistema exageradamente demorado. Pretende proteger la violación del plazo razonable, pero es fácil encontrar en el sistema interamericano casos de 20 años y más. Nos comentaba el profesor René Moreno, un ex senador de la República de Colombia, nos llama a consultarnos un caso del sistema interamericano, pero fue un caso que se propuso hace 20 años y hoy, en este mes, hará un par de meses, máximo, la Comisión Interamericana dice sí. El caso es un caso precedente e inicia el trámite procesal en la Comisión Interamericana, 20 años después. La pregunta que hacemos es ya para qué, ya es un caso que no tiene ninguna relevancia ni personal ni jurídica, casi que ni le paramos bolas, y el mismo cliente también que nos buscó, pues se olvidó rápidamente. Yo creo que ya hasta el interés se le acabó.

Entonces, tal vez, para sistemas como estos, la inteligencia artificial puede ser la solución. Hemos propuesto muchas cosas: que se amplíe la Comisión Interamericana, que funcione como una, tal vez, como un órgano jurisdiccional; o algunos dicen que se acabe y sea solo la corte, para tratar de dar velocidad. Y ¿no será tal vez que lo posible y lo precedente puede ser empezar a pensar en la tecnología, una era de justicia digital? Eso ya es cierto, ya tenemos expedientes digitales en muchos de los países del mundo, jueces basados en inteligencia artificial, jueces robots.

Nos lo dijo el profesor Paul Franco, tal vez otro juez que han mencionado es en Israel, donde ya operan jueces de inteligencia artificial. Y el mismo Andrés Oppenheimer, que cita al profesor en “Sálvese quien pueda”, hicieron la comparación cuando tenían los

dos jueces y notaban cómo, en la medida que llegaba a la hora del almuerzo, el juez humano se volvía más estricto, se volvía más rígido, condenaba más; sus decisiones eran cada vez más alejadas del derecho, mientras que el juez basado en inteligencia artificial seguía manteniendo la misma objetividad desde el primer caso hasta el último. Es decir, a pesar de que digo que puede estar esto lejos, ya es una realidad, ya es algo que está existiendo: son sistemas expertos, nos decía el profesor Guerrero desde ayer, justicia algorítmica.

Esto puede llegar a ser la, y creemos que aquí se van a dar varias etapas. La primera de ellas es que estos sistemas expertos van a ser una herramienta que ayude, que potencie la actividad del poder judicial, y hasta ahí no tenemos ningún problema; todas las herramientas que nos lleguen y nos permitan mejorar la mora judicial y mejorar la eficiencia en las decisiones judiciales, pues bienvenida. Ciertamente, no creo que exista alguien que pueda decir que no, problema. Y lo comentábamos también con el ministro Víctor. Estos sistemas expertos van a empezar a predecir decisiones, van a empezar a proyectar, y básicamente estos sistemas expertos hoy están basados en ChatGPT. Ustedes ya sí conocen ChatGPT, los estudiantes ya lo usan, ya hacen sus trabajos con ChatGPT. Veán ustedes, no se están dando cuenta. Todos le dicen a uno sí, y los profesores todavía creemos que los estudiantes se mataron estudiando para hacer un trabajo. Es una realidad, muchas de las decisiones judiciales, y nos cuentan jueces en Colombia, auxiliares sustanciadores en Colombia dicen: “Yo la decisión primero la paso por ChatGPT y él me hace una proyección”. ¿Qué hacen inicialmente? Pues hay que revisar, hay que controlar si está bien o está mal. Si está mal, pues diríamos: “La inteligencia artificial no nos sirve para nada”. El problema que se empieza a presentar es: ¿qué pasa si eso está bien? Pues nos va a solucionar un problema de mora judicial, porque nos va a permitir solucionar más rápido las causas.

Pero es un desafío que, el día que los legisladores se den cuenta, o alguien les dé un incentivo, que a veces es el problema, como decía el profesor Quinche que hablábamos de Pretoria y Prometea en Colombia. ¿Quién es el que financia eso? Si empiezan a hacerlo, puede ampliarse la Constitución, caso colombiano, que el artículo 116 diga que el poder judicial o jurisdiccional no lo tengan solamente los jueces, otras ramas del poder público, árbitros, sino también la inteligencia artificial. Ese sería el primer paso y ahí nos abre una posibilidad legal. Y si aparece una ley que reglamente cómo lo van a hacer, porque es el problema, ¿cómo los controlamos? Pues los seres humanos sabemos cómo hacer leyes.

Ya dentro de los pasos que puede tener un juez basado en inteligencia artificial, lo decía el profesor Paul Franco, hay muchos actos que se dan dentro de las actuaciones judiciales que siempre son iguales; tenemos que seguirnos desgastando en que los seres humanos lo hagan. Claro, aquí se presenta es otro problema, un problema social. Lo decía Oppenheimer, el 47, basado en un estudio de la Universidad de Oxford, decía que el 47% de los empleos que hoy conocemos van a desaparecer con la inteligencia artificial, y entre ellos hay un capítulo: defiéndenos a los abogados, al poder judicial.

Y él muestra que nosotros no estamos exentos de ese tema. Cada vez los ingenieros de sistemas mecánicos le están poniendo más cuidado al derecho, y en la medida a que ellos le pongan cuidado al derecho y vayan estudiando derecho, nos van a ir creando jueces basados en inteligencia artificial y jueces basados en robótica.

Tal vez lo que queremos acá, más que decíamos pontificar porque este es un tema que está todavía en construcción, pero sí queremos animarlos, es a que los abogados estudiemos temas relacionados con inteligencia artificial. Hay muchos, empezando por videos. Hay una especialización en la Universidad de Buenos Aires de inteligencia artificial y derecho que nos puede ir ambientando para que nosotros aprendamos a crear algoritmos, aprendamos a leer algoritmos, aprendamos cómo funciona aquel famoso sistema denominado machine learning, donde toda esta base de datos, este big data, que básicamente, como dicen ellos, para ellos es fácil.

Lo del derecho es poner la constitución en lenguaje algorítmico, es poner las leyes en lenguaje algorítmico, es poner los precedentes, la jurisprudencia, en lenguaje algorítmico. Claro, ¿cuánto se va a demorar eso? Hay que irlo construyendo paso a paso, pero es un desafío que, si nos capacitamos, si aprendemos, podemos ser partícipes de esta transformación y no quedarnos atrás en este cambio tecnológico que está afectando y va a afectar cada vez más al ámbito jurídico. Cuánto se va a demorar eso, hay que irlo construyendo.

### **3. CONCLUSIONES**

Tal vez los profesores del futuro serán profesores de robot. No porque tenemos es que entrenar los robots, y la gran pregunta es: ¿Quién hace eso? Entonces, necesitamos abogados que sean capaces de conocer lenguajes de programación, que por lo menos lean Python o Python, cómo se denomina, para que leyendo todos esos algoritmos sepamos qué es lo que ahí se pone, qué es lo que está, y si eso tiene sesgos. Porque claro, el que crea el lenguaje secreto, pues le puede poner un sesgo, puede poner algún interés de un grupo económico, de una clase social, una discriminación que ya se ha visto. No en Estados Unidos, discriminaron a los barrios de afrodescendientes para que la policía llegara más allá, los vigilara, que a los barrios de blancos.

Entonces, a eso hay que ponerle cuidado. ¿Quiénes son los encargados de poner cuidado a eso, de ejercer ese control a toda la implementación del sistema algorítmico? Los abogados, para que ese machine learning, ¿qué es lo que dice el machine learning? Que con toda esta tecnología que les estamos dando, con los casos, los antecedentes que van a estar en la base de datos en la nube y los van a ver, lo increíble es que esta máquina va a empezar a aprender solita. Y aprendiendo sola es capaz de resolver casos que nunca había tenido en sus bases de datos, casos diferentes, y con lo anterior va armando, es como si fuese pensando, y va resolviendo.

Nosotros, los abogados, a veces creemos que no es así, pero la verdad es que sí. Redes neuronales de learning, y nos van a crear un sistema. Entonces, las etapas que

creemos que van a pasar es, primero, va a ser una gran herramienta para nosotros, los abogados, para todos. Pero, en la medida que la herramienta vaya siendo eficaz y vaya funcionando, va a ir eliminando empleos. Esta es una realidad, nos duele, no quisiéramos que eso pasara, pero es una realidad que va a pasar. ¿Qué van a hacer los que tienen esos empleos que posiblemente se deben eliminar? Siganse capacitando, estudiando, yendo a la universidad como están ustedes, obteniendo un título profesional, sus especializaciones, sus maestrías, y tal vez lo que puede llegar a pasar es que, en un futuro, la máquina sea la que proyecte.

Pero vamos a necesitar más jueces que validen lo que la máquina nos está diciendo, pero si la máquina llega a ser eficiente y no va a tener errores, ¿quiénes son los siguientes que van a desaparecer? Los jueces, y tal vez la última etapa es que aparezcan jueces basados en inteligencia artificial, pero creemos que en esa etapa, la segunda instancia siempre debe estar controlada por jueces basados en inteligencia humana, por nosotros, es decir, la primera instancia pueden ser jueces de inteligencia artificial, pero si ese juez de inteligencia artificial se equivoca -y también puede equivocarse porque están hechos a la imagen y semejanza de nosotros, los humanos-, y si algo tenemos los humanos es que nos equivocamos de buena fe o de mala fe, también puede pasar con la máquina, entonces que esté una segunda instancia que pueda dar una revisión, y esa revisión esté basada en inteligencia humana. Y solamente vamos a finalizar invitándolos a que estudien mucho de eso.

Hay una película que se llama “El Código Enigma”, que es basada en la historia de Alan Turing, que tal vez queremos, en una con él, decir lo que muchos han dicho, es el verdadero padre de la inteligencia artificial. Código Enigma es la famosa máquina que sirvió para que los aliados descubrieran ese lenguaje cifrado secreto que los alemanes enviaban a sus bombarderos, sus buques, sus aviones, sus tropas, para atacar sorpresivamente a los aliados.

Cuando se descubre precisamente ese Código Enigma, ese código secreto, es cuando se le empieza a ganar a los alemanes la Segunda Guerra Mundial, y a Alan Turing le atribuyen haber adelantado la guerra, la finalización de la guerra por lo menos 2 años, evitando al menos 14 millones de víctimas, una historia muy interesante.

Después, él es condenado por ser homosexual, siendo una figura muy importante, y Steve Jobs, el creador de Apple, en un homenaje a Alan Turing porque él muere envenenado mordiendo una manzana y el gran homenaje que le hace es lo que muchos de ustedes tienen iPhone, Apple, la famosa manzana mordida, el símbolo de la manzana mordida es un homenaje a Alan Turing, el creador de la inteligencia artificial. Muchas gracias.

## **La Constitucionalización del Medio Ambiente y su Tutela Judicial**



### **César Rodrigo Landa Arroyo - Perú**

Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú - Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares.
- Ha sido Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.
- Actualmente, es profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y Vicepresidente de la International Association of Constitutional Law.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Participación virtual del Expositor César Rodrigo Landa Arroyo, desde Perú.

# **La Constitucionalización del Medio Ambiente y su Tutela Judicial**

---

*César Rodrigo Landa Arroyo*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Constitución es la expresión jurídica y política que condensa los consensos a los que ser arriba en un momento determinado de sustancias cambios sociales en la historia de un pueblo. En esta medida la Constitución expresa un pacto social que de acuerdo a los desafíos de la historia proyecta o renueva valores, principios y derechos que vinculan a las autoridades públicas y privadas. Bajo estos presupuestos los desafíos que plantea la crisis del cambio climático ha llevado a reformular los marcos constitucionales, a la luz de los nuevos instrumentos internacionales sobre el medio ambiente a desarrollar un derecho constitucional ambiental.

Este proceso de constitucionalización del medio ambiente ha permitido el establecimiento de principios y derechos fundamentales ambientales; como producto de la internacionalización y constitucionalización de la biodiversidad, que postula el desarrollo sostenible, a través de políticas nacionales del ambiente, así como, de la institucionalización de la política ambiental. Mención particular merece la constitucionalización de los recursos naturales renovables y no renovables, en tanto constituyen el patrimonio de la nación a conservar y desarrollar de forma sustentable.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Constitucionalización del medio ambiente**

Existían dos posibilidades para constitucionalizar la protección del ambiente: introducir en el texto un principio medioambiental -norma de acción- y regular un derecho a disfrutarlo -norma de relación- (Canosa, 2004). El constituyente peruano optó por recoger ambas posibilidades. Por tanto, la protección del medio ambiente no solo es un deber o directriz de la actividad política del Estado; sino que, también, es un derecho subjetivo exigible por todas las personas. Conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, estos principios y derechos fundamentales configuran un corpus constitucional autónomo llamado Constitución Ecológica.

El término Constitución Ecológica, es usado por primera vez por la Corte Constitucional colombiana, para hacer referencia a las 34 disposiciones de la Constitución colombiana en materia medioambiental, que incluyen tanto obligaciones del Estado como de los particulares relacionadas a la protección ambiental, así como derechos ambientales (Vasquez Galarza, 2020, p. 24). Bajo una lógica similar, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la existencia de una Constitución ecológica peruana, principalmente en base a los cuatro artículos que conforman el Capítulo

II, “Del ambiente y los recursos naturales”, del Título de Régimen Económico de la Constitución (ver Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC y Sentencia del Expediente N° 03610-2008-PA/TC).

Como se puede ver, existe una patente diferencia entre la Constitución colombiana y la peruana, que puede llevar a la pregunta de si acaso, realmente existe una Constitución ecológica peruana. Sin embargo, lo cierto es que la Constitución peruana también está compuesta por los principios ambientales, reconocidos por el Tribunal Constitucional, y por los derechos y deberes emanados de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Perú, todo lo cual termina por configurar una verdadera Constitución Ecológica, como se analiza a continuación.

### **a. Principios constitucionales ambientales**

La Constitución ambiental cuenta con un conjunto de principios previstos en la Norma Suprema y tratados internacionales, muchos de los cuales están reconocidos en la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), y ordenan las relaciones entre la persona, la sociedad y el medio ambiente (Landa, 2020, p. 240). En este apartado se analizan algunos de estos principios:

#### **Principio desarrollo sostenible y generaciones futuras**

La justicia ambiental trae consigo la afirmación de un nuevo pacto social: un contrato social intergeneracional. En tal sentido, un principio rector que se desprende de la Constitución ecológica es el principio de desarrollo sostenible, que proscribe el uso irresponsable o predatorio de los recursos naturales; y opta más bien por una utilización sostenible del medio ambiente, de tal manera que se garantice también su disfrute para futuras generaciones.

En ese orden de ideas, el principio constitucional de desarrollo sostenible está especialmente dirigido al control de la actividad económica o de extracción, y por tanto es concordante con el modelo de economía social de mercado que reconoce la Constitución.

Así lo ha explicado el Tribunal Constitucional, en la emblemática Sentencia del Expediente N° 3343-2007-PA/TC:

Como se aprecia, la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.



En síntesis, el desarrollo sostenible opta por un uso sin depredación, con el fin de asegurar los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

### **Principio precautorio**

La definición inicial del principio precautorio o de precaución se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, al señalar que: “[C]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”.

No obstante, el principio precautorio tiene origen alemán (*Vorsonrgeprizip*) pues se incluyó en una norma legal sobre saneamiento del aire en 1974, pero hoy se ha extendido como un criterio de protección del derecho al medio ambiente sano y equilibrado (Landa 2022, p. 244).

Ahora bien, la Ley General del Ambiente define el principio precautorio de la siguiente manera: “La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.

El Tribunal Constitucional ha reconocido a este principio como uno constitucional, que compone el *corpus* de la Constitución Ecológica. En tal sentido, se han explicado los alcances de este principio en la Sentencia del Expediente N<sup>o</sup> 2005-2009-AA/TC (Fundamento 49):

Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc.

Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.

En síntesis, la especial trascendencia que ostenta la protección del medio ambiente favorece, ante la duda o incertidumbre, la adopción de acciones positivas para eludir un daño.

## **Principio prevención**

La aplicación de los principios de protección del medioambiente y la salud, en función al riesgo, es la siguiente:

- Cuando el riesgo es desconocido, se aplica el principio de exoneración.
- Cuando el riesgo es incierto, se aplica el principio de precaución.
- Cuando el riesgo es probado, se aplica el principio de prevención.
- Cuando el riesgo se ha materializado, se aplica el principio de reparación (Monereo Pérez, 2014 citado en Simons, 2021).

En tal sentido, el principio constitucional de prevención, a diferencia del principio precautorio, resulta aplicable cuando el riesgo o peligro contra el medio ambiente es probado y, en consecuencia, se dispone que se adopten medidas de protección inmediata.

La Ley General de Medio Ambiente define al principio de prevención de la siguiente manera: “La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

En ese sentido, el principio de prevención implica que sobre la base de la identificación de los riesgos comprobados se implementen acciones o medidas regulatorias de acuerdo con su aceptabilidad. Así, las medidas administrativas de riesgo involucran una gradación en la gestión de los mismos (Landa, 2022, p. 250). En consecuencia, resulta especialmente importante la aplicación de los estándares de proporcionalidad y razonabilidad para determinar medidas adecuadas de prevención de riesgos.

## **Principio internalización de costos**

Conforme con la Ley General de Medio Ambiente, el principio de internalización de costos implica que:

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos. Eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

En el orden de los principios de protección del medioambiente en función al riesgo, el principio de internalización de costos está especialmente vinculado al principio de reparación, pues requiere que aquellas personas que despliegan actividades riesgosas para el medioambiente que asuman el costo de cualquier perjuicio que puedan ocasionar.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha advertido que la aplicación de este principio no puede transformarse en los daños al medio ambiente (infracciones constitucionales) pueda ser traducido por los poderes económicos en un “costo a pagar” por depredar los recursos naturales. En tal sentido, se enfatiza la importancia de proscribir el principio contaminador-pagador:

Debe enfatizarse que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tiene especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. (03343-2007-PA/TC, FJ 6).

### **Principio responsabilidad empresarial**

La Constitución económica dialoga permanentemente con los principios de la Constitución ecológica. Es así que, como parte de la función social del derecho a la libertad de empresa que se expresa en la responsabilidad empresarial genera una serie de obligaciones vinculadas con la protección del medio ambiente, especialmente, respecto de aquellas empresas que despliegan actividad económica de explotación en zonas con riqueza en recursos naturales renovables y no renovables.

En ese entendido el Tribunal Constitucional (0048-2004-PI/TC, Fundamento 16) ha sostenido que:

[E] elemento social exigible a las empresas, se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de ese modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

*Prima facie*, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario.

En una lógica similar, el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Medio Ambiente habla de un principio de responsabilidad ambiental, en los siguientes términos: “El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.

En dicho sentido, el principio constitucional de responsabilidad ambiental es una carga o gravamen que se impone a las empresas exigiéndoles un especial cuidado (incluso, en momentos, un deber positivo de responsabilidad) respecto del medio ambiente en que despliegan su actividad.

Un ejemplo del interés por relacionar la actividad económica y la protección del medio ambiente son los denominados créditos o bonos de carbono. Los créditos de carbono son un mecanismo de fijación del precio del carbono. Estos corresponden a una tonelada de gases efecto invernadero que ha sido reducida o removida a través del desarrollo de un proyecto o actividad (Comisión ICC, 2021). Este mecanismo fue uno de los tres mecanismos propuestos por el Protocolo de Kioto para reducir las emisiones contaminantes al medio ambiente.

Su objetivo principal es ofrecer incentivos económicos para que las empresas privadas contribuyan a la mejora de la calidad ambiental y se consiga regular la emisión generada por sus procesos productivos, considerando el derecho a emitir CO<sub>2</sub> como un bien canjeable y con un precio establecido en el mercado. Esto sucede debido a las empresas que no emiten o disminuyen emisiones se ven beneficiadas, mientras que se hace pagar a las que emiten más de lo permitido.

En el Perú estos bonos se aplican en los proyectos de reforestación, conservación y manejo forestal, como también en los proyectos vinculados a energía, eficiencia energética y tratamiento de residuos, entre otros (MINAM, 2023).

## **b. Derechos fundamentales ambientales**

El redimensionamiento de los principios sobre los que se funda el Estado Social de Derecho trajo consigo el reconocimiento de nuevos derechos. En tal sentido, los derechos fundamentales medioambientales son reconocidos como: derechos a un medio ambiente adecuado, como derecho a disfrutar directamente de los parámetros idóneos de la biosfera; y, derechos a la protección del medio ambiente, como derecho a que las instituciones públicas provean instrumentos para prevenir la degradación, proteger y restaurar, donde fuese necesario, el medio ambiente (Loperena Rota, 1999). En tal sentido, se pueden listar enunciativamente los siguientes derechos fundamentales ambientales:

### **Derecho a un medio ambiente equilibrado**

El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado está reconocido en el artículo 2, numeral 22 de la Constitución<sup>1</sup>. Este artículo reconoce el derecho de toda persona a gozar de “un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. En efecto, como lo ha definido el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 0048-2004-PI/TC (Fundamento 17), el contenido del derecho a un medio ambiente equilibrado está determinado por: (i) el derecho a gozar de ese medio ambiente, y (ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. Así:

En su primera manifestación, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Pero, también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. Esta dimensión del derecho entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

En ese orden de ideas, el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado tiene una *dimensión negativa* y una *dimensión positiva*. La dimensión negativa garantiza

---

1 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

una efectiva protección ante intervenciones arbitrarias en el medio ambiente o que afecten irrazonablemente las condiciones de vida de las personas. Mientras que, la dimensión positiva de este derecho, garantiza que el Estado y los particulares adopten las medidas necesarias para garantizar que no se afectará el contenido esencial de este derecho; esta obligación se hace especialmente importante respecto de aquellas empresas que realizan actividad económica que pueda tener incidencia directa en el medio ambiente.

Finalmente, no podemos dejar de destacar que, toda vez que existe un deber del Estado de garantizar los derechos de las personas, la protección de este derecho, como acción del Estado, se vincula también con los principios medio ambientales analizados en el apartado anterior. Siendo así, la defensa del derecho a un medio ambiente equilibrado requiere de la aplicación adecuada del principio preventivo, precautorio y de responsabilidad social empresarial, entre otros.

### **Derecho a la participación ciudadana**

El derecho fundamenta a la participación ciudadana está reconocido en el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, que dispone que todas las personas tienen derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”. Ahora bien, pese a que el artículo no haga referencia expresa a cuestiones medio ambientales, éstas se encuentran incluidas dentro de los aspectos de la vida social. Es más, existe un tratamiento especial a las cuestiones medioambientales. No solo porque, como lo hemos visto, existe un derecho al disfrute del medio ambiente equilibrado; sino también, porque este derecho tiene una *vis* intra e inter generacional, que es de interés general.

Así pues, la democracia puramente electoral se ve rebasada como un mecanismo efectivo de protección del medio ambiente, pues carece de la inmediatez que las cuestiones ambientales, especialmente las catástrofes de índole humana, requieren para su adecuada atención, la cual no puede esperar al ceremonial de las elecciones para ofrecer respuestas, ni encontrar en el voto una panacea efectiva a todos sus males (Morán Torres, 2015, p. 89).

En ese entendido, se hace especialmente importante el acceso a la información como una condición importante o presupuesto para la participación, fiscalización y control de la ciudadanía sobre las políticas medioambientales adoptadas por el Estado; pero también, respecto de aquellas empresas que realizan actividad económica vinculadas al medio ambiente, pues, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: “Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8 del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad, sólo están obligadas a facilitar la información referida a la

prestación de los mismos a sus respectivos organismos supervisores, a efectos que éstos puedan cumplir con las obligaciones establecidas en esta Ley”.

Así, pues, resulta especialmente importante el *hábeas data*, como instrumento para la tutela del derecho fundamental de acceso a la información pública. Es decir, para acceder a la información de manera oportuna y que esta sea adecuada.

En esa misma línea, habrá que considerar la especial situación de los pueblos originarios, quienes ejercen su derecho de participación, como parte del derecho fundamental a la consulta previa, que les garantiza la posibilidad de que, a través del diálogo intercultural, los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses (Sentencia del Expediente N° 00005-20 12-PI/TC, FJ 36).

Así pues, este derecho garantiza una participación activa de las comunidades, usualmente, ante proyectos económicos que puedan repercutir en sus tierras. Dicha participación además cuenta con una protección especial, debiendo garantizar los siguientes principios: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta (Sentencia del Expediente N° 0022-2009-PI/TC, FJ 26).

Este derecho de participación ciudadana a nivel nacional tiene un correlato en la esfera internacional con la aprobación del convenio de Escazú, el mismo que fue suscrito por el Estado peruano pero no ha sido ratificado por el Congreso debido a su rechazo infundado según se analiza más adelante (II.4.).

### **Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. Este derecho garantiza “una técnica procesal adecuada (norma procesal), la institución de un procedimiento capaz de viabilizar la participación (p.e. acciones colectivas) y, finalmente, la propia respuesta jurisdiccional” (Marinoni, 2007, p. 227). Es por esa razón que el citado derecho, es uno de los derechos más trascendentes de nuestro ordenamiento, pues garantiza los medios adecuados para hacer efectivos todos los derechos que componen el sistema de derechos fundamentales de la Constitución peruana. Es un derecho para materializar los demás derechos.

En el caso de la justicia ambiental, este derecho cobra una importancia especial, pues los conflictos medioambientales suelen requerir de mecanismos procesales diferenciados, que den debida tutela a los derechos medioambientales y a la biodiversidad, que son de naturaleza difusa. Así pues, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva del medio ambiente y a la biodiversidad debe concebirse como un derecho al diseño de técnicas procesales adecuadas para la satisfacción de este derecho. Siendo importante el desarrollo de los denominados procesos colectivos, que son los más

adecuados para la protección de aquellos derechos difusos con “objeto indivisible”, como son en general los intereses relacionados con la preservación del ambiente y a la biodiversidad, con la promoción de valores espirituales y culturales de la comunidad, con la protección de la masa de los consumidores, y así en adelante (Barbosa, 1987).

## **2.2. Internacionalización y constitucionalización de la biodiversidad**

La variedad de seres vivos sobre la Tierra es concebida como la biodiversidad o diversidad biológica; la cual abarca aproximadamente 8 millones de especies en el planeta. Entre ellas se encuentran: animales, plantas, hongos y bacterias; los ecosistemas que los albergan en bosques, montañas, océanos y arrecifes de coral; así como, la diversidad genética encontrada entre ellos. Todo lo cual es esencial para la vida humana y sus actividades en relación con la naturaleza y el medio ambiente.

El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB) auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) fue presentado y suscrito en la denominada “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, y entró en vigor el 29 de Diciembre de 1993 (AA.VV., 1996).

Surgió con un amplio consenso en razón de la afectación de la diversidad biológica, como consecuencia de determinadas actividades humanas, debido a la falta de información y conocimientos, sobre la importancia de la diversidad biológica para el planeta, así como, de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico internacional y nacionales; que permitieran a Estados planificar y aplicar las medidas adecuadas para su conservación. Se observa desde entonces que es vital prever y atacar en su fuente las causas de la reducción o pérdida de la diversidad biológica.

De ese modo, se hizo fundamental para la protección de la diversidad biológica plantear la conservación *in situ* de los ecosistemas y hábitats naturales, así como, el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales, que forman parte del ambiente y el ciclo de la vida humana. Procurando, descartar que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica, no debería alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas, como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza (NNUU, 1992).

Lo importante, también, fue el reconocimiento de la conservación para el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza en tanto prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo. Por cuanto, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica juegan un rol fundamental para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población en crecimiento; para lo cual son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, así como, la participación de la población en la conservación y utilización sostenible de esos recursos y tecnologías (Ibíd.).



En ese sentido, ante los escasos avances, casi dos décadas después, el 2010 en Japón se aprobaron las 20 Metas de Aichi que hacen referencia al cumplimiento del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020<sup>2</sup>; el cual tiene el propósito de detener la pérdida de la naturaleza, así como el soporte vital de todas las formas de vida en el planeta, planteadas por representantes de Gobierno de 196 países firmantes de la Convención de Diversidad Biológica (INABIO, s/f).

Sin embargo, este ambicioso plan no se ha cumplido; por ello, el 2022 en la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica ha aprobado el “Marco Mundial de Diversidad de Kuming-Montreal”; en el cual se reafirma la Visión 2050 de “vivir en armonía con la naturaleza”. Lo cual demanda medidas urgentes centradas en la conservación y en el uso sostenible de la biodiversidad, en el acceso a los recursos genéticos de la biodiversidad y al reparto justo y equitativo de los beneficios que generen, y en la financiación de todas las medidas necesarias en favor de la biodiversidad (PNUMA, 2022).

Ahora bien, la cuestión de la biodiversidad se incorpora en la Constitución de 1993, cuando el artículo 68 señala que: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”. Lo cual está íntimamente vinculado con los siguientes artículos constitucionales: Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento (Art. 66); el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales (Art. 67), y; el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada (Art. 69).

Todo este bloque de constitucionalidad constituye la conjunción de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado y las disposiciones constitucionales vinculadas, y que sirven de marco normativo para el desarrollo sostenible, la política nacional del ambiente y de su institucionalización.

### **a. Desarrollo sostenible**

La sostenibilidad es un modelo de desarrollo que tiene como finalidad satisfacer las necesidades del presente sin comprometer los fundamentos naturales para la vida de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente, sus recursos naturales y el bienestar social. El desarrollo sostenible es un concepto que surgió por primera vez en 1987 con la publicación del Informe Brundtland, que -como se ha señalado- alertaba de

2 Las Metas de Aichi son: 1. Concienciación de los valores de la biodiversidad. 2. Integración de los valores de la biodiversidad. 3. Incentivos negativos y positivos. 4. Producción y consumo sostenible. 5. Tasa de pérdida de hábitats reducida al menos a la mitad. 6. Pesquerías gestionadas de manera sostenible. 7. Agricultura sostenible. 8. Contaminación en niveles no perjudiciales. 9. Especies exóticas invasoras controladas. 10. Presiones sobre ecosistemas vulnerables son minimizadas. 11. Áreas protegidas. 12. Extinciones evitadas. 13. Diversidad genética mantenida. 14. Servicios ecosistémicos esenciales restaurados. 16. Protocolo de Nagoya en operación. 17. EPANDB iniciadas, adaptadas. 18. Conocimiento tradicional integrado. 19. Avance en conocimiento, transferencia y aplicación. 20. Movilización de recursos incrementada.

las consecuencias medioambientales negativas del modelo de desarrollo económico, basadas exclusivamente en las demandas de la industrialización y del crecimiento de la población.

Así, el desarrollo sostenible es la respuesta responsable de los Estados frente al acelerado cambio climático, debido al calentamiento global; proceso que contribuye a las desigualdades en la medida que afecta seis grandes ámbitos de la vida humana: salud, alimentación, agua, infraestructuras, economía, y seguridad. De modo que, el desarrollo sostenible constituye un mandato internacional y constitucional que apuesta por el crecimiento económico con equilibrio medioambiental, y que promueva el progreso social con igualdad.

Por eso, Naciones Unidas en la Agenda 2030 aprobó los **Objetivos de Desarrollo Sostenible (NNUU, 2015)**, como un conjunto de metas comunes para proteger a la Tierra y asegurar el bienestar de todas las personas, sobretodo los más vulnerables. Estos objetivos mundiales necesitan del compromiso activo de los Estados nacionales, las empresas y las personas, sobretodo de los países ricos del hemisferio norte, principales responsables del calentamiento global. El 1% más rico de la población del mundo acumula casi dos tercios de la riqueza del mundo y, además, lanza más CO<sub>2</sub> que el 50% más pobre (OXFAM, 2021).

Los 17 objetivos de desarrollo sostenibles están interrelacionados; pero, es importante dar cuenta que en materia del desarrollo sostenible hay objetivos estrechamente vinculados entre sí, como: Cuidar el medio ambiente combatiendo el cambio climático y protegiendo los océanos y ecosistemas terrestres; promover la colaboración entre los diferentes agentes sociales para crear un ambiente de paz y desarrollo sostenible; universalizar el acceso a servicios básicos, como agua, el saneamiento y la energía sostenible, y; fomentar la innovación e infraestructuras resilientes creando comunidades y ciudades capaces de producir y consumir de forma sostenible (NNUU, 2015).

En consecuencia, se puede señalar que la *sostenibilidad ambiental* entendida como la defensa de la naturaleza en tanto no es una fuente inagotable de recursos hay que velar por su protección y uso racional; lo cual demanda el cuidado del medio ambiente, la inversión en energías renovables, el ahorro de agua, la apuesta por la movilidad sostenible y, la innovación en la construcción y arquitectura sostenible. Ello es posible si se busca impulsar la *sostenibilidad económica* que genere riqueza equitativa sin perjudicar los recursos naturales y el medio ambiente; porque ello fomentará la *sostenibilidad social* de las personas comunidades y culturas para obtener un estándar básico de calidad de vida en sanidad y educación adecuada y equitativa, en beneficio sobre todo de los más vulnerables (Acciona, 2023).

No obstante, se discute si para enfrentar el incremento poblacional y la falta de alimentos para los más pobres en el mundo, los tres pilares de la sostenibilidad mencionados son

suficientes. En la medida que, incorporar la tecnología en la agricultura y la ganadería, mediante el uso de los transgénicos u organismos genéticamente modificados -como las semillas resistentes a las plagas o a las sequías-, podría incrementar la producción agropecuaria. Pero, a costa de pagar a las corporaciones transnacionales por las patentes obtenidas por las modificaciones genéticas de especies vegetales y/o animales; poniendo en peligro la mega biodiversidad que ofrece la naturaleza y la dependencia de los agricultores del mercado de los transgénicos; afectando a los productos naturales y de origen andino o amazónicos que cultivan y de los cuales viven desde sus orígenes los pueblos indígenas y campesinos.

El Perú, está obligado por la Constitución a promover la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de los recursos naturales, para no perder, por ejemplo, las más de tres mil variedades de papa, cincuenta de maíz, diversos tipos de algodón, tomates, etc., producto de la biodiversidad genética natural; que es fruto de una variedad de tierras, climas y pisos ecológicos únicos. Por eso, se ha aprobado el 2021 la Ley N.º 31111<sup>3</sup> que prorroga la moratoria del ingreso y producción en el territorio nacional de organismos vivos modificados (OVM) con fines de cultivo o crianza, incluidos los acuáticos, a ser liberados en el ambiente, hasta el 2035; la misma que debe técnicamente ser evaluadas periódicamente (Delgado, 2021).

La riqueza genética de la biodiversidad en el Perú es uno de los mayores capitales que ha sido acumulada a lo largo de siglos, por los pueblos originarios de la Amazonía y campesinos de los Andes, que la han desarrollado y mejorado genéticamente, con la selección de variedades y razas adaptadas a cada territorio y a cada clima. Lo cual es muy valioso conservar frente a los riesgos del cambio climático que enfrenta la política nacional del ambiente.

## **b. Política nacional del ambiente**

La política nacional del ambiente se enmarca en el bloque constitucional de normas no solo internacionales sino, sobre todo, nacionales. Así, el artículo 67 de la Constitución del Perú establece que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales; bajo dicho marco constitucional, se han dictado políticas nacionales como: la Política Nacional del Ambiente (PNA), la Estrategia Nacional de Biodiversidad Biológica, la Estrategia Nacional ante el Cambio Climático y el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos. En particular, la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, ha establecido en su artículo 8, numeral 8.1. que la PNA constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y

---

<sup>3</sup> Con la Ley N.º 29811 del 2011 se aprobó una prórroga de 10 años de la moratoria de la importación de transgénicos, basada en la Ley N.º 27104, Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología de 1999, así como por su reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N.º 108-2002-PCM y, por el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

orientar el accionar de las entidades del Gobierno Nacional, regional y local, del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

Asimismo, el Acuerdo Nacional para el 2025 ha establecido en el punto 2 “Gestión sostenible de la naturaleza y medidas frente al cambio climático” y en el punto 3 “Desarrollo sostenible con empleo digno y en armonía con la naturaleza”. Así, el Estado procura una gestión y aprovechamiento sostenible de los ecosistemas, asegurando un desarrollo social y económico armónico, libre de contaminación y saludable, para todas las personas en el tiempo, en un contexto de cambio climático; así como, plantea asegurar el crecimiento económico continuo, con competitividad, empleo digno y sostenibilidad ambiental, que se sustente en el esfuerzo conjunto del Estado, las empresas, los trabajadores y la academia, en el marco de una economía social de mercado; además, de garantizar una producción limpia y sostenible, que aporte al crecimiento económico del país en condiciones de equidad social e intergeneracional (Acuerdo Nacional, 2019).

Por su parte, la institución responsable de conducir la PNA es el Ministerio del Ambiente, el cual de conformidad con su Ley de Organización y Funciones, Decreto Legislativo N° 1013 ha establecido en literal a) del numeral 6.1 del artículo 6, que este tiene, entre sus funciones generales, formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar, y evaluar la Política Nacional del Ambiente aplicable a todos los niveles de gobierno. El mismo que ha sido reglamentado, mediante el Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM que aprobó la Política Nacional del Ambiente, cuyo objetivo general es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 242-2019-MINAM, se aprobó la lista sectorial de las políticas nacionales bajo la rectoría o conducción del Ministerio del Ambiente, entre las cuales se encuentra la PNA; siendo este el primer instrumento a ser actualizado y aprobado de acuerdo a los aspectos metodológicos establecidos en el Reglamento que regula las Políticas Nacionales.

En ese contexto, la Política Nacional del Ambiente al 2030 contiene nueve objetivos prioritarios, entre ellos como la “Disminución de los bienes y servicios que proveen los ecosistemas que afectan el desarrollo de las personas y la sostenibilidad ambiental”; procurando, de este modo, garantizar el bienestar de la población. Cabe considerar que su estructuración se ha dado como parte de un proceso participativo y descentralizado, que se inició en julio del 2019 y culminó en mayo del 2021; desarrollando interacciones a partir de diversas reuniones bilaterales y talleres virtuales con los representantes de las instancias del Ministerio del Ambiente, organismos públicos

adscritos, sectores, gobiernos regionales, cooperación internacional y la sociedad civil; que incluyó a las organizaciones de base social, comunidades nativas, comunidades campesinas y representantes de los pueblos indígenas u originarios del país, quienes dieron sus aportes para el desarrollo de los contenidos de la Política Nacional del Ambiente al 2030.

### **c. Institucionalización de la política ambiental**

La Política Nacional del Ambiente al 2030 ha sido aprobada por el gobierno peruano mediante Decreto Supremo N° 023-023-2021-MINAM el 25 de julio del 2021. Es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de la Administración Pública, en el marco de sus competencias, así como para las personas jurídicas de derecho privado y la sociedad civil, en cuanto les sea aplicable. Las entidades de la Administración Pública en todos los niveles de gobierno -nacional, regional y local- y en el marco de sus competencias asumen los roles, obligaciones y responsabilidades, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del Reglamento que regula las Políticas Nacionales, aprobado por el Decreto Supremo N° 029-2018-PCM.

La conducción de la Política Nacional del Ambiente al 2030 está a cargo del Ministerio del Ambiente, a través de la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental; asimismo, las entidades de la Administración Pública responsables de los objetivos prioritarios, lineamientos y servicios de la PNA 2030 están a cargo de su implementación y ejecución, conforme a sus funciones y competencias a través de los diferentes planes del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico - SINAPLAN. Para tal efecto, dichas entidades coordinan con el Ministerio del Ambiente, la implementación de los servicios identificados y otras intervenciones que contribuyan al cumplimiento de los objetivos prioritarios de la PNA al 2030.

Por su parte, el Ministerio del Ambiente, a través de la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental, tiene a su cargo el seguimiento y la evaluación de la Política Nacional del Ambiente al 2030. Dicho proceso de seguimiento y evaluación se realiza de conformidad con las pautas metodológicas que establece el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - CEPLAN en materia de seguimiento y evaluación de políticas y aquellas que el Ministerio del Ambiente considere pertinente. Por su parte, las entidades del Estado que son responsables del cumplimiento de los objetivos prioritarios de la Política Nacional del Ambiente al 2030, brindan oportunamente información al Ministerio del Ambiente, a fin de realizar el seguimiento y evaluación de la implementación de la misma. Para tal efecto, el financiamiento de la implementación y ejecución de la Política Nacional del Ambiente al 2030 corre a cargo del Presupuesto Institucional autorizado de los pliegos correspondientes, conforme a las leyes anuales de presupuesto del Sector Público, para los fines establecidos en la misma, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, según dispone el DS N° 023-023-2021-MINAM.

### 2.3. Constitucionalización de los recursos naturales

Las Naciones Unidas (1970) definen a los recursos naturales como los bienes naturales -materias primas- que se encuentran en la naturaleza y que pueden utilizarse para la producción económica o el consumo. El interés por la protección de estos recursos en América Latina se dio incluso previamente a las importantes disposiciones normativas internacionales como la Conferencia de Estocolmo.

En un primer momento las cláusulas constitucionales sobre recursos naturales que aparecieron en América Latina se centraron en asegurar la soberanía del Estado sobre estos recursos (Sozzo, 2022). Ejemplo de esto es el primer párrafo del art. 27 de la Constitución de México en donde se dice que:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. (...).

Posteriormente a la Conferencia de Estocolmo la postura alrededor del medio ambiente fue cambiando. Este cambio generó que muchos textos constitucionales de la época incluyeran “cláusulas ambientales”, en donde se reconocían los derechos a un ambiente equilibrado, derecho a un ambiente sano o derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No obstante, el reconocimiento de estos derechos no eliminó las cláusulas constitucionales que hacen referencia al dominio de los Estados sobre los recursos naturales de sus territorios.

Ejemplos de esto son el tercer párrafo del artículo 99 de la Constitución Política del Estado de Bolivia (2009) en donde se establece que “La riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore, es patrimonio cultural del pueblo boliviano, de acuerdo con la ley.”. Y el art. 66 de la Constitución peruana (1993) “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”.

Esto es concordante con lo desarrollado respecto al derecho ambiental en las constituciones latinoamericanas, concluyendo que es un factor común la inclusión dentro del derecho constitucional un acápite referido a la naturaleza o el ambiente, en cuanto a su explotación y uso, el cual coinciden no debe ser indiscriminado (Mila, 2020).

En el ámbito nacional el TC ha desarrollado una definición de lo que son los recursos naturales en concordancia con el ya citado art. 66 de la Constitución peruana:

(...) este Tribunal advierte que los elementos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento para el hombre son los denominados recursos naturales. Estos pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las

biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre (Exp. N.º 48-2004-AI/TC, FJ. 28).

Asimismo, en jurisprudencia más reciente y en la vieja doctrina (Figallo,1979) se ha considerado que los recursos naturales no solo incluyen a los tradicionales como los minerales, tierras, aguas o bosques, sino que también incluyen aspectos cualitativos y procesos naturales como el aire, paisaje, flora, fauna silvestre y las formaciones geológicas o geomorfológicas (Exp. N.º 00012-2019-PI/TC).

Finalmente, cabe mencionar que, si bien originalmente la protección de los recursos naturales se centró en su posible explotación y protección del medio ambiente, actualmente los recursos naturales también son una fuente de conflictos sociales. En ese orden de ideas, la gestión de los recursos naturales es uno de los retos más importantes a los que se enfrentan países en desarrollo. La explotación de recursos naturales como el petróleo, el gas, los minerales y la madera se ha citado a menudo como un factor clave en el desencadenamiento, la escalada o el mantenimiento de conflictos violentos en todo el mundo (UN-EU, 2018), siendo cada vez más importante su regulación y protección constitucional.

#### **a. Recursos naturales renovables y no renovables**

El ya citado art. 66 de la Constitución peruana hace una diferenciación entre los recursos renovables y no renovables. No obstante, la Constitución no define que implicaría que un recurso sea renovable o no lo sea. Asimismo, la legislación ambiental actual tampoco define que se entendería por recursos renovables y no renovables.

Por otro lado, el art. 28 de la Ley N.º 26821 Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (LORN) hace una distinción entre el aprovechamiento sostenible de los recursos renovables y no renovables que podría interpretarse para entender la diferencia entre estos dos tipos de recursos en la legislación peruana:

Artículo 28.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

De esta distinción puede extraerse que en la legislación peruana los recursos naturales renovables serían los recursos que tendrían capacidad de renovación, mientras que los no renovables serían aquellos que no podrían renovarse.

Esta definición sería concordante con la realizada por Naciones Unidas (1970), cuando establece que se distingue entre los recursos renovables, como aquellos que tienen la capacidad de reproducirse o regenerarse; y los recursos no renovables, entendidos como aquellos que no son capaces de reponerse en un determinado periodo de tiempo y que son, por tanto, “recursos agotables”.

La legislación nacional no hace muchas distinciones respecto a los regímenes de protección de los recursos renovables y no renovables, siendo más común un tratamiento conjunto de ambos tipos de recursos. Siendo un ejemplo de ello el art. 2 de la LORN:

La presente Ley Orgánica tiene como objetivo promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables, estableciendo un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

Una excepción al mencionado tratamiento conjunto de los recursos renovables y no renovables sería el dado respecto al Manejo de las Áreas Naturales Protegidas (ANR) y un apartado especial dado a los recursos no renovables en la Ley N.º 28611 Ley General del Ambiente.

En cuanto a las ANR, el art. 103 de su respectiva norma establece que en las ANR de uso directo si resulta posible el aprovechamiento de recursos renovables, mientras que el aprovechamiento de recursos no renovables se encuentra prohibido en toda ANR. Por su parte, el art. 96.2 de La Ley General del Ambiente regula que “El Estado promueve el empleo de las mejores tecnologías disponibles para que el aprovechamiento de los recursos no renovables sea eficiente y ambientalmente responsable.”.

## **b. Recursos naturales como patrimonio de la nación**

Como se mencionó en la introducción del sub-capítulo, los Estados se preocuparon por asegurar su dominio sobre los recursos naturales que se encontraban en su territorio. En el caso peruano, esta preocupación queda plasmada en el art. 66 de la Constitución cuando se sostiene que “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”.

Actualmente no existe desarrollo normativo sobre a qué se refiere la Constitución con “patrimonio de la nación”. Sin embargo, el TC ha analizado la mencionada disposición en diversa jurisprudencia. En el Exp. N.º 0003-2006-PI/TC, el Tribunal reconoció que:

El espectro radioeléctrico [...] Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento,



correspondiéndole a este su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del dominio.

Asimismo, en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, FJ 29, el TC sostuvo que:

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento

Estas interpretaciones implicarían que los beneficios derivados de su aprovechamiento deben alcanzar a la Nación en su conjunto, y que el Estado ejerce un dominio estatal -caracterizado como eminente- sobre dichos recursos, en virtud del cual, tiene la capacidad para legislar, administrar, controlar y planificar su aprovechamiento (Huapaya, 2012).

Por último, cabe mencionar que tanto los recursos renovables como no renovables son patrimonio de la nación. Esto en concordancia con lo regulado en el art. 4 de la LORN:

Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

## **2.4. Democratización y defensa del medio ambiente**

Como no hay democracia sin derechos, ni derechos sin democracia; se puede afirmar que existe una interdependencia entre la democracia y los derechos al medio ambiente, dado que estos solo son posibles en una democracia. Así, cuando las personas viven en una democracia contribuyen a que las políticas públicas de los Estados protejan la naturaleza; lo cual a su vez implica la salvaguarda de otros derechos sustantivos como los derechos a un ambiente sano, a la vida, la salud, entre otros. Toda vez que solo se puede gozar plenamente de los derechos humanos en un ambiente sano y, a su vez, el ejercicio de los derechos humanos es vital para la protección de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, como señala el artículo 2, numeral 22 de la Constitución peruana.

De modo que, se puede entender la democracia ambiental como el modelo político que permite implementar mecanismos institucionales para asegurar la transparencia, participación, acceso a la justicia ambiental y la protección de los defensores del medio ambiente; la misma que fortalece la democracia creando relaciones sólidas de confianza en materia ambiental entre las entidades públicas, la ciudadanía y el sector privado. La democracia ambiental, además de ser un mecanismo para la protección ambiental se constituye en una importante herramienta para paliar la corrupción, fortalecer la institucionalidad así como promover la recuperación económica (Landa, 2022, p. 34).

En ese sentido, el Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe suscrito por 24 Estados el 2018, es el primer tratado ambiental regional de América Latina y el Caribe<sup>4</sup>. Constituye un instrumento internacional de protección del ambiente con un enfoque basado en los derechos, así pues el objetivo de este acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, el acceso a la justicia en asuntos ambientales y la protección de sus defensores.

#### **a. Acceso a la información**

Por medio del acceso a la información pública en materia ambiental se asegura el presupuesto para la participación ciudadana en los actos de interés público, en los procesos de toma de decisiones de proyectos, actividades económicas, ordenamiento territorial, elaboración de políticas, normas legales, etc. Los mecanismos para hacerla efectiva deben tomar en consideración las características específicas de cada territorio, tales como las condiciones sociales, culturales, étnicas, económicas, de género; asimismo, se debe identificar a las personas y grupos más vulnerables y poblaciones directamente afectadas por los diversos proyectos.

En ese sentido, el artículo 6 del Acuerdo de Escazú reconoce la obligación de los Estados de generar y difundir la información ambiental; para lo cual deben garantizar, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local.

---

<sup>4</sup> A la fecha 15 Estados han ratificado el Acuerdo de Escazú (Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Ecuador, Granada, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay). El Perú suscribió el Acuerdo de Escazú el 2018, pero el Congreso de la República rechazó el 2022 el proyecto de Resolución Legislativa 4645/2019-PE de ratificación de dicho acuerdo.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 2, numeral 5 de la Constitución toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal establecido y con el costo que suponga el pedido. En consecuencia, es preciso destacar que el derecho fundamental de acceso a la información pública en general ya existe en el Perú, incluso se cuenta con el habeas data que es el proceso constitucional que tiene por finalidad obtener la información que sea de interés público, sin necesidad de expresión de causa; por eso, aquí se produce la vinculación del acceso a la información ambiental con los derechos fundamentales.

La promoción del acceso a la información ambiental no está limitada a la esfera pública, sino que también alcanza a la esfera privada; en particular de las empresas en materia a la información relativa a sus operaciones y los posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente. Cabe precisar que esta comprensión es conforme el principio 1 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, el cual establece la obligación de los Estados de combatir las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio por terceros incluidas las empresas (NNUU-OACDH, 2011).

Lo que la experiencia muestra en Perú es que a la fecha existe una clara dificultad para la aplicación efectiva de la legislación sobre este derecho. El acceso oportuno y completo a la información de los impactos ambientales es fundamental para garantizar los derechos de información y participación, que son muy importantes para alcanzar una justicia ambiental eficiente. La promoción de una cultura de transparencia, gobierno de datos abiertos y el fomento de información en la población es un reto en la región y puntualmente en el Perú.

## **b. Participación y consulta previa**

La normatividad peruana reconoce mecanismos como la participación ciudadana como un derecho fundamental que son acordes con el Acuerdo de Escazú, como el derecho de referéndum y el derecho a la consulta previa. Con estos mecanismos nacionales de participación ciudadana podría suplirse la falta de ratificación de dicho acuerdo.

Por su parte, el artículo 7 del Acuerdo de Escazú reconoce la participación pública en los procesos de toma de decisiones administrativas; con esto se busca asegurar el derecho de participación del público y, para ello, los Estados se comprometen a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional, que son propios de un buen gobierno (Aguilar, 2020).

En este sentido, los Estados deben garantizar mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio

ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud. De aquí se deriva el derecho de todas las personas, por ejemplo, para que puedan impugnar u observar una inversión o proyecto público y/o privado, en cualquiera de sus etapas ante las autoridades administrativas.

Si bien, el Perú no ha ratificado el Acuerdo de Escazú, la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785, reconoce el derecho a la participación administrativa de los pueblos indígenas sobre inversiones en sus territorios; en una suerte de mecanismo de democracia directa. La consulta previa de los pueblos indígenas u originarios ha sido incorporado en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el cual se establece las reglas del proceso de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, sobre medidas legislativas o administrativas, que se realiza en sus territorios de manera previa a su aprobación (MINCUL, 2015).

Una medida será consultada si al ser evaluada, puede impactar en los derechos colectivos de estos pueblos, así como su vida, existencia física, identidad cultural, y desarrollo. Además son factibles de consulta los planes, programas, proyectos de desarrollo nacional o regional que puedan afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas, como es el caso del impacto en la naturaleza, sus recursos naturales y el medio ambiente. La consulta previa es un deber del Estado y debe asegurar el cumplimiento de las normas establecidas, en base a un enfoque de interculturalidad.

### **c. Protección de los defensores ambientales**

El Acuerdo de Escazú es un tratado pionero al ser el primero en establecer disposiciones específicas sobre la protección de los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Es un instrumento en cuyo proceso de negociación se incluyó en las mesas de diálogo la presencia activa de las voces de la sociedad civil. En efecto, el artículo 9 reconoce que cada Estado Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

Para tal efecto, los Estados tomarán las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico. Por ello, cabe remarcar que los pueblos indígenas cuidan el 80% de la biodiversidad global, (CEPAL, 2022).

Si bien cada Estado tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los

derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir, se viene incrementando el número de víctimas indígenas defensores de los derechos ambientales. Así, el 63.3% de los conflictos sociales en el país son sobre asuntos socio-ambientales, de los cuales la explotación minera, hidrocarburífera y, los residuos y saneamiento representan el 91.9%. Estas actividades legales, pero sobretodo las ilegales de la minería, la tala de bosques y la caza furtiva son las fuentes de violencia contra las poblaciones indígenas directamente afectadas por estas actividades, las cuales reclaman en contra de la contaminación en sus fuentes de agua, tierras, y alteraciones a sus formas de vida (Defensoría del Pueblo, 2022).

#### **d. Tutela ambiental nacional e internacional**

El artículo 8 del Acuerdo de Escazú establece que cada parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso. Así, en el Perú, la tutela del derecho al medio ambiente es responsabilidad central del Estado, a través de sus administraciones públicas, a nivel nacional, regional y municipal; sin embargo, en vía de protección de los derechos ambientales ciudadanos existen instituciones administrativas especializadas y judiciales ordinarias, constitucionales e internacionales.

Se parte de concebir que a toda obligación del Estado le corresponde un derecho ciudadano y que a un derecho de configuración legal, constitucional o internacional le corresponde instancias de protección estatal, nacional o internacional. En el ámbito administrativo se cuenta con el Ministerio del Ambiente, que es el responsable de sector administrativo ambiental integrado por organismos públicos ejecutores como el Instituto Geofísico del Perú (IGP), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), y; por los organismos públicos especializados técnicos como: el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP), el Instituto Nacional de Investigación en Glaciares y Ecosistemas de Montaña (INAIGEM), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Servicio Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (SERNANP), y el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE).

La OEFA cumple la función de impulsar y promover el cumplimiento de las obligaciones ambientales de los agentes económicos y la mejora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, de manera articulada, efectiva y transparente, con el fin de resguardar el equilibrio entre la inversión económica y la protección ambiental y, de esta manera, a contribuir al desarrollo sostenible del país. En este sentido, la OEFA es rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y cumple una función normativa y supervisora con las entidades de fiscalización ambiental del ámbito nacional regional o local. Asimismo, cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental que es el órgano que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones hechas a resoluciones de los órganos de la OEFA.

La tutela judicial se concentra en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional donde si bien no existen juzgados o salas ambientales, sí existe jurisprudencia ambiental vinculada a procesos administrativos, civiles, penales y constitucionales, básicamente. Lo cual es importante en la medida que no solo resuelven casos concretos, sino que, en el caso de la justicia constitucional, mediante sentencias interpretativas o con precedentes vinculante con efectos *erga omnes*, ha establecido o validado disposiciones normativas ambientales nacionales y/o internacionales, por ejemplo, en materia de consulta previa y medio ambiente. Así, el Tribunal Constitucional incorporó en el caso Cordillera Escalera (Exp. N° 03343-2007-PA/TC) la noción de Constitución ecológica como aquella que postula el desarrollo sostenible, la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de forma responsable y congruente con los derechos fundamentales; así como, constitucionalizó el derecho a la consulta previa.

Asimismo, cabe destacar el rol de la justicia internacional que desarrolla la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde hace pocos años, viene protegiendo los derechos del medio ambiente, en tanto derechos humanos, en vinculación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas de la región. Así, la Corte IDH ha desarrollado su jurisprudencia ambiental en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020) y la Opinión Consultiva 23-17 sobre Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, entre otros.

## **2.5. Tutela jurisdiccional del medio ambiente y litigio estratégico**

La nota característica del derecho procesal contemporáneo es su vinculación con el derecho constitucional y específicamente con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Ciertamente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se ha convertido en la substancia que dota de sentido al derecho procesal. Con ella, se pasa a entender el proceso ya no -procedimentalmente- como una serie de actos orientados a una decisión, sino -sustantivamente- como un instrumento para la pacificación y la tutela de los derechos.

Una de las manifestaciones de esta nueva concepción es la denominada “tutela diferenciada” que implica la adecuación del proceso a los nuevos derechos -regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles- que no podrían ser protegidos adecuadamente en un proceso ordinario (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 2010, p. 851).

Visto así, la tutela diferenciada es determinante para garantizar debida protección al medio ambiente, en tanto *derecho fundamental difuso*, toda vez que los derechos difusos -a diferencia de los tradicionales derechos fundamentales individuales- son por lo general derechos de titularidad colectiva e indeterminada, que requieren de un tratamiento especial.

### **a. Tutela convencional y constitucional del medio ambiente**

Desde una perspectiva comparada, el medio ambiente encuentra protección jurídica tanto a nivel constitucional como convencional. Ahora bien, en específico, respecto al nivel convencional, habría que decir que éste ha permitido el reconocimiento de derecho medioambientales incluso en países que no cuentan con normas específicas sobre medio ambiente, ello como parte de un proceso denominado *greening* o “reverdecimiento” (de Oliveira Mazzuoli y Moreira Teixeira, 2015, p. 21).

Es más, en algunos casos, como ha sucedido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos carece de disposiciones relacionadas al medio ambiente, se ha tenido que configurar la noción de tutela medioambiental a través de otros derechos, como el derecho a la vida privada o el derecho a la vida (Calderón Gamboa, 2017, p. 106).

Ahora bien, en lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte IDH, ésta se ha ocupado de los derechos medioambientales, principalmente, a través del desarrollo los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Es así que, se ha desarrollado la importancia de los Estudios de Impacto Ambiental como *conditio sine qua non* para la realización de actividad extractiva o de investigación en zonas naturales. Por ejemplo, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, donde la Corte IDH sostuvo que:

La realización de tales estudios [estudios de impacto ambiental] constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo [En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 179]. En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (Fundamento 205).

Asimismo, en el emblemático Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, la Corte IDH ha explicado que no existe incompatibilidad entre la protección de las zonas naturales

y el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, así pues, se ha dicho que:

La Corte considera relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte estima que un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes (Fundamento 173).

Un hito importante en este desarrollo interpretativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la Opinión Consultiva OC-23/17, que reúne y desarrolla los criterios más relevantes, respecto de las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente. Así, por ejemplo, se desarrolla desde una perspectiva convencional el ya estudiado principio de precaución:

Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión.

Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños transfronterizos significativos al medio ambiente. Para el cumplimiento de esta obligación los Estados deben notificar a los Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos, de conformidad con los párrafos 181 a 210 de esta Opinión (Fundamentos 6 y 7 de las conclusiones de la Opinión Consultiva).

Finalmente, el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina, que tomando como base lo avanzado en la



propia Opinión Consultiva OC 23/17, desarrolla el contenido del derecho a un medio ambiente sano:

La Corte ya se ha referido al contenido y alcance de este derecho, considerando diversas normas relevantes, en su Opinión Consultiva OC-23/17, por lo que se remite a dicho pronunciamiento. Afirmó en esa oportunidad que el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales (Fundamento 203).

Sin perjuicio de lo anterior, encontramos en la jurisprudencia de la Corte IDH, también, pronunciamientos sobre acceso a la información en materia ambiental (v. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile), protección a los defensores ambientales (v. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras), etc. (Calderón Gamboa, 2017).

Ahora bien, en el caso peruano, recordemos que, como se desprende del artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano forman parte del derecho nacional y tienen rango constitucional. Lo cual implica que el criterio jurisdiccional de la Corte IDH tienen alcance constitucional y debe concordarse, además, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

En ese sentido, como se analiza en el siguiente apartado, la jurisprudencia constitucional peruana ha desarrollado importantes criterios sobre la protección jurídica del medio ambiente.

### **b. Tutela del medio ambiente como derecho difuso**

En el ordenamiento procesal peruano no se cuenta, al menos si nos referimos a las normas reguladas expresamente, con un diseño procesal especial que permita la adecuada protección del derecho difuso al medio ambiente.

Sobre el particular, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General de Ambiente establece que: “Pueden promover o intervenir en este proceso. Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos

naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos. Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

Sin embargo, el Código Procesal Civil restringe la legitimidad para la defensa de intereses difusos a ciertas personas, entre las cuales están las Comunidades Campesinas y Nativas: “(...) Pueden promover o intervenir en este proceso el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello” (artículo 82).

Respecto al proceso constitucional, la defensa de derechos difusos solo ha sido reconocida expresamente para el caso del proceso de cumplimiento, en el artículo 67 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Lo cual es un franco retroceso, considerando que el anterior Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) reconocía, en su artículo 40, una legitimidad abierta para demandar la protección del derecho al medio ambiente y otros derechos difusos: “(...) Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos (...)”.

A pesar de lo anterior, es importante recordar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba, también, el derecho a una técnica procesal idónea (Marinoni, 2008), en virtud del cual el Estado peruano está obligado a poner a disposición de los ciudadanos, medios procesales adecuados para la protección del medio ambiente.

En este caso, un diseño adecuado deberá dar amplia posibilidad a los ciudadanos de participar en la defensa de sus derechos, sin perjuicio de resguardar el principio de representatividad adecuada, que implica que, quienes actúen en el proceso sean aquellos que puedan representar debidamente el interés de los afectados. Sobre esto último, somos de la idea que es especialmente importante que el diseño procesal cuente con canales de participación ciudadana, para legitimar decisiones importantes de parte de los órganos de justicia.

Así pues, ante la ausencia de legislación procesal nacional, la jurisprudencia puede ser un instrumento importante para desarrollar nuevos mecanismos procesales de tutela, tal como se intentó en la Sentencia del Expediente N° 00688-2020-PHC/TC, en que el Tribunal Constitucional enumeró ciertos estándares para un proceso de *habeas corpus* colectivo.

### **c. Litigio estratégico y medio ambiente**

Debemos llamar la atención de la importancia que ha tenido para el desarrollo y protección del derecho al medio ambiente el litigio estratégico. En efecto, se ha dicho que las decisiones judiciales adoptadas en el marco del litigio climático han reforzado la efectividad del derecho internacional del cambio climático al establecer un nexo entre los compromisos internacionales y el derecho interno, lo que puede generar la vinculatoriedad de las acciones de mitigación y adaptación establecidas por los Estados en sus contribuciones nacionalmente determinadas, y en ese sentido, impulsar que los gobiernos cumplan sus obligaciones internacionales y garantizar el cumplimiento de las metas y objetivos establecidos en tratados internacionales (Guzmán Jimenes, Madrigal Pérez y Quevedo Niño, 2020, p. 644).

En ese sentido debe entenderse la judicialización de los conflictos medioambientales también como una forma en que los ciudadanos participan, no solo para hacer valer sus derechos, sino para impulsar políticas de Estado sobre la defensa del medioambiente, que trascienden a nivel nacional. Con lo cual, es clara la importancia del derecho a la tutela jurisdiccional en materia ambiental para conseguir cambios estructurales en la sociedad.

### **3. CONCLUSIONES**

La defensa del medio ambiente y sus recursos naturales requiere de un proceso de democratización; que permita a la ciudadanía el acceso a la información ambiental, la participación y la consulta previa de los pueblos indígenas, quiénes son los mejores defensores ambientales. Ello demanda que la tutela ambiental requiera de una protección nacional e internacional especializada; por eso se viene desarrollando una tutela jurisdiccional para el medio ambiente a través de litigio estratégico, en una suerte de convergencia convencional y constitucional para la tutela del medio ambiente, que en tanto derecho difuso demanda de una estrategia de litigio nacional e internacional.

### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV. (1996). Guía del Convenio sobre Diversidad Biológica. En *Environmental Policy and Law. Paper 30*. UICN – Unión Internacional para la Naturaleza. En [https://www.google.de/books/edition/Gu%C3%ADa\\_del\\_Convenio\\_sobre\\_la\\_Diversidad\\_B/kZE4MrjN4cC?hl=es&gbpv=1&dq=biodiversidad+en+la+constituci%C3%B3n+de+1993+peru.+foy&printsec=frontcover](https://www.google.de/books/edition/Gu%C3%ADa_del_Convenio_sobre_la_Diversidad_B/kZE4MrjN4cC?hl=es&gbpv=1&dq=biodiversidad+en+la+constituci%C3%B3n+de+1993+peru.+foy&printsec=frontcover).
- ACCIONA. (2023). ¿Qué es el desarrollo sostenible?. En [https://www.accion.com/es/ desarrollo-sostenible/?\\_adin=02021864894](https://www.accion.com/es/ desarrollo-sostenible/?_adin=02021864894).
- Acuerdo Nacional (2019). Visión del Perú al 2050. En <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3171122/VISION%20PERU%20AL%202050.pdf?v=1654114393>.

- Aguilar, G. (2020). El contenido los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Ius et Praxis* vol. 26. Talca. Ver [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122020000200078&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122020000200078&script=sci_arttext).
- Ambrosio, Marina (2023). Ciudades y medio ambiente. En [https://unhabitat.org/sites/default/files/2019/12/strategic\\_plan\\_esp\\_web.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/2019/12/strategic_plan_esp_web.pdf).
- Autoridad Nacional del Agua (2021). *Marco metodológico de criterios técnicos para la identificación, delimitación y zonificación de cabeceras de cuenca*. Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego.
- Basterra (S.f.). Legitimidad democrática y Estado constitucional de derecho.
- Bradbrook, A. (2005). Access to Energy Services in a Human Rights Framework. *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 2, pp. 389-415.
- Calderón Gamboa, J. (2017). Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora.
- Comisión de ICC sobre Medio Ambiente y Energía y la Comisión de ICC sobre Fiscalidad (2021). Principios ICC para la fijación del precio del carbono. Movilizando los mercados para la transición a las cero emisiones netas. Disponible en: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2022/03/icc-principios-fijacion-precio-del-carbono-es.pdf>
- Comisión Económica para América Latina - CEPAL. (2022). Contribuciones del Público para el Índice Temático del Plan de Acción sobre personas defensoras ambientales del Acuerdo de Escazú. En [https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2022/11/Indice-Tematico-Plan-de-Accion-sobre-Defensores\\_espaanol.docx-1.pdf](https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2022/11/Indice-Tematico-Plan-de-Accion-sobre-Defensores_espaanol.docx-1.pdf).
- De Oliveira Mazzuoli, V. y de Faria Moreira Teixeira, G. (2015). La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*.
- Defensoría del Pueblo. (2022). Reporte de conflictos sociales N° 226. En <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/01/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-n.%C2%B0-226-diciembre-2022.pdf>.
- Delgado, D. (2021). *Balance de la moratoria a los organismos vivos modificados en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. En [https://spda.org.pe/?wpfb\\_dl=4613](https://spda.org.pe/?wpfb_dl=4613).
- Díaz, J. C. (2019). Constitutionally Protected Content of the Fundamental Right to Drinking Water and the State's Positive Obligations in Guaranteeing It. En Landa, C (Ed.), *Challenges of Human Rights in Latin America*. Cambridge Scholars Publishing.
- European Space Agency – ESA (2022). ESA'S anual space environment report. En [https://www.sdo.esoc.esa.int/environment\\_report/Space\\_Environment\\_Report\\_latest.pdf](https://www.sdo.esoc.esa.int/environment_report/Space_Environment_Report_latest.pdf).

- Guzmán Jimenes, L., Madrigal Pérez M., y Quevedo Niño D. (2020). *Litigio estratégico y justicia climática. Una mirada a la realidad de los estados y las decisiones judiciales en el mundo*. XXI Jornadas de derecho constitucional. Constitucionalismo en transformación prospectiva 2030. Bogotá: Externado.
- Huapaya Tapia, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 327-339. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>
- IEA. (2020). *Defining energy Access: 2020 methodology* (13 de octubre de 2020). <https://www.iea.org/articles/defining-energy-access-2020-methodology>
- IEA. (2021). *Global Energy Review 2021 (s/f)*. <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2021/renewables>
- INABIO (s/f). Metas Aichi para la Biodiversidad Biológica. En <http://inabio.biodiversidad.gob.ec/metas-aichi/>.
- INEI. (2019). *Acceso a los servicios básicos en el Perú, 2013-2019*. INEI.
- Laldjebaev et al. (2016). Energy security, poverty, and sovereignty: Complex interlinkages and compelling implications. En Guruswamy, L. *International Energy and Poverty: The Emerging Contours*. Routledge.
- Landa, C. (2018). Descentralización y jurisprudencia constitucional. En *Revista peruana de derecho constitucional*, N.º, pp. 41-54
- Landa, C. (2022). “La protección ambiental en América Latina: El Acuerdo de Escazú”. En *The protection of the environmental and constitutional law*. Vol. 15. Rainer Arnol (ed.). University of Regensburg.
- Landa, C. (2022). Principios de la Constitución Ambiental. En Cèsar Landa (Comp.) *Los DESCA+ en el Perú*, Palestra
- Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.
- Mila, F. (2020). El Constitucionalismo Ambiental en Ecuador. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 97, Sección “Artículos doctrinales”.
- MINAM (2023) <https://www.gob.pe/institucion/minam/noticias/690641-esto-debes-saber-sobre-los-bonos-de-carbono-en-nuestro-pais>
- Ministerio de Cultura – MINCUL. (2015). Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios. En [https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/\\_\\_\\_\\_\\_rb/pdf/Consulta%20previa%20orientaciones%20para%20la%20participaci%C3%B3n%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20u%20originarios.pdf](https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/_____rb/pdf/Consulta%20previa%20orientaciones%20para%20la%20participaci%C3%B3n%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20u%20originarios.pdf).

- Ministerio para la Transición Ecológica y el reto Demográfico – MPTEyRD. (2023). “Atmósfera y calidad del aire”. En <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/atmosfera-y-calidad-del-aire/>.
- Monroy Gálvez, J. y Monroy Palacios, J. (2010). La formación del proceso civil peruano. Lima: Communitas.
- Naciones Unidas – Acción por el Clima. (2023). Causas y efectos del cambio climático. En <https://www.un.org/es/climatechange/science/causes-effects-climate-change>.
- Naciones Unidas – NNUU (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. En <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.
- Naciones Unidas – NNUU (2023). Paz, dignidad e igualdad en un planeta sano. En <https://www.un.org/es/global-issues/climate-change>.
- Naciones Unidas – NNUU. (1992). Convenio Sobre la Diversidad Biológica. En <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.
- Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2011). Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos. En [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf).
- Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior – UNOOSA. (2015). IADC Space Debris Mitigation Guidelines. En [https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/sd/IADC-2002-01-IADC-Space\\_Debris-Guidelines-Revision1.pdf](https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/sd/IADC-2002-01-IADC-Space_Debris-Guidelines-Revision1.pdf).
- OLADE. (2019). *Panorama Energético de América Latina y el Caribe*. OLADE.
- ONU Hábitat (2018). El plan estratégico 2020-2023. En [https://unhabitat.org/sites/default/files/2019/12/strategic\\_plan\\_esp\\_web.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/2019/12/strategic_plan_esp_web.pdf).
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (s/f). *Gestión de cuencas hidrográficas*. <https://www.fao.org/sustainable-forest-management/toolbox/modules-alternative/watershed-management/basic-knowledge/es/>
- Organización de las Naciones Unidas. (12 de agosto de 2012). *Secretary-General launches new initiative to protect world's oceans*. <https://news.un.org/en/story/2012/08/417442>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Accelerating SDG 7 Achievement Policy Brief 08*. United Nations.
- Organización de las Naciones Unidas. (2022). *The Sustainable Development Goals Report 2022*. United Nations.
- Organización de las Naciones Unidas. (3 de diciembre de 2016). *Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>
- OXFAM. (2021). Climate change and inequality. En <https://www.oxfamamerica.org/explore/issues/climate-action/climate-change-and-inequality/>.

- Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático - IPCC. (2023). Cambio Climático 2023. Informe de síntesis AR6-. En [https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf).
- PNUMA (2022). Decisión adoptada por la conferencia de las partes en el convenio sobre la diversidad biológica. Montreal (Canadá), 7 al 19 de diciembre de 2022. En <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-02-es.pdf>.
- Rehn, E. y Johnson, E. (2002). *Women, War and Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-building*. UNIFEM.
- Salmón, E. (2012). El derecho humano al agua y los aportes del sistema Interamericano de derechos humanos. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N. 16, p. 245-268.
- Science (2023). Protect Earth's orbit: Avoid high seas mistakes. En <https://www.science.org/doi/10.1126/science.adg8989>.
- Sozzo, G. (2022). La naturaleza como objeto constitucional: O ¿cómo constitucionalizar la relación con la Naturaleza según América del Sur? *Estudios constitucionales*, Vol. 20 No. Especial.
- UN-DP. (2018). *Meeting challenges, measuring progress: the benefits of sustainable energy access in Latin America and the Caribbean*. IDB Monograph.
- UN-Energy. (2022). *UN-Energy Plan of Action*. United Nations.
- UN-EU. (2018). *Kit de Herramientas y Orientación para la Prevención y la Gestión de Conflictos de Tierras y Recursos Naturales*. Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de las Naciones Unidas.
- United Nations – Climate Change (2022). “La COP27 llega a un acuerdo decisivo sobre un nuevo fondo de “pérdidas y daños” para los países vulnerables”. En <https://unfccc.int/es/news/la-cop27-llega-a-un-acuerdo-decisivo-sobre-un-nuevo-fondo-de-perdidas-y-danos-para-los-paises>.
- United Nations – Office for Outer Space Affairs-OOSA. (2023). Compendio de normas de mitigación de desechos espaciales adoptadas por Estados y organizaciones internacionales. En <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/topics/space-debris/compendium.html>
- WWF (2021). *Agua Dulce*. [https://www.wwf.org.pe/nuestro\\_trabajo/agua\\_dulce/](https://www.wwf.org.pe/nuestro_trabajo/agua_dulce/)





## **Prácticas Institucionales de Garantía de los Derechos de los Adultos Mayores, a Partir del Desarrollo de Línea Jurisprudencial**

---



### **Karem Lorena Gallardo Sejas - Bolivia**

Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Licenciada en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Mayor de San Simón, Especialista en Argumentación Jurídica. Tiene Maestrías en Derecho Ambiental, en Derecho Comercial, y en Sistema de Justicia Penal. Se encuentra en fase de elaboración de sus Tesis en el Doctorado en Derecho por la Universidad de Lleida.
- Ha desempeñado funciones en el Poder Judicial, hoy Órgano Judicial, como Vocal de Sala Penal Primera Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, Asesora de Presidencia del Consejo de la Judicatura, Jueza de Instrucción Sexto en Lo Civil de Cochabamba, Jueza Segundo de Instrucción Mixto de Villa Tunari, entre otras instituciones público-privadas.
- Docente del Curso de Formación en el Instituto de la Judicatura, ahora Escuela de Jueces del Estado, y de las Universidades NUR y UPB. Autora de aportes literarios que convergen a la protección de derechos de las mujeres y sectores en condición de vulnerabilidad como: “Acoso y Violencia Política Contra Mujeres en Bolivia: Aportes de la Jurisprudencia Constitucional”, “Aplicación del Enfoque Interseccional en la Impartición de Justicia Constitucional” y “Jurisprudencia Relevante sobre la Protección de Derechos y Garantías de Grupos en Situación de Vulnerabilidad”.
- Actualmente, es Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional; desde la gestión 2020, es la Presidenta del Comité de Género del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

“Corrientes Transformadoras  
en la **Justicia Constitucional**”



Entrega de Certificado a la Expositora Karem Lorena Gallardo Sejas, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# **Prácticas Institucionales de Garantía de los Derechos de los Adultos Mayores, a Partir del Desarrollo de Línea Jurisprudencial**

---

*Karem Lorena Gallardo Sejas*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Partiendo del reto de este Congreso que converge en debatir, conocer y desarrollar las nuevas corrientes transformadoras en la justicia constitucional, comparto una temática que es necesaria en la inclusión de la tarea de proyectar las expresiones jurídicas de equidad e igualdad desde el constitucionalismo de género y generacional, pues es una verdad innegable la persistencia de la negligencia y violencia estructural que aún sufren los grupos vulnerables: mujeres; niñas, niñas y adolescentes; adultos mayores; personas con discapacidad; e indígenas, que genera a su vez su invisibilización como personas de atención y protección prioritarias, lo que se traduce lamentablemente en falta de cuidado y corresponsabilidad social tanto del Estado como de forma integral de la sociedad hacia dichos sectores con la consiguiente lesión de sus derechos fundamentales y que en muchos casos ha resultado a su vez en una discriminación y violencia por inacción.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

Es a partir de dicha evidenciada situación, que la administración e impartición de justicia requiere aplicar el enfoque interseccional como una herramienta útil para analizar casos en los que, a su vez, el enfoque de género y generacional es esencial para resolver situaciones concretas en las que se requiere identificar y analizar los múltiples factores de discriminación que se entrecruzan y que influyen en el ejercicio y goce de los derechos de las personas.

Así, en Bolivia, en lo que hace a la visibilización de las personas adultas mayores, como grupo vulnerable, la Constitución Política del Estado instituye un Título específico que reconoce los Derechos de las Personas Adultas Mayores, denotando la preeminencia de sus derechos a una vejez digna, con calidad y calidez humana. Precepto constitucional que en coherencia con el mandato establecido por el art. 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que estatuye que los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, entre otros; ha generado la aplicación de precedentes constitucionales que buscan garantizar la materialización de esos derechos a partir de acciones institucionales, estrategias y herramientas que permitan un cuidado efectivo y responsable de los adultos mayores quienes cuentan

con tutela reforzada constitucional, cuidado que debe traducirse en la formulación de políticas públicas (generales) pero también a momento de tomar decisiones particulares que afecten a dicho grupo social.

A partir de ese enfoque, es evidente la obligación inherente al Estado de generar, gestionar y aplicar políticas públicas en todas las áreas que sean necesarias, a objeto de resguardar y garantizar el real ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores, pero ello requiere a su vez una corresponsabilidad social de las distintas instancias, instituciones y entidades tanto públicas como privadas que en la práctica y aplicación diaria de dichas políticas, materialicen esos derechos en cada situación fáctica que sea de su conocimiento, cristalizando la transformación de concepciones abstractas a concreción de ejercicio pleno de derechos fundamentales y garantías constitucionales

En ese sentido, resulta pertinente exponer los principales casos resueltos en esta línea por la Sala Tercera del Tribunal Constitucional Plurinacional, y mostrar la aplicación de corrientes transformadoras desde la práctica institucional del tribunal a partir de la identificación de los elementos fácticos, jurídicos y de interseccionalidad que llevaron a asumir la *ratio decidendi* dentro los mismos:

### SCP 1219/2019-S1 de 11 de diciembre

La acción institucional eficaz y eficiente requiere la asistencia de un equipo multidisciplinario, cuando así corresponda y la intermediación con la víctima, a objeto de garantizar su integridad física y emocional, otorgando el derecho asistencial que es parte de la obligación del Estado en materia de protección a la mujer y su calidad de adulta mayor, contexto que además involucra el derecho a la dignidad.

**Caso fáctico:** En este caso la peticionante de tutela, denunciaba que fue trasladada sin su consentimiento por dos servidores públicos de la Oficina del Adulto Mayor a la casa de reposo “La Mansión”, sin autorización judicial; siendo obligada por la fuerza y contra su voluntad a permanecer en el establecimiento señalado y además, se restringe el ingreso de toda persona que intenta visitarla, especialmente familiares, encontrándose incomunicada por el tiempo de cuatro meses y veinticuatro días, pese a lo estipulado por el art. 28 de la Ley 348.

**Desarrollo de línea:** Resolviendo la situación fáctica, el citado fallo desarrolló los derechos de la mujer y el objeto y finalidad de las medidas de protección establecidas en La Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, ello a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994 (Convención Belém Do Pará), ratificada por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de agosto de igual año, haciendo especial incidencia en las medidas de protección que deben adoptarse respecto a una posible o advertida violencia hacia la mujer, **que converge en esencia a una actuación institucional diligente y de oficio**

**ante estas situaciones de vulnerabilidad**, concluyendo que: “...toda autoridad Fiscal o judicial, que esté en conocimiento de una situación de violencia contra la mujer, está facultada -si no impelida- a disponer medidas de protección con el objeto de interrumpir o impedir un hecho de violencia contra la mujer y en caso de que este ya se hubiese consumado, dichas medidas tienen por objeto garantizar se realice la investigación y el procesamiento correspondiente, debiendo recalcar que las medidas de protección son de aplicación inmediata pues su imposición garantiza y salvaguarda por sobre todo la vida, integridad física y psicológica de la mujer en situación de violencia”.

(...) la Ley Orgánica del Ministerio Público, estipulan como atribución del Fiscal, relacionada con la víctima y las medidas de protección, a requerirlas con dos finalidades: el interrumpir e impedir un hecho de violencia contra la víctima precautelando además su derecho a la vida con atención médica y psicológica de urgencia, evitar su revictimización; y, que se ponga en peligro su integridad física y psicológica.

**Asimismo la sentencia constitucional en análisis, hizo especial énfasis en la actuación negligente asumida por la autoridad jurisdiccional que conocía del caso, señalando:**

(...) dicha autoridad no cumplió con el control de la investigación previsto en el art. 72 de la Ley 348, mismo que le facultaba además a emitir las resoluciones jurisdiccionales y de protección que correspondan durante la etapa preparatoria, actuación que correspondía ser asumida por la Jueza demandada, pues la norma prevista por el art. 86 de la citada Ley, establece los principios procesales que rigen la actuación de las juezas y jueces en todas las materias, fiscales, policías y demás operadores de justicia, en las causas por hechos de violencia contra la mujer y que se configuran en garantías procesales de aplicación y cumplimiento obligatorio, estando impelida a cumplir los mismos, entre los cuales, se determina el principio de protección, bajo el cual “Las juezas y jueces inmediatamente conocida la causa, dictarán medidas de protección para salvaguardar la vida, integridad física, psicológica, sexual, los derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia”; es decir, **el reproche constitucional que se realiza a la autoridad judicial demandada, no es el de pronunciarse sobre las medidas de protección asumidas por el Ministerio Público y ejecutadas por los codemandados, pues ello, conforme se explicó ampliamente respondió a la situación fáctica primigenia de urgencia y necesidad de ese momento a objeto de precautelar los derechos de la impetrante de tutela, sino que lo que se cuestiona a la Jueza demandada es el hecho de que al ser de su conocimiento dos solicitudes que denotaban la voluntad de la presunta víctima de retornar a su domicilio, si bien las mismas no fueron presentadas directamente por la adulta mayor, obligaba a la autoridad**

**judicial, cumplir con su rol de garantizar condiciones de dignidad y bienestar de la prenombrada; más aún, sabiendo que se trataba de una mujer, presunta víctima de violencia intrafamiliar, situación de abandono y además adulta mayor (ochenta y dos años en ese momento).**

*En ese orden la autoridad judicial demandada, debió actuar cumpliendo su rol de protección a la mujer, inherente a sus funciones de Juzgado especializado, ejerciendo efectiva y eficazmente el control jurisdiccional que correspondía a la situación particular por la connotación fáctica (voluntariedad y garantía de protección y bienestar) que conllevaba incluso el verificar la situación real de la ahora peticionante de tutela, **haciendo uso para ello de la asistencia del equipo multidisciplinario correspondiente y la inmediatez con la víctima y en función a ello asumir las decisiones correspondientes a fin de garantizar su integridad física y emocional, otorgando el derecho asistencial que es parte de la obligación del Estado en materia de protección a la mujer y que tiene como uno de sus elementos coadyuvantes y ejecutores para cumplir con dicha obligación a las autoridades judiciales que conocen los casos relacionados con violencia a la mujer, materializando además de esa forma el derecho a vivir bien en términos efectivos de una vida digna, sin ninguna forma de violencia ni discriminación conforme se desarrolló precedentemente**”.*

En este caso resulta necesario añadir que, la confluencia de distintos factores de discriminación presentes en la entonces accionante, que la situaban en una situación de mayor vulnerabilidad (mujer adulta mayor, víctima de violencia) **y que hacían necesario un análisis interseccional de su situación por la autoridad judicial demandada, se suma la obligación del Estado de actuar en el marco de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, ratificada por Bolivia a través de la Ley 872 de 21 de diciembre de 2016 y que es parte del enfoque de género y generacional.**

Así, dicho instrumento internacional, en el art. 7 reconoce a las personas mayores, el derecho a la independencia y a la autonomía, que implica el derecho de tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos; dicha autonomía, implica que tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

### SCP 1273/2022-S3 de 27 de septiembre

Las personas adultas mayores requieren una protección reforzada que garantice su derecho a la seguridad social, a la vida digna y a la salud, prescindiendo incluso del principio de subsidiariedad a objeto de la tutela de sus derechos, a partir de la restitución provisional de su seguro médico y la obligatoria intervención de APS y ASUSS, como instancias del Estado que están obligadas a garantizar el acceso al ente gestor de salud de las jubiladas, accionantes.

**Caso fáctico:** Las accionantes denunciaron que tras haber prestado servicios como médicas y enfermeras por varios años en COSSMIL, -que aclaro es una corporación de seguro social de los miembros de las fuerzas armadas de Bolivia-, pasaron a jubilarse habiéndose asignado a dicha institución como su ente gestor de salud, en mérito a la normativa inherente a pensiones y seguros, por lo que a través de las Administradoras de Fondo de Pensiones por las cuales se les paga su pensión de vejez, se efectúa la retención por concepto de seguro de salud que es derivada a su vez a COSSMIL; sin embargo de ello, al apersonarse a esa Caja de salud para optar por una consulta médica, fueron informadas que las dieron de baja y pese a haber formulado notas durante varios meses, al Gerente General y al Gerente de salud, demandados en la acción de defensa, pidiendo su afiliación y entrega de sus carnets de aseguradas, éstas no fueron atendidas; situación que ocasionó que no cuenten con un seguro médico por más de nueve meses, con la consiguiente afectación directa a sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social.

**Desarrollo de línea:** Ante la problemática expuesta, el fallo constitucional que les refiero, parte de los entendimientos asumidos por la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de las personas adultas mayores como grupo vulnerable, en vinculación a la protección de su derecho a la **calidad de vida -salud- y el alcance de dicho reconocimiento y protección**, no como un mero reconocimiento en abstracto, sino precisamente materializado en acciones reales de cuidado y responsabilidad social de este grupo vulnerable ubicado en una situación de desventaja frente al resto de la población, considerando que la edad provoca en los adultos mayores una serie de limitaciones físicas, psicológicas, y económicas, de donde su resguardo tiene como objeto otorgarles una mejor calidad de vida.

Precisamente a partir de este elemento esencial de materialización de la calidad de vida, el fallo constitucional de referencia, prescindió de la subsidiariedad que rige a la acción de amparo constitucional, dando preeminencia a los derechos de la parte accionante, que en el caso tenía un doble criterio de vulnerabilidad al ser mujeres y adultas mayores, ingresando al análisis del problema jurídico expuesto, señalando:



*“De allí emerge el hecho incontrovertible que las accionantes no tienen cobertura de salud y que esta, aún es incierta, debido a que habiéndose calificado su condición de jubiladas como una situación especial que debe tratarse por la Comisión de Afiliaciones de COSSMIL, para que a través de una resolución administrativa se acepte o rechace su afiliación en esa Corporación, en su condición de adultas mayores, ello constituye una restricción a su derecho a la salud, que incide sobre su calidad de vida y restringe su acceso a la seguridad social; no habiéndose justificado de forma alguna por los accionados, con base en qué atribución reglada o norma legal, COSSMIL puede decidir sobre la aplicación o inobservancia de lo dispuesto por los arts. 60.II de la LP y 34 del DS 0822, que son taxativos en indicar que la afiliación será en el último ente gestor de salud donde la trabajadora o el trabajador aportó durante su vida laboral activa; máxime, si en el presente caso existe un hecho y verdad material configurado en las boletas de pago de la pensión por jubilación de las impetrantes de tutela por la AFP Futuro de Bolivia S.A. y BBVA Previsión S.A., en las que se consigna la retención del 3 al 5 % por seguro de salud a COSSMIL, circunstancia que fue de conocimiento de la referida entidad (Conclusiones II.1 a II.5).*

*A partir del referido contexto fáctico, amerita conceder la tutela provisional a favor de las peticionantes de tutela, ordenando la restitución de la cobertura de salud a su favor por COSSMIL, habida cuenta que su pensión por jubilación sigue siendo objeto de retención para dicho propósito, como se tiene advertido y evidenciado ut supra, entretanto la Comisión de Afiliaciones de esa Corporación se pronuncie sobre su afiliación o el rechazo de esta en todas sus instancias administrativas; disponiéndose de igual forma, que tanto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), así como la Autoridad de Supervisión de la Seguridad Social de Corto Plazo (ASUSS), realicen el seguimiento a este trámite, y en su caso, brinden la información y asesoramiento para que las accionantes, tengan acceso a un seguro de salud, a cuyo fin, las nombradas deberán apersonarse ante dichas Autoridades de Supervisión...”*

Pero además, asumiendo la justicia constitucional un rol previsor en unos casos y material en otros, sobre el cuidado y responsabilidad social inherente al Estado y a las instituciones responsables de los derechos esenciales a la salud y seguridad social, aplicando en la situación fáctica el principio de verdad material, determinó en su parte resolutive, que además de la tutela provisional que la Gerencia General y la Gerencia de Seguros de COSSMIL, activen de forma inmediata la atención médica en favor de las adultas mayores accionantes, entre tanto se emita una resolución administrativa que cuente con calidad de cosa juzgada y determine lo que en derecho corresponda, y que se notifique con la sentencia constitucional plurinacional, a la Autoridad de Fiscalización y Control



de Pensiones y Seguros y a la Autoridad de Supervisión de la Seguridad Social de Corto Plazo, para que en mérito a lo expuesto en el fallo constitucional, en el marco de sus atribuciones, pueda brindar información y acompañamiento a las accionantes, dentro del proceso de solicitud de afiliación y emisión del carné de aseguradas ante COSSMIL; y en su caso, se ordene la afiliación de las mismas, al ente gestor de salud que corresponda, para garantizar su acceso a un seguro de salud; asimismo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y la Autoridad de Supervisión de la Seguridad Social de Corto Plazo, puedan cumplir con la recomendación efectuada en la parte pertinente del caso concreto para el seguimiento -y asumir medidas efectivas según corresponda- de situaciones recurrentes inherentes al seguro de salud por jubilación por parte del citado ente asegurador de salud, al advertirse que en efecto existían situaciones similares en otras acciones de defensa, que evidenciaban esa situación recurrente de omisión/ inacción sobre el cuidado y responsabilidad social de este grupo vulnerable.

### **SCP 0989/2021-S3 de 30 de noviembre**

#### **Necesaria aplicación de enfoque interseccional ante la desvinculación laboral de una persona en situación de vulnerabilidad -adulto mayor- con enfermedad degenerativa dado que ello lesiona y restringe el ejercicio de los derechos a la vida, salud y seguridad social**

**Caso fáctico:** El peticionante de tutela denuncia que las autoridades accionadas determinaron su retiro de manera ilegal, quedando sin atención médica pese a su estado delicado de salud, discapacidad y ser adulto mayor; bajo el argumento de que habría incurrido en abandono de funciones, sin justificación alguna, pese a que trabajó con ítem por más de treinta años como Médico Pediatra y se extendieron a su favor bajas médicas ante el evidente deterioro de su salud al contar con una enfermedad degenerativa como deterioro cognitivo, parkinson y demencia que padece desde 2018, habiendo inclusive pedido a la Administración del referido Hospital proceda a regularizar su situación laboral, lo cual fue imposible al haberse sistemáticamente suspendido las reuniones de la Comisión Regional de Prestaciones de la CNS para resolver su incapacidad permanente que permita tramitar su jubilación por la referida incapacidad, prueba de ello es que recibió regularmente sus salarios dada su baja médica completamente legal y justificada hasta junio de 2020.

**Desarrollo de línea:** A partir de dicho objeto procesal que motivó la interposición de la acción de defensa, en aplicación de un enfoque interseccional a la situación fáctica, la Sala Tercera resolvió conceder la tutela solicitada, bajo la siguiente *ratio desidendi*:

*“ ...se tiene que las referidas autoridades accionadas, al disponer el retiro del accionante asumieron una determinación totalmente ilegal, arbitraria y lesiva a sus derechos, al no haber realizado una ponderación adecuada de la situación de salud que lo hubiera inicialmente llevado a que obtenga constantes certificados de incapacidad temporal por enfermedad, se emitió a su favor la Referencia Social Cite: 140/2019 de 10 de julio, suscrita por la Trabajadora Social del PAISE de la CNS, mediante la cual se hizo constar como referencia la ampliación de prestaciones médicas en trámite, señalando como antecedentes que el asegurado ahora impetrante de tutela realizaría tratamiento en especialidad de neurología del PAISE Irala de la CNS, (...); trámite que se habría iniciado y seguiría su curso hasta que la Comisión Regional de Prestaciones se pronuncie y autorice las Bajas Médicas, pidiendo consideración al trabajador hasta la culminación del trámite (...)*

*(...) se evidencia que la decisión de retiro no sólo coartó el derecho del peticionante de tutela de poder continuar con una fuente laboral que le implique un ingreso económico, sino que la grave connotación concurre al haberle privado de la relación laboral (...), limitando de esa manera su derecho de poder acceder al seguro social a corto plazo para que pueda ser atendido de la dolencia que padece; es decir, acceder a una atención médica oportuna y que le brinde la protección de su vida y salud como ser humano dadas las condiciones del accionante, derechos fundamentales primigenios que no pueden ser negados ante temas administrativos derivados en la presentación de las bajas médicas, cuando debió anteponerse primero la vida y la salud del impetrante de tutela, vulnerándose groseramente esos derechos, cuando al tratarse de una situación especial al haber sido diagnosticado (...) con deterioro cognitivo que avanzó de forma progresiva desorientando en tiempo, espacio y realidad; y que meses después evolucionó con cuadro de parkinson (2019), (...), no podían de manera alguna, privársele de atención médica continua y especializada, siendo evidente que al tratarse de una persona que -conforme al cuadro degenerativo certificado- tenderá a agravar su situación de salud con el transcurso del tiempo sin que éste pueda mejorar, empero podrá paliar de alguna manera a través de la atención médica su condición, en ese sentido no correspondía -de acuerdo al principio de la verdad material- anteponer temas administrativos para determinar su situación laboral, soslayando que con ello se estaría poniendo en riesgo la vida y salud como ya se manifestó anteriormente...”*

**SCP 1151/2022-S3 de 5 de septiembre**

**Grupos en situación de vulnerabilidad como en el caso de personas adultas mayores, merecen atención prioritaria ante medidas de hechos que ponen en riesgo su vida. Aplicación del principio *favor debilis***

**Caso fáctico:** Los accionantes denuncian que sus vidas están en peligro, ya que en su condición de adultos mayores, son constantemente amenazados por los particulares accionados, quienes agredieron a la accionante como a su hijo, que ameritaron que el médico forense disponga cuatro días de impedimento de la accionante, razones por las que temen que los referidos particulares accionados cumplan sus amenazas de agredirlos nuevamente y retirarlos de su vivienda, apoyados con un “grupo” de antisociales.

**Desarrollo de línea:** Identificando la situación de desventaja de los accionantes adultos mayores y en aplicación del principio *favor debilis*, el referido fallo razonó que:

*“... los hoy peticionantes de tutela, ambos adultos mayores, se encuentran en una situación de desventaja respecto a quien fuera la persona que agredió a la prenombrada, situándose dentro de los presupuestos de aplicación del principio favor debilis, ya que inclusive se ven obligados -según indicó el accionante en audiencia- a verificar constantemente si la puerta de ingreso a su domicilio se encuentra asegurada a fin de que no se repitan las agresiones en su contra. Circunstancia de vulnerabilidad que se acentúa tanto por su adultez, como por el hecho incontrastable de que la ahora accionante en efecto fue víctima de violencia, e independientemente de quién haya sido la persona autora de dichas lesiones, las agresiones son de indiscutible veracidad, así como la amenaza real de que vuelvan a ocurrir al tratarse de personas que por su edad, difícilmente se encuentran en condiciones de igualdad para poder frenar o defenderse de un acto violento.*

*Contexto en el cual, de acuerdo a lo desarrollado en los Fundamentos Jurídicos III.2 y III.4 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, se hace procedente otorgar la protección sobre el derecho a la vida de los accionantes, en principio porque los actos hostiles atentatorios a la integridad de la accionante sí existieron, tal como se prueba del Certificado Médico Forense-Legal de 27 de diciembre de 2020; y si bien, a decir de los propios accionantes, existiría una denuncia interpuesta en el Ministerio Público contra los particulares accionados por los hechos denunciados en esta acción de defensa, ello no es óbice para conceder la tutela pretendida, pues tratándose de personas adultas mayores y dada la ilegalidad de los actos cometidos en su contra, no es pertinente denegar la tutela solicitada por subsidiariedad, tal como fue desarrollado en el Fundamento Jurídico III.3 de este fallo constitucional, por tratarse de vías de hecho atentatorias de su integridad física y que ponen en riesgo o amenazan su derecho a la vida, ameritando que en sede constitucional se evite su consumación, disponiendo el cese de éstos y la remisión de antecedentes al Ministerio Público, a fin de que sea dicha instancia la que en el marco de sus competencias, disponga las medidas de protección que correspondan a los hoy accionantes, otorgando un*

*trato preferente conforme al art. 7 de la Ley General de las Personas Adultas Mayores (LPAM) -Ley 369 de 1 de mayo de 2013-”.*

### 3. CONCLUSIONES

Esa es una parte de la experiencia de aplicación práctica de corrientes transformadoras, a partir de la jurisprudencia constitucional, bajo este enfoque de las líneas de acción y la responsabilidad social respecto a personas adultas mayores, mismas que en algunos casos requirieron un enfoque interseccional de otros criterios de vulnerabilidad como género, ello siempre buscando la materialización del paradigma del ‘vivir bien’, que en el caso boliviano implica un control plural de constitucionalidad reforzado en relación a grupos o sectores poblacionales en situación de ‘vulnerabilidad material’, emergente ello del modelo de Estado Constitucional de Derecho, y a partir de lo cual la jurisprudencia constitucional ha establecido que: *“los servidores públicos, tienen el deber de asegurar la consolidación de los principios, valores y garantías constitucionales, a través de una ponderación reforzada, que emane del paradigma de favorabilidad para aquellos sectores poblacionales que son considerados de atención prioritaria (como los adultos mayores), armonizado con el modelo del ‘vivir bien’”,* que no solo es un modelo sino que principalmente es un principio ético-moral de la sociedad plural, que rescata la vida como una integralidad que explica la convivencia armónica entre el ser humano y la naturaleza, y que lógicamente conlleva a su vez que el Estado, sus instituciones y la sociedad, en una integralidad de acciones positivas materialicen el cuidado de la calidad de vida y una vejez digna para los adultos mayores.

## **Emergencia Climática y Derechos Humanos**



### **Lina Marcela Muñoz Ávila - Colombia**

Profesora de Jurisprudencia y Directora de la Maestría en Derecho y Gestión Ambiental en la Universidad del Rosario

- Abogada, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático y Doctora en Derecho Summa Cum Laude.
- Ha sido investigadora posdoctoral del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania).
- Actualmente es la Directora de la Especialización y de la Maestría en Derecho y Gestión Ambiental y Asesora de la clínica jurídica Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá en donde se desempeña como profesora de tiempo completo.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora Lina Marcela Muñoz Ávila, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# **Emergencia Climática y Derechos Humanos**

---

*Lina Marcela Muñoz Ávila*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La emergencia climática ha traído consigo una amenaza importante al disfrute de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que son fundamentales para lograr una vida digna, como el derecho al agua y al saneamiento, a la alimentación, a la salud, a la vivienda y a un medio ambiente sano. Por ello, la incorporación de los enfoques de derechos humanos y de género es indispensable para luchar contra el cambio climático y proteger a las personas y las economías, y garantizar el desarrollo sostenible. Al respecto, la ex relatora especial Soledad García Muñoz ha expresado:

El cambio climático es una tragedia para los derechos y la salud de las personas, así como para la naturaleza. Esta resolución evidencia que cumplir con las obligaciones estatales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos exige ambición y justicia climáticas. (OEA, 2022)

Este documento presenta el contenido, el alcance, la importancia y la utilidad de la Resolución n.º 3 de 2021 sobre la emergencia climática y los derechos humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>1</sup>, a personas, grupos y al público en general interesado en su implementación.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. ¿Qué es la Resolución n.º 3 de 2021 de la CIDH?**

La Resolución n.º 3 de 2021 (en adelante “la resolución”), titulada Emergencia Climática: Alcance y Obligaciones Interamericanas de Derechos Humanos, es el primer documento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) dedicado específicamente al cambio climático. Ella reconoce que esta urgente problemática amenaza el disfrute pleno de los derechos humanos de las generaciones presentes y futuras, así como la salud de los ecosistemas y la biodiversidad del continente americano y del planeta entero. Para su elaboración se consideraron tanto los desarrollos normativos y jurisprudenciales del sistema interamericano como los del sistema universal de protección de derechos humanos. Uno de los más importantes

---

<sup>1</sup> “La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por 7 miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia”.



fue la Opinión Consultiva OC - 23 de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que desarrolla el derecho humano a un medio ambiente sano<sup>2</sup>.

Esta resolución fue adoptada el 31 de diciembre de 2021 por Antonia Urrejola Noguera, Julissa Mantilla Falcón, Flávia Piovesan, Margarete May Macaulay, Esmeralda Arosemena de Troitiño, Joel Hernández García y Edgar Stuardo Ralón Orellana, quienes para ese momento integraron la CIDH. Fue elaborada de manera participativa por su Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)<sup>3</sup>, y liderada por la relatora especial Soledad García Muñoz. En la redacción y revisión del texto se contó con los aportes de personas expertas y se obtuvieron insumos a través de diálogos con organizaciones de la sociedad civil, la academia y otros actores relevantes, incluso con ocasión de la Conferencias de las Partes (COP) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

De esta forma, la resolución incorpora las principales discusiones que se vienen abordando en las negociaciones climáticas y que inciden en las obligaciones previamente asumidas por los Estados en materia de derechos humanos en el SIDH. Su adopción es el resultado de la “iniciativa de la REDESCA en el marco del mandato recibido dentro del plan estratégico 2017-2021 de la CIDH, así como a la prioridad del tema en la agenda estratégica 2021-2023 de la Relatoría Especial” (OEA, 2022).

Este instrumento tiene como objetivo sistematizar las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos en el contexto de la crisis climática, con el fin de que la implementación, el diseño y la ejecución de las acciones climáticas tengan el adecuado enfoque de derechos. El texto incluye una serie de estándares y recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la OEA que también son relevantes para el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, los movimientos ambientales, la academia, el sector privado, las instituciones nacionales de derechos humanos, otros organismos multilaterales que trabajan en la región y el público en general.

Aunque esta resolución tiene un carácter eminentemente jurídico, también considero los hallazgos y conocimientos científicos publicados en los informes del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC), donde se remarca que el cambio climático causado por el ser humano ha provocado una alteración peligrosa, irreversible y generalizada en la naturaleza que afecta la vida de millones de personas alrededor del planeta y, especialmente, de quienes viven en contextos de vulnerabilidad y pobreza.

---

2 El texto completo está disponible para su consulta en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

3 “La REDESCA es una oficina autónoma de la CIDH, especialmente creada para apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el continente americano”.



## 2.2. Puntos centrales de la relación entre la emergencia climática y los derechos humanos en la Resolución n.º 3 de 2021

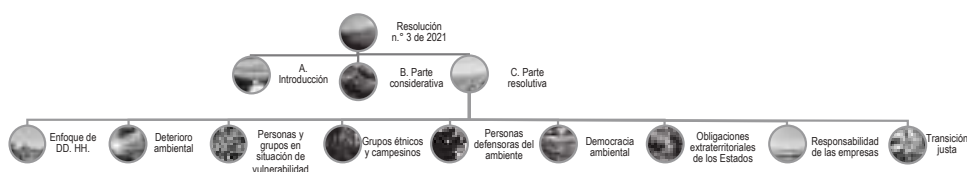
La resolución aborda la pregunta: ¿cómo incorporar el enfoque de derechos humanos en el contexto de la crisis climática por parte de los Estados miembros de la OEA?<sup>4</sup> Este interrogante se responde a través de 26 páginas, las cuales se encuentran distribuidas en 3 grandes secciones: A. Introducción (pp. 4-7), B. Parte considerativa (pp. 8-10) y C. Parte resolutive (pp. 11-26).

Este instrumento recoge las principales discusiones conceptuales y políticas, así como las reflexiones jurídicas más importantes, sobre el cambio climático y los derechos humanos en el ámbito mundial y el continente americano. También tiene en cuenta la información científica y el contexto climático del hemisferio.

Su parte introductoria plantea el vínculo que existe entre los derechos humanos y el cambio climático, y los riesgos que se generan para todas las formas de vida en la Tierra por el aumento de la concentración de GEI en la atmósfera. Además, señala que el objetivo de la resolución es sistematizar las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos, en el contexto de la crisis climática, con el fin de que tomen decisiones de política pública bajo un enfoque de derechos.

En la segunda parte se establecen 16 considerandos acerca de algunos de los principales antecedentes internacionales y regionales sobre derechos humanos, tanto del SIDH como de la ONU, en asuntos de desarrollo sostenible y medio ambiente. También se hace un llamado a reorientar el modelo económico, a diversificar la matriz energética y a proteger los bosques y océanos como estrategias clave para la mitigación de los GEI. La tercera sección es la más significativa de la resolución, ya que determina en 9 subtítulos y 57 numerales el alcance de las obligaciones interamericanas sobre derechos humanos en el marco de la emergencia climática (figura 1).

**Figura 1. Estructura de la Resolución n.º 3 de 2021**



Fuente: La autora (2022)

El subtítulo I aborda la “Centralidad del enfoque de derechos en la construcción de instrumentos, políticas, planes, programas y normas sobre cambio climático”

4 El texto completo de la resolución, que se encuentra anexo a este documento, se puede descargar gratuitamente en su versión digital en la página web de la OEA: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf)

(numerales del 1 al 7), y señala que estos deben ser ambiciosos, participativos, eficientes e integrales y dirigir las inversiones públicas y privadas de manera coherente. También resalta el rol de la cooperación internacional para cumplir estos fines, así como el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas.

El subtítulo II considera los “Derechos humanos en el contexto del deterioro ambiental y la emergencia climática en las Américas” (numerales del 8 al 15) y subraya especialmente el deber de protección del derecho al medio ambiente sano. Asimismo, recuerda las obligaciones interamericanas y universales de los Estados en materia de derechos humanos y la relevancia de aplicar los principios del derecho ambiental y del derecho internacional de los derechos humanos a la hora de tomar decisiones administrativas o judiciales, como en los estudios de impacto ambiental o en los mecanismos de reparación de daños y vulneraciones a derechos.

Uno de los rasgos más significativos de la resolución es su enfoque diferencial, ya que en el subtítulo III reconoce estándares específicos para los “Derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica en materia ambiental y climática” (numerales del 16 al 22) frente a los daños e impactos adversos del cambio climático. Así, plantea acciones concretas para las personas en situación de pobreza y de calle, las mujeres, las personas trabajadoras migrantes, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

La resolución dedica el subtítulo IV a los “Derechos de los pueblos indígenas, comunidades tribales, afrodescendientes y campesinas o que trabajan en zonas rurales frente al cambio climático” (numerales del 23 al 26), como la propiedad comunal, la consulta previa y el enfoque intercultural en materia de mitigación y adaptación, y el subtítulo V a los “Derechos de las personas defensoras de la tierra y de la naturaleza” (numerales del 27 al 31). En este último subtítulo, hace un llamado urgente a proteger sus derechos sobre amenazas y vulneraciones, y reconoce su importante tarea en los planos nacional y regional, así como su contribución a la lucha contra el cambio climático.

La resolución es pionera en aterrizar en el subtítulo VI los “Derechos de acceso a la información, a la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental y climática” (numerales del 32 al 38), y los reconoce con potenciadores para el cumplimiento de las obligaciones sobre derechos sustantivos de los Estados, como la vida, la salud o el medio ambiente sano. Con base en los estándares planteados en la Opinión Consultiva OC - 23 de 2017, recuerda la importancia de garantizar la democracia ambiental en todas las acciones de mitigación y adaptación, y en los medios de implementación sobre el cambio climático. Este subtítulo se articula con el reconocimiento que hace la resolución en su parte considerativa a los desarrollos, adopción y entrada en vigor del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como el Acuerdo de Escazú.

En el subtítulo VII se reafirman las “Obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia ambiental y climática” (numerales del 39 al 41), y se establece que en el contexto de la crisis climática la obligación de la prevención del daño ambiental transfronterizo se manifiesta en la elaboración e implementación de metas de mitigación de GEI que reflejen un nivel de ambición acorde con las obligaciones del Acuerdo de París.

Por otro lado, se proponen en el subtítulo VIII estándares sobre “Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y remediar posibles violaciones a los mismos en el contexto ambiental y climático” (numerales del 42 al 47), tomando como referencia el informe *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos* (CIDH-REDESCA, 2019). Se plantea que el comportamiento de las empresas debe respetar la debida diligencia, apoyar la implementación de políticas climáticas, utilizar las mejores tecnologías posibles y asegurar que sus operaciones no afectan de manera negativa los territorios ancestrales colectivos.

Finalmente, la resolución señala disposiciones sobre “Políticas fiscales, económicas y sociales para una transición justa” en el subtítulo IX (numerales del 48 al 57). Allí hace referencia a los derechos laborales y sindicales en el marco de una economía compatible con un clima estable, a los instrumentos económicos que incentivan las energías renovables, a los pagos por servicios ambientales, a las garantías laborales en los sectores económicos bajos en emisiones, a los subsidios para las personas y los grupos más vulnerables, y a la promoción de infraestructura y movilidad libres de emisiones contaminantes.

### **2.3. ¿Por qué son importantes este tipo de instrumentos jurídicos, como la Resolución n.º 3 de 2021, en la lucha contra el cambio climático?**

Las resoluciones de la CIDH son decisiones que dan pautas por seguir sobre temas determinados. Sus conclusiones y recomendaciones orientan a los Estados para dar solución a un conflicto o controversia, o para tomar decisiones generales. Desde el año 2000, la CIDH ha adoptado 34 resoluciones en temas como los derechos humanos de las personas con COVID-19, la corrupción y los derechos humanos o los derechos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de trata<sup>5</sup>. La adopción de las resoluciones es un importante avance para la ejecución de los principios y normas que derivan del SIDH, especialmente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

La Resolución n.º 3 de 2021 sobre la emergencia climática de la CIDH igualmente sigue la línea de trabajo promovida desde 2018 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la cual se busca

5 Todas las resoluciones se pueden consultar en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/decisiones/resoluciones.asp>

destacar los vínculos entre el cambio climático y los derechos humanos. Sobre estos temas, el CHD ha expedido más de 10 resoluciones con enfoque diferencial y personas en situación de vulnerabilidad. A partir de lo anterior, se ha hecho énfasis en 2 ideas:

1. El enfoque de derechos humanos se debería tener en cuenta al tomar decisiones climáticas en los ámbitos nacional o subnacional y su énfasis debería ser la garantía de estos.
2. Los tratados y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos deberían servir de guía para la construcción de todas las fases de las políticas, los planes, los programas, los proyectos y las normas de mitigación y adaptación en cambio climático.

Con base en lo expuesto, la resolución ofrece varias oportunidades para los Estados miembros de la OEA:

- Entender mejor cómo se traducen las obligaciones de los principales instrumentos del SIDH a la hora de luchar contra el cambio climático y tomar decisiones al respecto.
- Favorecer la implementación de otros compromisos y obligaciones internacionales de los Estados como la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, la CMNUCC y el Acuerdo de París.
- Apoyar la implementación de otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales tratados universales de derechos humanos.
- Prevenir conflictos climáticos e identificar soluciones amistosas para contribuir al desarrollo de una justicia interamericana más efectiva y accesible.

La resolución también es muy importante porque es una hoja de ruta para tomar mejores decisiones climáticas nacionales y subnacionales. En ese sentido, puede aportar al poder ejecutivo en las decisiones nacionales que se toman por los ministerios o secretarías de ambiente, hacienda y planeación, o en sectores como minería, transporte y agricultura, para incorporar estándares de derechos humanos en las decisiones financieras, políticas o jurídicas sobre sus metas de reducción de gases de efecto invernadero (GEI) a corto, mediano y largo plazo. Asimismo, puede ser una guía al gestionar las pérdidas o los daños económicos, sociales o culturales de las personas por el cambio climático.

De la misma manera, puede orientar a las autoridades regionales en los procesos locales de determinación de metas de mitigación y planes de adaptación para personas o grupos vulnerables. También da pautas a las entidades públicas y privadas sobre de qué forma incorporar un enfoque de derechos humanos en su acción climática interna, lo que resulta ventajoso en términos de recursos y esfuerzos. Esto es relevante, ya

que muchos gobiernos y empresas responsables de grandes emisiones de GEI siguen retrasando la adopción de medidas climáticas ambiciosas.

De igual forma, es posible utilizar la resolución en el poder legislativo para mejorar su técnica legislativa en la lucha contra el cambio climático. Al diseñar, discutir, modificar o aprobar las leyes u otro tipo de normas, como la ley de cambio climático, de transición energética o de impuesto al carbono, los legisladores pueden considerar los estándares de la resolución y aprovechar el lenguaje propuesto para lograr mayor precisión en los términos y conceptos empleados. Por su parte, los jueces y magistrados del poder judicial, que en la mayoría de los países del continente americano no son expertos en cuestiones de cambio climático, pueden encontrar en la resolución ideas para construir sus argumentos, diseñar las órdenes de sus sentencias o hacer seguimiento a sus fallos.

Asimismo, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH), que desempeñan un papel clave al generar alertas, recomendaciones o informes, pueden usar la resolución en sus procesos de vigilancia instando a los responsables para que protejan temprana y oportunamente los derechos humanos en situaciones agravadas de emergencia climática, por ejemplo, en desastres naturales como las inundaciones o fenómenos climatológicos extremos como los huracanes.

Otro punto por el cual la resolución es muy valiosa es su centralidad en la protección de los derechos de las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, quienes resultan particularmente afectados por la emergencia climática. Este instrumento recuerda que si bien el cambio climático afecta a todas las personas, tiene impactos diferenciados en el goce efectivo de los derechos de ciertos sectores sociales que, además, pueden haber sufrido la carga de la discriminación histórica y estructural por razones de sexo, raza o edad, entre otras causas.

Dentro de ellos, la resolución menciona de forma explícita a las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las personas que viven en asentamientos informales, las personas migrantes, los campesinos y las personas que viven en zonas rurales. Estos grupos poblacionales han contribuido muy poco a la emisión de GEI, pero sufren gravemente las consecuencias del calentamiento global y tienen menor capacidad de respuesta para proteger, por ejemplo, sus derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, al trabajo, al territorio, entre otros.

#### **2.4. ¿Cómo puede usar la sociedad civil la Resolución n.º 3 de 2021?**

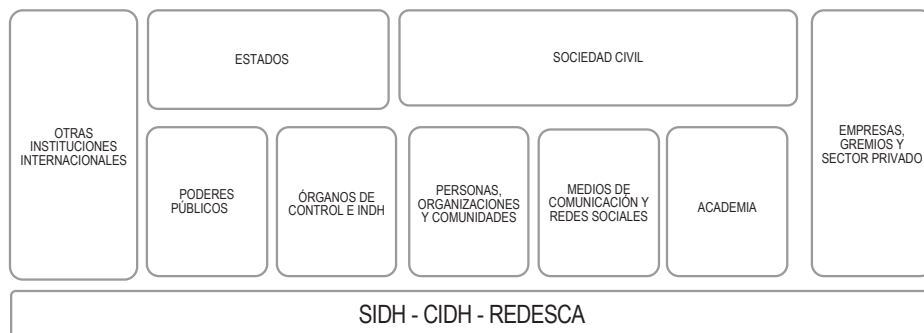
La resolución es un instrumento que está listo para ser utilizado por cualquier actor público, social o privado. No requiere ningún trámite adicional por parte de los Estados miembros de la OEA para su adopción ni un pronunciamiento de aceptación de las instituciones nacionales. Con base en eso, en este documento se proponen 3 pasos para implementar la resolución: 1) comprensión de su contenido; 2) identificación de actores y de posibilidades de articulación; 3) diseño de acciones o escenarios.

Frente al primer paso la CIDH y, en particular, la REDESCA, como mandato especializado, se han puesto a disposición de los Estados miembros y de la sociedad civil para brindar la asistencia técnica requerida y las acciones de promoción. También las universidades, los centros de pensamiento, las organizaciones de la sociedad civil y las personas expertas pueden utilizar este documento para fortalecer las capacidades y el conocimiento de distintos actores sobre la resolución. De igual forma, los medios de comunicación y las personas periodistas o influenciadoras de las redes sociales pueden apoyar la tarea de difundir ampliamente esta resolución, a través de canales digitales o impresos.

El segundo paso para usar la resolución es identificar a los actores involucrados, interesados, sus roles y las posibilidades de interacción. De esta manera, se sugiere un abordaje multiactor y multinivel, que invita a diversos actores internacionales, nacionales y subnacionales (públicos y privados) a implementar sus estándares. Es posible que otros actores no estatales, como las instituciones financieras internacionales, tomen en consideración las disposiciones de la resolución para adecuar los estándares ambientales y sociales, y como criterios adicionales para priorizar sus préstamos o donaciones en el desarrollo de proyectos carbono neutrales.

Los actores de la resolución pueden estar directa o indirectamente involucrados en la lucha contra el cambio climático, en la protección de los derechos humanos o en ambos asuntos, como se observa en la figura 2.

**Figura 2. Actores de la Resolución n.º 3 de 2021**



Fuente: La autora (2022)

Asimismo, es viable que estos actores generen alianzas y redes de cooperación para promover la resolución, pero, definitivamente, la puesta en marcha de sus disposiciones no depende solo de la acción estatal, ya que, por ejemplo, la sociedad civil juega un papel central. Los actores de la sociedad civil son personas o grupos que de forma voluntaria se dedican a participar y actuar públicamente conforme a

intereses, propósitos o valores comunes compatibles con la promoción, el fomento y la protección de los derechos humanos (ACNUDH, 2014; figura 3).

**Figura 3. ¿Cómo puede usar la sociedad civil la Resolución n.º 3 de 2021?**



Fuente: La autora (2022)

Una sociedad civil con capacidad para actuar libremente, que conoce y comprende los instrumentos en materia de derechos humanos, puede apoyar la visibilización de las necesidades y preocupaciones sobre la crisis climática, definir estrategias, influir en las políticas o leyes y ejercer presión para que se rindan cuentas y se proteja el derecho al medio ambiente sano. Con esta resolución, la sociedad civil también tiene oportunidades para incidir en las actividades de la OEA y del SIDH, y contribuir a la formulación de las políticas hemisféricas (OEA, s. f.).

Por su parte, las empresas, los gremios y el sector privado:

[...] pueden ser agentes positivos para el respeto y garantía de los derechos humanos; generar o motivar con sus acciones y comportamientos cambios claves; dar el ejemplo para transformar experiencias de impunidad y abuso sobre derechos humanos, así como coadyuvar a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. (CIDH-REDESCA, 2019, p. 24)

A lo anterior se agrega el apoyo en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales ambientales y climáticos, como el Acuerdo de París. De igual forma, los estándares de esta resolución pueden promover una mayor y más efectiva rendición de cuentas ante violaciones y abusos de derechos humanos en el marco de la emergencia climática, y mejorar el acceso a reparaciones oportunas y adecuadas para las víctimas en este ámbito (CIDH-REDESCA, 2019, p. 24).

El tercer paso para utilizar la resolución es el diseño de las acciones o los escenarios donde se podría tener en cuenta o exigir sus estándares. A continuación se presentan 2 de las principales oportunidades para su implementación:

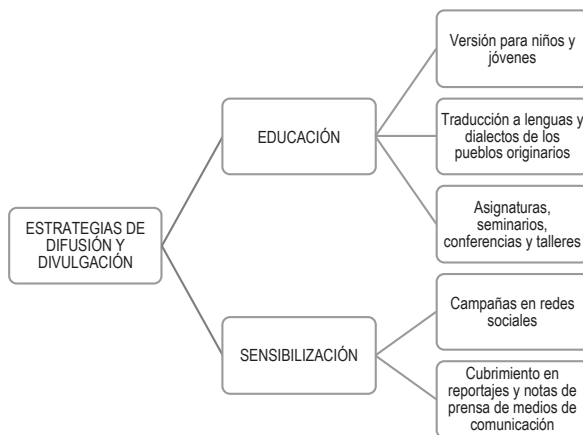
### **A. La resolución como una herramienta de educación y sensibilización**

La educación ambiental es un motor para el logro del desarrollo sostenible, el goce efectivo de los derechos humanos y la lucha contra el cambio climático. Esta cuestión es reconocida ampliamente en el ámbito internacional y también en la resolución, cuando en su parte considerativa resalta la importancia de la educación ambiental amplia, comprehensiva y universal con un enfoque de equidad intergeneracional y con esfuerzos particulares en Estados insulares y costeros frente al cambio climático.

De igual manera, la resolución reconoce la centralidad del liderazgo de las niñas, los niños, los adolescentes y los jóvenes, así como de sus movimientos en estos asuntos, y la importancia de que los Estados generen los mecanismos de protección necesarios para garantizar que puedan ejercer sus labores de activismo y defensa de los derechos ambientales, promoviendo también su inclusión y participación en los espacios de toma de decisiones.

En la tarea de educar y sensibilizar sobre el cambio climático, las instituciones de formación e investigación en todos los niveles, como las escuelas, las universidades y los centros de investigación, realizan un aporte significativo al generar habilidades, competencias y destrezas en las nuevas generaciones, y fortalecer las de las personas adultas o mayores. Así, la resolución puede ser utilizada como recurso bibliográfico de asignaturas, como sustento de análisis de casos y como base para el diseño del contenido y de la estructura de nuevas clases de cambio climático o para actualizar las existentes en la educación secundaria y universitaria (pregrado y posgrado) (figura 4).

**Figura 4. Estrategias de difusión y divulgación de la Resolución n.º 3 de 2021**



Fuente: La autora (2022)

La escala de estas estrategias de difusión y divulgación dependerá de las capacidades de los actores interesados en ellas y de los esfuerzos que estén dispuestos a



materializar. Las entidades públicas, las agencias de cooperación y el sector privado están llamados a desarrollar convenios o proyectos para impulsar las estrategias propuestas en la figura 4, y a destinar recursos de toda índole para ello. La educación y la sensibilización son muy útiles para prevenir el surgimiento de conflictos climáticos y, en este panorama, la implementación efectiva de la resolución puede generar múltiples beneficios para todo el público del continente americano.

En esta oportunidad de implementación es preciso considerar a los medios de comunicación como aliados clave para las acciones de creación de conciencia pública sobre el vínculo entre los derechos humanos y el cambio climático. De este modo, las personas pueden asumir la resolución como una herramienta útil que está a su alcance para la defensa de sus derechos. De la misma manera, la generación de nuevo conocimiento sobre la resolución y sus impactos, a través de investigaciones publicadas en acceso abierto y en diversos formatos (como libros, revistas e informes), sin duda apoyará los 3 pasos planteados en el numeral 4 de este documento para utilizar la resolución.

### **3. CONCLUSIONES**

La resolución se hace eco de diversos temas de derechos humanos que han sido tratados anteriormente en el SIDH y el sistema de la ONU, pero aplicados a lucha contra el cambio climático en el hemisferio. Las pautas que da a los Estados y las empresas dejan abierta la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante acciones de litigio estratégico o de alto impacto, como judiciales, pedagógicas o de *lobby*, entre otras. Dichas acciones de justicia climática pueden interponerse ante los jueces o autoridades administrativas de los Estados miembros o igualmente existe la posibilidad de presentar un caso ante la CIDH con el objetivo de llegar a la Corte IDH, luego de cumplir con los requisitos exigidos para ello<sup>6</sup>.

Así, es factible interponer los litigios climáticos en un gran espectro de situaciones; puede ser con cualquier tipo de acción legal ante los jueces destinada a lograr un aumento de la velocidad de la descarbonización y basada en múltiples áreas del derecho como el ambiental, el administrativo, el internacional, el constitucional, el civil o el penal. Con base en esto, la resolución provee de argumentos a las personas litigantes, a las clínicas jurídicas de universidades y a las organizaciones no gubernamentales para acceder a la justicia través de demandas o solicitudes, a las firmas de abogados para defender a sus clientes y a los operadores judiciales y a los administradores de justicia para resolver los casos.

En efecto, las personas que litigan en asuntos climáticos en el continente americano podrían considerar la Resolución n.º 3 de 2021 para impugnar ante los Estados miembros la validez o la aplicación de nuevas leyes, para llenar el vacío de las

---

<sup>6</sup> Véase el folleto informativo de peticiones y casos ante el SIDH: [http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf)

existentes o para cuestionar la inacción legislativa. Asimismo, este instrumento puede servir de base para presionar la formulación de políticas, planes o programas que sean más ambiciosos y exhaustivos o para exigir su debida aplicación.

Dada su estructura y contenido, puede ser una fuente de derecho para solicitar que se declare la amenaza o vulneración de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos por las acciones u omisiones del Estado, la responsabilidad corporativa ante daños climáticos y fallas en las medidas de adaptación, o que se determinen acciones para dejar los combustibles fósiles en el suelo.

La resolución también es muy importante porque en ella se observa la interrelación que existe entre el conocimiento producido por el derecho, las ciencias naturales y otras disciplinas. Esta herramienta no solo es valiosa para las personas abogadas y de las ciencias sociales, sino también para personas profesionales de la biología, climatología, ecología, ingeniería, etc. que defienden sus propias causas o acompañan procesos de activismo climático para ilustrar los efectos del cambio climático en los derechos humanos. Además de lo anterior, al desarrollar estos litigios se debe considerar que los datos científicos, como los informes del IPCC, pueden servir como pruebas sólidas para ampliar la mirada de los jueces al momento de valorar los elementos fácticos y jurídicos de los casos.

Las personas científicas de las ciencias naturales también pueden ser parte de los litigios climáticos en calidad de “científicos litigantes” para presentar escritos de apoyo a favor de los demandantes o demandados, o servir como peritos expertos para explicarles al juez y a su equipo muchos de los fenómenos mencionados en la resolución (como sequías, inundaciones, huracanes o incendios) y cómo estos ocurren con mayor frecuencia e intensidad por causa del cambio climático. De la misma manera, las personas profesionales de las ciencias sociales, por ejemplo, pueden instruir respecto de situaciones presentadas por la resolución en donde el cambio climático aumenta la desigualdad, la pobreza y la brecha de género.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. (2019). *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (2022). *Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y el cambio climático*. <https://www.ohchr.org/es/climate-change/human-rights-council-resolutions-human-rights-and-climate-change>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *El espacio de la sociedad civil y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones*

Unidas. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/CS\\_space\\_UNHRSystem\\_Guide\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/CS_space_UNHRSystem_Guide_SP.pdf)

Organización de los Estados Americanos. (2022). *CIDH y REDESCA publican resolución sobre emergencia climática y derechos humanos en las Américas*. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/045.asp>

Organización de los Estados Americanos. (s. f.). *Manual para la participación de la sociedad civil en las actividades de la OEA*. [https://www.oas.org/es/sre/dai/sociedad\\_civil/Docs/Manual\\_Participacion\\_SC\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/sre/dai/sociedad_civil/Docs/Manual_Participacion_SC_ES.pdf)



## **La Tensión de los Derechos Fundamentales en el Contexto de la Protección Jurídica Multinivel**

---



### **Petronilo Flores Condori - Bolivia**

Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Doctorando en Derecho Constitucional y Administrativo, Magister en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Maestrante en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Especialista en Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos.
- Cuenta con Diplomados Nacionales e Internacionales en Razonamiento Legal Aplicado: Diseño de Casos y Sentencias; en Derecho Constitucional, Derechos Humanos; y, en Educación Superior, es Abogado por la Universidad Autónoma Tomás Frías.
- Se desempeñó como Jefe de Unidad PROJURIDE de la Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Agencia GIZ y, Docente de Posgrado en diferentes Universidades. Fue Director de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, Abogado Asistente Control Normativo y Abogado Autónomo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Actualmente, es Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Petronilo Flores Condori, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# **La Tensión de los Derechos Fundamentales en el Contexto de la Protección Jurídica Multinivel**

---

*Petronilo Flores Condori*

## **1. INTRODUCCIÓN**

En este trabajo se presentará la propuesta de fundamentación y concepto de los derechos humanos asumido por Ignacio Campoy, con la finalidad de analizar la intensidad de su relación con la aplicación directa de los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y en las Constituciones Políticas de los Estados. En efecto, se asumirá la tesis de que tanto los derechos humanos como los derechos constitucionales contiene derechos fundamentales, con la diferencia sustancial de sus fuentes de producción. Luego, sobre la base de la fundamentación de los derechos humanos sostenida por Mauricio Beuchot y Robert Alexy, se precisarán principales elementos respecto a la fundamentación de los derechos fundamentales, desde la perspectiva del denominado nuevo constitucionalismo boliviano.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. La propuesta de fundamentación y concepto de los derechos humanos asumido por Ignacio Campoy Cervera**

Una de las principales características del actual Estado Constitucional de Derecho es la aplicación directa de los derechos fundamentales<sup>1</sup> que se encuentran contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las Constituciones Políticas de los Estados. Estas concepciones configuran los fenómenos de la vigencia del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El primero efectuado por las Cortes, Tribunales, Salas o directamente por los jueces ordinarios, y el segundo ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los derechos fundamentales en tanto derechos positivados emergen de los valores y principios morales, y en su aplicación jurídica aparecen esa denotación de carácter moral. Bajo esta idea, los derechos fundamentales son exigencias morales<sup>2</sup>. Desde el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales, el punto de convergencia entre los derechos humanos y los derechos constitucionales radica en el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

---

1 FERRAJOLI, J., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en Ferrajoli, L. (Editor) Un debate sobre el constitucionalismo, Doxa, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-12.

2 PRIETO SANCHÍS, L., Derechos fundamentales, neconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002, pp. 27-31. Cfr. ROMBOLI, R., Justicia constitucional. Derechos fundamentales y tutela judicial, Palestra, Lima, 2017.

3 Cfr. NOGUERA ALCALÁ, H., La justicia y los Tribunales Constitucionales en Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI, Kipus, Cochabamba, 2006.

En ese contexto, las corrientes teóricas de la Filosofía Jurídica que sustentan la aplicación racional de las disposiciones jurídicas a casos concretos, adquieren actualidad y relevancia. Por eso, de entre otros temas, resulta imprescindible estudiar el tema de la fundamentación y el concepto de los derechos humanos con el fin de comprender el contenido esencial de los derechos fundamentales de carácter subjetivo<sup>4</sup>, cuya función es la protección de los derechos de las personas sin discriminación de ninguna naturaleza, sobre la base filosófica de la dignidad humana vinculada con los principios de la libertad y la igualdad. Cuando los individuos solicitan la protección del ejercicio de sus derechos, lo hacen bajo el fundamento de uno o más disposiciones jurídicas establecidas en la respectiva Constitución o en la de los instrumentos internacionales de derechos humanos, está actuando la bajo la concepción de los derechos fundamentales de carácter subjetivo.

## 2.2. La problemática de la conceptualización de los derechos humanos

### 2.2.1. Consideraciones previas

Antes de ingresar a presentar la propuesta de la fundamentación y el concepto de los derechos humanos asumido por Ignacio Campoy Cervera, conviene establecer la distinción y relación entre la denotación de su concepto y fundamentación. Desde el sentido común, una de las dimensiones del término concepto es la caracterización de un objeto, por ejemplo, se trata de un libro con tapa de color blanco, del autor José José, de la editorial Marcial Pons de Madrid España; en tanto que la palabra fundamentación implica la justificación de validez y relevancia determinante y conclusiva dentro del conjunto de las razones que, de alguna manera, están relacionadas entre sí. De manera que un objeto o un concepto se justifica en cuanto a su rol y significación. Según Campoy, “ambas cuestiones están esencialmente vinculadas”<sup>5</sup>; es decir, entre la denotación del concepto y el sentido de la fundamentación de las cosas, fenómenos e ideas configuran la fuerza de la comprensión y su defensa frente a otras posiciones teóricas<sup>6</sup>.

### 2.2.2. El concepto de los derechos humanos

Sobre la relación específica entre el concepto y el fundamento de los derechos humanos, Nino afirma “que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto: se comienza con una caracterización provisoria de la noción en cuestión tomando en cuenta rasgos que se supone *a priori* teóricamente relevantes”<sup>7</sup>.

---

4 Cfr. ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, Versión castellana Garzón Valdez, E., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

5 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, 2022, (47),149-182, p. 159.

6 Cfr. ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, cit., 2002.

7 NINO, C. S., Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª edición Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 13.



La perspectiva de la fundamentación comprendida como la justificación de la existencia de derechos, de una acción o abstención a cumplirse, comienza en el proceso de la precisión de la noción de un término para la sustentación de una teoría. Y, dependiendo de la relevancia que adquiera una teoría, así como el surgimiento de otras teorías contrarias, se ajusta la dimensión de los conceptos. Entonces, el concepto de los derechos humanos presenta problemas terminológicas, tal como sostiene Campoy, porque la expresión derechos humanos presenta ambigüedad, emotividad y vaguedad<sup>8</sup>.

Desde la aplicación del derecho, la noción de los derechos humanos presenta ambigüedad y vaguedad, en cambio, la emotividad emerge más desde el discurso jurídico de la sociedad civil. Según el citado autor, Campoy: “La ambigüedad de un término significa que éste puede tener diferentes significados”<sup>9</sup>. Su denotación presenta lo multívoco. En tanto que, la vaguedad de una palabra está relacionada directamente con su indeterminación<sup>10</sup>, es decir, presenta un textura abierta.

### **2.2.3. El núcleo de certeza en el concepto de los derechos humanos**

Al respecto, Campoy toma en cuenta los criterios de: la moralidad, el Derecho, la Historia y la realidad social<sup>11</sup>. Estos elementos según el citado autor permiten establecer los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad; los que fueron recogidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y las Constituciones Políticas de los Estados. En la actualidad, los derechos humanos son comprensibles y objeto de fundamentación, principalmente, a partir de su aplicación a casos concretos. Se trata de los derechos humanos positivados que contienen los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

En la práctica de la aplicación de los derechos, como valores morales cumplen la función de la fundamentación jurídica, de los que también emergen los principios jurídicos para la tutela de los derechos. En síntesis, conceptualmente el contenido de los derechos humanos se configura sobre la base de los valores morales juridificados, tales como la dignidad humana, la libertad y la igualdad<sup>13</sup>. Estos términos en cuanto a su concepción emergen de la comprensión del orden de los valores morales.

---

8 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 151.

9 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 151.

10 EDICOTT, T., A., O., La vaguedad en el derecho, Trad. Del Real Alcalá, J. A. y Vega, G. J., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2006, pp. 65-67. Cfr. BERNAL PULIDO, C., Derechos, cambio constitucional y teoría del derecho. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

11 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., pp. 154-156. Cfr. HART, H. L. A., Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias *Harry Camp* en la Universidad de Stanford (1962) Trad. Ramiro Avilés, M. A., Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

12 Cfr. BERNAL PULIDO, C., Derechos, cambio constitucional y teoría del derecho. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

13 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 156-158. Cfr. PEREZ LUÑO, A. E., Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Tecnos, Madrid, 2005.

### 2.3. Los problemas de la fundamentación de los derechos humanos

Desde la aplicación de los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales y en las Constituciones Políticas de los Estados, son dos los criterios más utilizados para la fundamentación de los derechos humanos: la moral y el Derecho. Esta posición es asumido en cierta medida por el autor, Campoy<sup>14</sup>. La moral en cuanto expresa un valor se constituyen en el fundamento de la aplicación positivada de los derechos humanos, desde la realidad social<sup>15</sup>. En tanto que el Derecho como criterio de fundamentación de los derechos humanos radica en su carácter de exigibilidad y justiciabilidad, desde el enfoque de la naturaleza de los derechos subjetivos que todo individuo puede utilizar para reclamar la vulneración de sus derechos y pedir la tutela o la protección jurídica a la autoridad judicial competente.

#### 2.3.1. La fundamentación moral y jurídica de los derechos humanos

Sobre esa concepción, Campoy es claro al manifestar que, “frente a la consideración de la imposible fundamentación moral desde la posición del relativismo metaético, cabe considerar, con los matices realizados, que sí es posible esa fundamentación de los derechos”<sup>16</sup>. Las necesidades sociales y económicas de las personas y de las sociedades que son expresadas públicamente, ya sea como protesta o aceptación con las decisiones de los gobiernos, sustentan la fundamentación de los derechos desde la óptica de la moral.

Con relación a la fundamentación jurídica de los derechos humanos, el citado autor remarca que, “más allá de la evidente necesidad de trabajar para conseguir un sistema de protección y garantía eficaz de los derechos ya reconocidos, queda clara la necesidad y trascendencia de seguir indagando en la mejor fundamentación posible de los derechos humanos...”<sup>17</sup>. Esta última posición cae en el reduccionismo, porque la fundamentación de los derechos humanos no se puede reducir a conseguir solamente un sistema de protección y garantías de los derechos. En otras palabras, se trata de preocuparse solamente del derecho procesal. Los derechos sustanciales que reconocen derechos específicos también se fundamentan desde los valores morales vigentes en un determinado contexto social.

Respecto a la unidad de la justificación de todos los derechos humanos, el autor, Campoy señala que, “es cierto que también supone un límite a los derechos que se pueden entender como derechos humanos, y no sólo cuando nos encontramos ante pretensiones morales injustificadas, sino también ante determinadas pretensiones

14 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 159.

15 PRIETO SANCHÍS, L., El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Trotta, Madrid, 2013.

16 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 161.

17 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 166.

morales justificadas”<sup>18</sup>, en concreto, la fundamentación de los valores morales pesa al momento de justificar la pretensión jurídica basada en el derecho.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos constitucionales contenidos en las Constituciones Políticas de los Estados, en cuanto se refieren específicamente al valor esencial que sustenta el reconocimiento de los derechos indudablemente es la dignidad humana “en cuanto fundamento último de los derechos”<sup>19</sup>. Sobre la base de este valor en su sentido moral y juridificado, los derechos protegen la vida de las personas en su actividad cotidiana, sin distinción de ninguna naturaleza. En ese marco, los derechos humanos son el producto de un proceso histórico y, por tanto, de la cultura humana de cada sociedad.

#### **2.4. La fundamentación precisa de los derechos humanos según Campoy**

El citado autor precisa en dos puntos específicos su fundamentación: el fundamento ético en la vida humana digna y el fundamento y la concepción ética, política y jurídica de los derechos humanos. Con relación al primer punto referido al fundamento ético en la vida humana digna, según Campoy “radica en última instancia en que las personas puedan alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de su propia personalidad mediante el ejercicio de su libertad de elección y, así vivir lo que cada una considera que para ella es una vida humana digna”<sup>20</sup>. Bajo esta idea, toda persona es libre de elegir el destino de su vida, dedicarse a la actividad elegida libremente, sin que la tercera persona la imponga u obligue elegir cierta actividad. Esta concepción conlleva a comprender el ejercicio de la libertad personal, sustenta en la dignidad humana.

Respecto al segundo fundamento de los derechos humanos vinculados con la concepción ética, política y jurídica, Campoy sostiene que, “los derechos humanos son los instrumentos ético, político y jurídico idóneos que reconocemos y protegemos para alcanzar el objetivo último común (...) de que el mayor número de personas posible pueda alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de su propia personalidad mediante el ejercicio de su libertad de elección”<sup>21</sup>. Desde el punto de vista de la ética de los derechos humanos, todo ser humano aspira al libre desarrollo de la personalidad.

El fundamento político de los derechos humanos consiste en la elaboración de propuestas que promuevan alcanzar el desarrollo de la personalidad en el marco de la libertad; y, el fundamento jurídico de los derechos humanos radica en la vigencia, el respeto y el ejercicio de los derechos positivados que se encuentran contenidos en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y las Constituciones Políticas de los Estados. Al respecto, la fundamentación de los derechos humanos asumido por Ignacio Campoy Cervera se reduce a la concepción liberal sin tomar

18 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 171.

19 ATIENZA, M., Sobre la dignidad humana, Trotta, Madrid, 2022, p. 39.

20 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 178.

21 CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, cit., p. 182.

en cuenta la preocupación de alcanzar a la igualdad mínima entre las familias y los grupos sociales. La concepción liberal de los derechos humanos despreocupa el deber moral de alcanzar esa mínima igualdad vinculado con el principio de la justicia social.

## 2.5. La fundamentación de los derechos humanos de Mauricio Beuchot

La fundamentación comprendida en su sentido preciso como justificación surge de la realidad social, cuya principal característica emerge de las relaciones e interrelaciones sociales cotidianas y permanentes como consecuencia del impulso de los intereses legítimos de cada persona o familia. La construcción de la teoría surge de la realidad social y a medida que dicha realidad se va transformando, la teoría también se transforma.

Según Beuchot, “La teoría fundamenta y justifica la praxis que a cada momento deja a nuestra voluntad libre, la cual es la que decide, pero la decisión apela a una teoría para ejecutarse en la práctica, de lo contrario, la decisión no sería posible”<sup>22</sup>. Sin duda, el ser humano como miembro de la sociedad sustenta una teoría a partir de su contexto social y la praxis. Desde luego, los procesos de la construcción de los elementos teóricos de la ciencia tienen que emerger del resultado de la aplicación metodológica rigurosa.

Con relación a la fundamentación de los derechos humanos, Beuchot afirma que, “nosotros hemos exigido no solo un fundamento moral sino también un fundamento ontológico, metafísico; éste ha sido la naturaleza humana y su arraigo en el ser y en el bien”<sup>23</sup>. El citado autor asume la fundamentación moral de los derechos humanos. Por consiguiente, son las necesidades esenciales de la vida de los seres humanos expresados en valores se constituyen en el fundamento de los derechos humanos.

En un determinado contexto histórico, tales valores fueron positivados en documentos, los que se convirtieron en instrumentos jurídicos de carácter universal. Sin embargo, la fundamentación de los derechos humanos no puede reducirse solamente a lo jurídico, sino que dicha fundamentación también es moral. Resulta necesario remarcar la precisión que hace Beuchot sobre el carácter ontológico de la fundamentación de los derechos humanos vinculados con la protección de los derechos del ser humano. Indudablemente, el sujeto de los derechos humanos es el ser humano vinculado con la vida digna. En síntesis, la fundamentación de los derechos humanos en cuanto a su trascendencia es ético y jurídico, y está dirigida a proteger los derechos del ser humano.

---

22 BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica), 6ª. Edición, Siglo veintiuno editores, México, 2008, p. 144.

23 BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica), cit., p. 165.

## 2.6. La fundamentación de los derechos de Robert Alexy

Según Alexy, “Los derechos humanos se diferencian de otros derechos por cinco características: su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción”<sup>24</sup>. Una de las principales características de los derechos humanos es su validez moral, en consecuencia, pueden ser justificados frente a todos en cuanto se consideren vulnerados, sean particulares, o ante todo, sean autoridades representantes de los gobiernos. Para el citado autor, “la *universalidad de la estructura* de los derechos humanos, la cual consiste en que son básicamente derechos de todos frente a todos, se suma una *universalidad de la validez*, la cual es definida por su fundamentalidad frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional”<sup>25</sup>. Respecto a la vigencia, respeto y ejercicio de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales, se fundamenta a partir de su fundamentalidad universal vinculado concretamente con la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales de las personas y colectividades humanas<sup>26</sup>.

Con relación específica sobre la fundamentación de los derechos humanos, Alexy afirma que: “El problema de la fundamentalidad puede sintetizarse en la cuestión de si, y cómo, pueden ser justificadas las normas o reglas morales que con pretensión de prioridad garantizan los derechos universales, fundamentales y abstractos. Esto demuestra que el problema de la fundamentación de los derechos humanos no es otra cosa que un caso especial del problema de la fundamentación de las normas morales”<sup>27</sup>. Como se verá, el citado autor es claro al sostener que el problema de la fundamentación está vinculado con la fundamentación moral de los derechos humanos.

## 2.7. El problema de la fundamentación de los derechos humanos en el constitucionalismo boliviano

La actual Constitución boliviana vigente desde 2009, emerge de un largo proceso de debates públicos donde participaron representantes de las organizaciones sociales y de los pueblos indígenas; a los que no participaron de manera activa y permanente los profesionales especializados con conocimientos de los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las Constituciones Política de los Estados. Sencillamente, esos profesionales no lograron comprender las consecuencias y la relevancia del momento histórico. En otras palabras, aquí se produjo el divorcio entre la concepción teórica y la praxis de la vida cotidiana

---

24 ALEXY, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, Trad. Añaños Meza, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, V (8) p.21-42 (Ene-jun 2000), Madrid, p. 24.

25 ALEXY, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, cit. p. 26.

26 ALEXY, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, cit. p. 28.

27 ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, Trad. Sodero, E. R., Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 30, 2007, p. 239.

que sucede en las comunidades y pueblos indígenas y barrios alejados de los centros de las ciudades.

En concreto, se puede afirmar que se trata de un debate del pueblo sobre las necesidades e intereses legítimos de la sociedad civil relacionados con el reconocimiento de los derechos y la reorganización de las estructuras del Estado. Bajo esta realidad, en síntesis, la fundamentación de los derechos humanos desde la realidad boliviana es ética y jurídica, puesto que las necesidades e intereses sociales, políticos, culturales y económicos expresados en valores morales fueron incorporados en el texto de la Constitución. Como las disposiciones jurídicas juridifican los derechos morales, pero no en su totalidad, contienen indudablemente valores y principios de carácter moral; por eso, en la aplicación de una disposición jurídica que reconoce un derecho fundamental siempre existe la posibilidad de fundamentar moral y jurídicamente.

### 3. CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constituciones Políticas de los Estados protegen los derechos de las personas. En ese marco los derechos fundamentales que surgieron de las necesidades e intereses históricas de las sociedades humanas, con el tiempo fueron positividades, que en la actualidad desde esta realidad se fundamentan. Por lo que sostener la fundamentación de los derechos humanos que conlleven hacia la libertad personal afecta la igualdad de las personas.
2. En concreto, como los derechos fundamentales son el producto, aunque no en su totalidad, de las necesidades e intereses de las sociedades, las disposiciones jurídicas que reconocen derechos cuando se aplican a casos concretos denotan el valor moral, en consecuencia, la fundamentación de los derechos humanos, si es posible fundamentar, principalmente, desde la ética y lo jurídico vinculado con el ejercicio, respeto y vigencia de los derechos. Desde la perspectiva jurídica, es posible fundamentar los derechos humanos desde la racionalidad utilizando la ponderación como uno de los principios subprincipios del principio de la proporcionalidad.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., Teoría del discurso y derechos humanos, Trad. Villar Borda, L., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

-----, Teoría de los derechos fundamentales, Versión castellana Garzón Valdez, E., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático", Trad. Añaños Meza, Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, V (8) p.21-42, Madrid, 2000.

- ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?” en Teoría del Derecho, Trad. Sodero, E. R., Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, 30, 2007, p. 239.
- ATIENZA, M., Sobre la dignidad humana, Trotta, Madrid, 2022.
- BEUCHOT, M., Filosofía y derechos humanos, (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica), 6ª. Edición, Siglo Veintiuno editores, México, 1993.
- BERNAL PULIDO, C., Derechos, cambio constitucional y teoría del derecho. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- CAMPOY CERVERA, I., Una propuesta de concepto de fundamentación de los derechos humanos, Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, 2022, (47),149-182.
- CRUZ PARCERO, J. A., El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos. Trotta, México, 2012.
- ENDICOT, T. A. O., la vaguedad en el derecho, Trad. Del Real Alcalá, J. A. y Vega Gómez, J., Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.
- HART, H. L. A., Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962) Trad. Ramiro Avilés, M. A., Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.
- NINO, C. S., Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2da. edición, Astrea, Buenos Aires, 2017.
- NOGUERA ALCALÁ, H., La justicia y los Tribunales Constitucionales en Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI, Kipus, Cochabamba, 2006.
- PEREZ LUÑO, A. E., Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Tecnos, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Trotta, Madrid, 2013.
- , Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002.
- PULIDO BERNAL, C., (Editor) La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy, Palestra, Lima, 2011.
- ROMBOLI, R., Justicia constitucional. Derechos fundamentales y tutela judicial, Palestra, Lima, 2017.





## **Control Multinivel del Estado como Garante de los Derechos Fundamentales y los Tres Niveles Posibles para su Concreción**



### **Carlos Alberto Calderón Medrano - Bolivia**

Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Real Mayor y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca con posteriores diplomados, especialidades y maestrías en materia de derecho constitucional. Actualmente doctorando en Derecho Constitucional con fecha de defensa.
- Gestor y expositor de numerosos seminarios, congresos y cursos nacionales e internacionales. Autoridad y funcionario en diversas instituciones del Estado: Órgano Legislativo, Electoral, Consejo de la magistratura y actualmente Magistrado de la Sala Segunda en el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Escritor y Autor De Los Libros: “La Importancia de la Jurisprudencia y el Precedente en el Sistema de Justicia Boliviano”; “Compendio Jurisprudencial Constitucional y su Incidencia en el Sistema Penal Boliviano”; “Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica” (Libro de Publicación Colectiva Lima, Perú); “Constitucionalismo, Constitución y Bloque de Constitucionalidad”; y, “El debido proceso. Contenido, desarrollo y elementos en la doctrina y jurisprudencia”.
- Entre las muchas distinciones recibidas, destaca como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Aquino de Bolivia- UDABOL (2022).

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Carlos Alberto Calderón Medrano, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# **Control Multinivel del Estado como Garante de los Derechos Fundamentales y los Tres Niveles Posibles para su Concreción**

---

*Carlos Alberto Calderón Medrano*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. El estado en su papel de garante de los Derechos Fundamentales**

#### **1.1.1. ¿Qué entendemos por garante?**

De acuerdo a la RAE, se debe entender por garante como un adjetivo que hace referencia a “alguien” persona jurídica o natural que da garantía; en el ámbito normativo, se habla de los garantes de derechos, que son entidades o personas que tiene una obligación o la responsabilidad particular de respetar, promover y garantizar el ejercicio de los derechos, ya sean estos humanos o fundamentales.

#### **1.1.2. ¿Qué entendemos por Estado de Derecho?**

Se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Las instituciones políticas regidas por dicho principio garantizan en su ejercicio la primacía e igualdad ante la ley, así como la separación de poderes, la participación social en la adopción de decisiones, la legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal.

En esta definición se pueden encontrar, dentro de sus elementos constitutivos:

- 1) La estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes);
- 2) Libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico;
- 3) División de poderes políticos en la estructura del Estado; y,
- 4) La integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica.

Es decir, se tiene una fuerte esencia del constructo liberal contractual, que es la base sobre la que se asienta todo Estado de Derecho occidental.

Esta estructura formal determinada además el modelo de Estado, la forma de gobierno, y los compromisos básicos a través de Derechos como parte de este pacto

contractualista, provenientes, básicamente, del pensamiento de Thomas Hobbes, siguió con John Locke, se perfeccionó con Jean Jacques Rousseau, y se materializó en la Convención de Filadelfia.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Una aproximación conceptual de los Derechos Fundamentales**

#### **2.1.1. ¿Qué entendemos por Derechos Fundamentales?**

Para entender con mayor claridad el concepto en torno a los Derechos Fundamentales, debe de tenerse en cuenta que en esencia se está hablando del concepto liberal de los mismos, como corresponde el sustento a cualquier definición de Estado de Derecho, por ende, tanto Derechos Fundamentales como “Estado de Derecho” proviene y se interrelaciona a partir de una perspectiva liberal.

No obstante, debe hacerse la necesaria aclaración de que la tarea de identificar un concepto válido y uniforme acerca de los derechos fundamentales, no se reduce en otorgar una definición, y analizar los elementos constitutivos de esto; sino que más bien, se trata de un trabajo analítico que incida a la aproximación conceptual desde las distintas perspectivas que permite un fenómeno constructivista, como es el caso de los “Derechos Fundamentales”

Ahora bien, los principales fundamentos filosóficos de la teoría liberal de los derechos fundamentales, se nutre del desarrollo constitucional contemporáneo europeo, en específico de lo acontecido en el siglo XVIII, es así que la teoría liberal de los derechos fundamentales es una amalgama y desarrollo de una amplia diversidad de autores occidentales, que han desarrollado gran parte de su trabajo en torno al concepto de libertad, como propiedad inherente al género humano, incluso, como elemento diferenciador de otras especies, en ese entendido, puede decirse que autores como Jhon LOCKE e Immanuel KANT, son de los más representativos de esta época y de esta corriente liberal.

De acuerdo a BERNAL PULIDO, Locke ofrece una fundamentación con base en una perspectiva contractualista e iusnaturalista de la concepción de los derechos fundamentales, tomando a estos como derechos de defensa frente al Estado. La idea base de este fundamento es que en el estado de naturaleza el individuo dispone de una libertad absoluta. En cambio, en el estado de naturaleza, el hombre es “dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones” (Bernal Pulido, citando a J. LOCKE, 1991); no obstante, el hombre renunciaría a esta libertad absoluta, porque las posibilidades de disfrutarla son inciertas. A partir de este criterio es que BERNAL desgrana dos consecuencias, la primera, por una parte, que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la “vida, libertad y hacienda” del individuo, conceptos que LOCKE conglera bajo el un concepto aún más general, como es el de “propiedad”, tal cual se puede observar de su postura contundente

resumida en una oración: “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades” (LOCKE, 1991); la segunda consecuencia que BERNAL extrae de la postura de LOCKE, consiste en que el límite del ejercicio del poder del Estado está marcado precisamente por la libertad del individuo: “el poder de la sociedad, o el legislativo que ella constituya, nunca ha de salirse del terreno que delimita el bien común” (LOCKE, 1991); en ese entendido, está claro que las libertades del individuo necesitan ser desarrolladas mediante la legislación, y que a la vez imponen límites a la legislación (BERNAL, 2014).

De esto se extrae que la teoría liberal de los derechos fundamentales tiene su fundamento tanto en la libertad y la propiedad de las personas, básicamente dos de los conceptos que acompañaron y se desarrollaron con mayor raigambre tanto la época de la ilustración, como en el edad contemporánea, y en sí, son conceptos que estuvieron constantes en el desarrollo dogmático del constitucionalismos a través del tiempo.

Claro está que el desarrollo de constitucionalismo tiene una conexión directa con el desarrollo del concepto de Estado, esa es una referencia casi directa, considerando que este concepto último también proviene de una perspectiva liberal, así también lo entiende FIORAVANTI: “Asociada a ‘Estado’, en cambio, la Constitución es antes que nada ordenamiento de los poderes, que en el curso del siglo XIX se convierte en regulación de los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial- de su actividad y de sus límites, sobre los últimos de los cuales se construye (...) [e]l derecho público estatal dedicad a las libertades de los individuos- (Fioravanti, 2022).

Con base en esto puede señalarse que la idea misma de los Derechos Fundamentales está vinculada de manera directa con la noción de Estado, y la construcción liberal de este, por lo que no es equivocado señalar que estos dos conceptos fueron nutriéndose el uno con el otro, interactuando de una manera peculiar en torno a las características de validez que el propio constitucionalismo se encargó de desarrollar a través de su desarrollo dogmático

Ahora bien, ya habiéndose observado el fundamento liberar de la teoría de los derechos fundamentales, y su conexión inevitable con el concepto de Estado, en el plano teórico-doctrinal corresponde seguir a Fioravanti, mismo que propone tres modelos que se integran de manera parcial en sus elementos constitutivos desde la Teoría del Estado para explicar y abordar los Derechos Fundamentales, en ese entendido, se tiene los modelos historicista, individualista y estatalista. Para fines de esta ponencia, se hará hincapié en el modelo “estatalista”

### **2.1.2. Modelo estatalista**

Se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum ómnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, ya que los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la *decisión política*, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Tales voluntades encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe a los derechos políticos como funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece a favor de este último; asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad; en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello se ha dicho que “puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte”.

Estas corrientes *historicista*, *individualista* y *estatalista* han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional. (Landa, 2022, p. 56-57).

## 2.2. Una distinción necesaria entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos

Desde hace un tiempo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, se habla de forma especial sobre los **derechos humanos**. En no pocas ocasiones se ha utilizado como sinónimo de **derechos fundamentales**. Este tema ha sido objeto de frecuentes discusiones académicas y judiciales, y también ha sido abordado en asuntos diplomáticos y gubernamentales, sobre todo en materias relacionadas con la dignidad de la persona y su protección como titular de derechos y garantías esenciales para su propia existencia.

Desde entonces se ha reconocido a la persona como legítima para recibir apoyo legal del Estado, independientemente de su nacionalidad, religión, clase social, raza o género.

Teniendo en cuenta que el derecho humano es, como su propio nombre indica, un derecho inherente al ser humano, esencial para su existencia, surge por así decirlo una nueva figura normativa que se define como un derecho fundamental, por lo que, en virtud del carácter esencial tanto del derecho humano como del derecho fundamental, **existen dudas académicas al suponer que estos dos derechos son idénticos** o forman términos sinónimos que tienen el mismo significado y tipicidad jurídica, **lo que no es cierto**.

El presente estudio tiene por objeto aproximar conceptualmente estos dos derechos y sobre todo diferenciarlos, para que el lector pueda conocer las **particularidades y diferencias que existen entre cada uno de ellos**, pues si bien es cierto que existen aspectos en común como puede ser su base en la dignidad de la persona humana, también existen diferencias como es, por ejemplo, la universalidad.

### **2.2.1. No todos los derechos humanos son derechos fundamentales**

Según el profesor **Pérez Luño**: *“Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el **derecho positivo**. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estado de Derecho”*.

Por tanto, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee por el mero hecho de haber nacido y que poseen un **carácter universal**, es decir, que van a ser aplicables a todas las personas, independientemente del lugar en el que vivan, su nacionalidad, raza, sexo o religión, entre otras cosas. Sin embargo, los derechos fundamentales son derechos que se encuentran **recogidos en el ordenamiento jurídico** de un país determinado, en concreto, en su Constitución.

Mientras los derechos humanos tienen un alcance universal, pues se reconocen a todas las personas en el mundo desde el momento de su nacimiento, los derechos fundamentales tienen un alcance nacional y, dependiendo del país, pueden variar. Los derechos humanos están consagrados en la declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, y los derechos fundamentales en la Constitución de cada país.

### **2.3. El Estado en su rol de garante principal**

Habiendo realizado estas precisiones conceptuales, es ahora necesario el establecer el rol que tiene el Estado como garante principal.



El Estado es quien garantiza y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales y humanos, de acuerdo a los compromisos asumidos en el pacto contractual denominado “Constitución”, es decir, es un ente activo que tiene como fin el cumplimiento de lo acordado; en ese entendido, es el **principal responsable** de adoptar las medidas necesarias para lograr el ejercicio y satisfacción real y efectiva de los derechos fundamentales y humanos por parte de sus habitantes.

A partir de estos compromisos asumidos, es que el Estado distribuye y encomienda el poder necesario a los órganos públicos con sus respectivas atribuciones y competencias a sus autoridades, mismas que atan a estas para cumplir y satisfacer este tipo de compromisos asumidos.

#### 2.4. El segundo nivel garante de los Derechos Fundamentales

Una característica principal en esta estructura multinivel, es sin lugar su carácter subsidiario, mismo que puede definirse de la siguiente manera: El principio de subsidiariedad tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados.

Como puede darse cuenta, es un fundamento más de la base institucional que sirve para:

- Otorgar una independencia a las autoridades inferiores
- Distribuir el poder
- Repartir competencias
- Una atención inmediata a posibles conflictos que necesitan solución pronta.

En la jurisprudencia constitucional el propio TCP ha definido a la subsidiariedad de la siguiente manera, en esencia, es la SC 1337/2003-R de 15 de septiembre que señala no podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa, salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable.

Que, de ese entendimiento jurisprudencial, se extraen las siguientes reglas y sub reglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad cuando: **1)** las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: **a)** cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y **b)** cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en



el ordenamiento jurídico; y **2)** las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiariedad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciados, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución. (en un mismo sentido las SSCC 1089/2003-R, 552/2003-R, 374/2022-R)

Como puede darse cuenta, en este criterio se puede observar un cumplimiento al principio de subsidiariedad como base y requisito institucional al acceso a la justicia constitucional.

A partir de este criterio es que puede señalarse que cuando exista una falta de cumplimiento a estos compromisos asumidos por el Estado, será el juez de garantías a quien se debe acudir para enmendar dicha vulneración a los Derechos Fundamentales, mismo que actúa como un garante de segundo. Este tipo de revisión de acciones que vulneran dichos derechos, llega a la instancia que fue creada en esencia para la observancia del cumplimiento de los Derechos Fundamentales, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Desde la creación del Tribunal Constitucional, se ha dado en Bolivia mayor grado de efectividad al ejercicio de estos derechos y a las garantías que los protegen.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es la instancia y autoridad que tiene a su cargo la observancia del cumplimiento y la satisfacción de los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. En ese entendido, es un órgano jurisdiccional plurinacional independiente, al servicio de la sociedad, que imparte justicia constitucional eficiente, eficaz y transparente, consolidando el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional, descentralizado y con Autonomía. Y cuya misión es el velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad para precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en el marco de una justicia plural, conforme a los principios y valores constitucionales.

## **2.5. La apertura del ámbito internacional para reparar un derecho convencional**

La observancia del principio de subsidiariedad está también presente en el tratamiento, no obstante, por un fin pedagógico, es necesario hacer la distinción necesaria entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad

De acuerdo a los nuevos escenarios constitucionales que se plantean, surgió una discusión vigente en varios espacios académicos, que giró en torno a determinar cuál debería ser el valor que el derecho internacional tendría que alcanzar en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ésta problemática se torna en más compleja a partir de un análisis de los mecanismos que los organismos internacionales emplean para promover la aplicación de los tratados; en razón a que, éstos mecanismos en más de un Estado han fracasado. Ese resultado que resulta indeseado, a su vez se ha vinculado a la casi nula coacción que se deriva en éste ámbito.

Sin embargo, en la actualidad los tratados internacionales, pese a las limitaciones que han sufrido en la práctica, ostentan un papel importante en el ordenamiento jurídico. Es por eso que, aunque con distintas limitaciones, se comenzaron a configurar mecanismos con el propósito de incentivar la aplicación directa de los instrumentos internacionales, pretendiendo alcanzar una suerte de incorporación masiva de ese derecho convencional en los ordenamientos internos. Sin embargo, tales mecanismos como analizaremos, han generado a la par situaciones de conflicto entre distintas disposiciones.

Otro debate surgido en éste ámbito, cuestionaba la competencia de los tribunales locales (especialmente, de los constitucionales) para analizar la validez de los tratados. Inclusive, pretendiendo zanjar el conflicto, muchos países recurrieron a la conocida figura de las cuestiones políticas no justiciables y sostuvieron de ésta forma su falta de competencia para cuestionar la política exterior adoptada por el Gobierno. Un caso evidente se reflejó en el caso de Estados Unidos, cuya jurisprudencia sobre este punto ha sido tan oscilante que es dificultoso determinar cuáles asuntos de las relaciones exteriores quedan fuera de los controles judiciales y cuáles pueden ser sometidos a ese control. También es posible advertir que en otros casos, los países optaron por invocar de forma constante y reiterada al principio de separación de poderes con el propósito de no invadir las competencias de otro órgano del Estado.

El producto de estas marcadas tendencias, provocó que en inicio los ordenamientos jurídicos se mantengan en silencio y no establezcan regulación alguna sobre la posibilidad de controlar o no la constitucionalidad de los tratados internacionales.

En éste tipo de escenarios y con problemáticas muy complejas detrás, el silencio del legislador sobre esta materia terminó también por conducir a que los tribunales se declaren como incompetentes para emitir un pronunciamiento de fondo. Sobre esto, el autor Cruz Villalón<sup>1</sup> destacaba el caso de la Constitución de Checoslovaquia de 1920, en la que existió un importante vacío en relación con la situación de los tratados; mientras que, por su parte el Tribunal Administrativo Supremo, a través de sentencia de 29 de marzo de 1921, declaró que estos tratados deberían estar excluidos de cualquier clase de control constitucional

---

<sup>1</sup> Cfr. Cruz Villalón, P. Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1929-1938) y España (1931-1936). Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 2. p.127.

En el continente americano se produjo una situación similar. En el caso colombiano Abello y Quinche<sup>2</sup> remarcan que, entre los años 1910 y 1985, prevalecía en ese país la idea de que los tratados internacionales no podían ser sometidos a control judicial, lo cual se relacionaba con la idea de que ejercer tal atribución suponía una vulneración del principio de separación de poderes, en la medida en que la celebración de tratados públicos era una competencia exclusiva del poder ejecutivo. Una idea análoga prevalecía en una considerable parte del mundo, donde se entendiera que los tribunales de justicia no tenían competencia para conocer de demandas en contra de tratados celebrados en el marco del Derecho internacional.

En la actualidad la posibilidad de ejercer el control jurisdiccional de control constitucional del tratado ya no es un asunto muy problemático; pero el debate se ha ampliado, a través de la extensión de los problemas a cuestiones como el grado o rango que debe otorgarse a los tratados en el derecho interno; y, a partir de esta cuestión, la definición, alcance y forma de ejercer la labor de control de convencionalidad.

Debe considerarse que incluso antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un importante sector de la doctrina consideraba que los conflictos entre disposiciones internacionales e internas debían resolverse a favor de estas últimas. En ese sentido, varios doctrinarios sostuvieron la idea de que el principio de la aplicabilidad inmediata del derecho internacional común, por parte de los tribunales estatales no implicaba que estos puedan aplicar una norma del derecho internacional común aún en el supuesto de que se oponga a una norma estatal<sup>3</sup>. De forma posterior, autores más contemporáneos también comparten la idea de considerar que la Constitución es una norma formal y materialmente superior; la consecuencia, es que no procedería que alguna disposición -aunque fuese del propio Derecho internacional- sea contraria a ella en afán de mantener esa superioridad. En ese sentido, señalaba el autor Oyarte que “se debe tener en cuenta que los compromisos asumidos por un Estado pueden ser susceptibles de un control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales. La autoridad del poder público no puede celebrar compromisos internacionales atentatorios a la Carta Política, pues de lo contrario superaría el ejercicio de facultades que le otorga la propia Constitución”<sup>4</sup>.

De forma ulterior, surge propiamente el concepto del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de constitucionalidad fue creado formalmente por la decisión en *Almonacid Arellano et al v. Chile* en 2006. En este caso acusó al Estado chileno de ser responsable internacionalmente por la decisión de adoptar e implementar el Decreto 2191 en 1978, que concedía una amnistía general a todos los responsables de crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación judicial del decreto tuvo como efecto inmediato

2 Cfr. Abello, R. y Quinche, M. El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión de control. *The International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8. 2006. P.16.

3 Cfr. Verdross, A. (1963). *Derecho Internacional Público*, Madrid: Editorial Aguilar. Pp. 69 y 70.

4 Cfr. Oyarte, R. (1998). Límite y limitaciones al Poder Constituyente. *Revista Chilena de Derecho*, núm. Especial. P.79.

el cese de todas las investigaciones y el archivo del expediente sobre la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de violaciones generalizadas de los derechos humanos tras el golpe de Estado del general Augusto Pinochet en 1973. En este caso, la Corte Interamericana declaró nulo *ab initio* el decreto de amnistía chileno; y, determinó que en los casos en que el poder legislativo incumple su deber de derogar las leyes que contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el poder judicial sigue obligado a respetar y garantizar los derechos convencionales. En tal escenario, los jueces deberían ejercer el control de convencionalidad y asegurar que las disposiciones de la Convención Americana no se vean menoscabadas por la implementación o aplicación de leyes que contravengan su objeto y fin. Dos meses más tarde, este precedente fue reiterado, aunque con ligeras variaciones, en el caso Empleados Cesados del Congreso vs. Perú. Esta sentencia si bien se remite de forma textual a la cita de los criterios de Almonacid Arellano para el control de convencionalidad; sin embargo, también los refina en dos sentidos: **1)** El control de convencionalidad surge *ex officio*, sin que necesariamente sea solicitado por alguna de las partes; y, **2)** Debería ejercerse en el marco de las competencias respectivas de las autoridades y de las normas procesales correspondientes. Desde ese entonces, la Corte Interamericana ha aplicado y perfeccionado aspectos del “control de convencionalidad” que hacen a su alcance y las autoridades a cargo de realizarlo. En ese contexto, los parámetros del mecanismo de control de convencionalidad también han sido fijados por resoluciones distintas a las sentencias definitivas en casos contenciosos.

Con esa creación o innovación del concepto de “control de constitucionalidad” también se generaron algunos debates doctrinales referentes a cómo se inserta este tipo de control de forma paralela, tanto en el entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como en el derecho constitucional inherente a cada Estado.

En este escenario surgen intentos de definición del concepto de “control de convencionalidad” a partir de la propia postura de la Corte IDH; en tal contexto, se comprende el concepto desde una posición análoga a la de la Corte IDH; es decir, señalando que es un deber que asumen todas las autoridades. A su vez éstas posiciones parecen asimilar las obligaciones de respeto y garantía, y de adecuación interna, con lo que es el control de convencionalidad propiamente dicho. En ese sentido, Claudio Nash<sup>5</sup> afirma que considerando los dos ámbitos de aplicación en que se puede realizar el control de convencionalidad –nacional e interamericano–, éste se traduce en una figura que concreta la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte Interamericana y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la Convención Americana

---

5 Cfr. Nash Rojas, Claudio. El control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá. 2013. Pp. 492 y 494.

sobre Derechos Humanos y a los entendimientos interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH que se ajuste a las obligaciones internacionales de cada Estado parte (de la Convención); y, que dé efectividad a los derechos reconocidos convencionalmente.

De lo antedicho es posible colegir que para el mencionado autor –Nash– el control de convencionalidad equivaldría a la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía reconocida en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; toda vez que, para éste escritor la obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Consecuentemente o en última instancia, ese control implicaría que haya conformidad de los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Por otra parte, existen también autores que vinculan el concepto de control de convencionalidad al simple cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía por parte de los Estados y sus autoridades. Sobre el tópico Karlos Castilla destacó la siguiente idea “...lo que la CoIDH ha tenido a mal denominar como control de convencionalidad nunca ha sido una novedad sustantiva, pues lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia derivada de esta. Lo cual es muy necesario, pero nada nuevo aporta si se entienden los efectos de adquirir obligaciones internacionales”<sup>6</sup>. Es decir, para este autor, el control de convencionalidad referido por la Corte IDH equivale a lo que denomina “garantía de tratados”, que se traduce en la simple observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Asimismo, se advierten posturas que centran el análisis del control de convencionalidad expresamente en el poder judicial y lo definen a partir de la autoridad a quién se le encomienda la supervisión del cumplimiento de las obligaciones convencionales estatales. A manera ilustrativa, Sergio García Ramírez<sup>7</sup> ha expresado que el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano; es decir, en el ámbito nacional e internacional, se relaciona de forma directa con el tema del control de la convencionalidad de carácter judicial mediante un ejercicio de interpretación. Con una similar postura, Paola Acosta Alvarado considera que el control de convencionalidad realizado por la judicatura nacional se puede definir “como la tarea de supervisión y adecuación que todos los jueces nacionales deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los

6 Castilla Juárez, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional en Derecho del Estado. 33. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 149 y 151.

7 Cfr. García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad” en Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. 2012. Pp. 211 y 213.

artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos<sup>8</sup>.

Otros autores simplemente han definido el control de convencionalidad; pero sin establecer quién debería estar a cargo de su realización. De forma sintética se puede referir que esos autores coinciden en que el derecho internacional de los derechos humanos es junto con las fuentes nacionales, un parámetro necesario de aplicación para brindar un mayor grado de eficacia a la protección de los derechos del ser humano, la consecuencia es que el control de convencionalidad se entendería como el uso o la utilización directa de la protección real contenida en las convenciones y justificada o vista a partir de los términos establecidos por principios como a *favor libertatis*, *pro personae*, *in dubio pro libertatis*, entre otros.

Adicionalmente, vemos posturas que parecerían crear diversos niveles de control de convencionalidad, esto aparentemente llega a depender de la relación jurídica que tengan los Estados con el Sistema Interamericano. En este sentido destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor a cuya consideración el control de convencionalidad se refiere a un estándar mínimo creado por la Corte Interamericana para que se aplique el contenido normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su jurisprudencia en los Estados que han suscrito o se han adherido a la mencionada Convención y, con mayor intensidad, en los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana<sup>9</sup>.

Finalmente, sobre el fundamento del concepto mismo de control de convencionalidad, la Corte IDH emplea como sustento legal los artículos 1.1, 2, 29.b) y 63.1 de la CADH; 2625 y 2726 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados; y, el principio de efecto útil de los tratados.

Lo antedicho puede evidenciarse a partir de la lectura de la jurisprudencia interamericana. Así cuando el enfoque de la Corte IDH parte del precitado art. 1 de la CADH, el concepto de “control de convencionalidad” se comprende como derivado o parte de las obligaciones de respeto y garantía. En cambio cuando se entiende al aludido concepto como un derivado del art. 2 de la CADH, se lo deriva de las obligaciones de adecuación del derecho interno, deber por el cual las autoridades deben, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”. Éste entendimiento por ejemplo puede verse en el Caso Gelman Vs. Uruguay<sup>10</sup>.

8 Cfr. Acosta Alvarado, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano. Universidad Externado de Colombia. 2015. P. 76.

9 Cfr. Ferrer Mac- Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano en Ferrer Mc. Gregor. El control difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. FUNDAP. México. 2012. Pp. 108, 134,136 y 142.

10 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

Por otra parte cuando la Corte IDH se refiere al control de convencionalidad enfocándolo desde el art. 63.1 convencional, hace alusión al derecho a la reparación que reconoce (la Corte IDH) como garantía de no repetición. A través de éste entendimiento se comprende que el control de convencionalidad **tiene una dimensión reparadora** en este sentido, puede consultarse el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay<sup>11</sup> o Atala Riffo y niñas Vs. Chile<sup>12</sup>. Por otra parte, cuando la Corte IDH hace alusión al origen de la vinculatoriedad de sus sentencias y de sus precedentes -tanto para Estados parte en una controversia, como y para los que no lo son- emplea el concepto de control de convencionalidad, la Corte IDH presta particular atención a la obligación de cumplir con lo dispuesto en las sentencias de la Corte con base jurídica en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; en los principios *pacta sunt servanda*, de buena fe; y, con base fáctica en el hecho de que los Estados no pueden emplear el derecho interno como fundamento para dejar de cumplir con lo establecido en los tratados internacionales; esta forma de uso puede verse en el Caso Gelman Vs. Uruguay<sup>13</sup>. Finalmente, cuando la Corte IDH se refiere al control de convencionalidad desde el efecto útil (*effet utile*) de sus decisiones, relaciona este concepto con la necesidad que una sentencia interamericana -u otra internacional- tenga un efecto real y concreto a nivel nacional.

Lo hasta aquí descrito, permite visualizar someramente el fundamento jurídico del control de convencionalidad a partir del contenido del art. 1 de la CADH, surge para cada Estado parte, la **obligación de respetar los derechos** bajo el siguiente texto: “Los Estados Partes en esta Convención se **comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (el énfasis fue añadido).

En consonancia con la obligación anteriormente descrita y con la puesta en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, a partir del contenido del art. 2 de la CADH, los Estados parte adquirieron el “**Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por **disposiciones legislativas o de otro carácter**, los Estados partes **se comprometen a adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades**” (las negrillas me corresponden). En tal mérito,

11 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

12 Corte IDH. Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

13 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

los Estados adquieren el deber de adoptar medidas legislativas u otras de cualquier índole tendientes a efectivizar el contenido de la Convención. De hecho, el sistema democrático de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos presupone la existencia de un cuerpo normativo que engloba al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

De esa manera se visualiza una primera diferencia entre lo que es el control de convencionalidad frente al control de constitucionalidad; toda vez que, éste último encuentra su respaldo jurídico en el principio de supremacía constitucional que nos permite percibir la idea de Constitución como norma fundamental y jurídica. En el primer caso que es el que nos interesa, la Constitución se manifiesta como fundamento del ordenamiento jurídico, esto provoca que la validez de cualquier norma infraconstitucional dependa de su sometimiento a la Constitución. Esta es una de las características que permiten calificar a una Norma Suprema como rígida -condición que no permite su modificación por otras disposiciones sino a través de los mecanismos previstos constitucionalmente para su modificación- resultando por ende la fuente de validez de todo el sistema jurídico mismo. Mientras que el fundamento jurídico del control de convencionalidad se tiene descrito precedentemente.

Para visualizar de mejor forma las diferencias igualmente se puede considerar que en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)”, vs Perú la Corte enfatizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ya no “un cierto” control conforme se indicó en “Almonacid Arellano y otros”; sino un control “de convencionalidad”. Al precisar el concepto la Corte IDH también se refirió a algunas características específicas de este control, mencionando que es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial en el marco de sus competencias y regulaciones procesales pertinentes. A su vez aclaró que esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque **tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre**, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En tal contexto, el control de convencionalidad más bien resultaría **complementario** al “control de constitucionalidad” circunstancia ésta última que pone en evidencia que no ambos controles no se tratan de una misma institución. Otra característica más del control de convencionalidad es que se aplica en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales. Destaca en éste fallo, el voto razonado del entonces juez del tribunal, García Ramírez quien enfatizó que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al “control de convencionalidad”; lo hizo, teniendo a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana; sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos



de los que es parte el Estado como ser el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada<sup>14</sup>.

Aquí, conviene puntualizar de forma somera que a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 1), que define el término “tratado,” como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. De éste concepto, emerge una amplia clasificación de los tratados internacionales, conocidos en la doctrina y en el derecho internacional con diferentes denominaciones, a saber: acuerdo, carta, convenio, convención, pacto, protocolo, compromiso, concordato, *modus vivendi*, estatuto, etc.; pero en todos los casos, independientemente de la denominación con la que se les identifique, constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes **para las Partes contratantes**. Desde éste punto de vista, resulta curioso que el entendimiento de la Corte Interamericana, hubiera extendido el alcance del control de convencionalidad a “otros instrumentos” con igual naturaleza a la Convención Americana como los anteriormente mencionados; sin al menos analizar previamente si todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH o aquellos que se han adherido a la Convención Americana, se encuentra o no igualmente sometidos a todo ese *corpus iuris* convencional de los derechos humanos por ser partes contratantes; o, al menos establecer cuál sería la razón considerada por la Corte para vincularlos en la forma en que se hizo.

Adicionalmente, parece haberse prescindido de un análisis respecto a la competencia de la Corte IDH que se limita al conocimiento de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, **siempre que** los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. En tal sentido, no queda clara la intención al incluir en su definición del control de convencionalidad aquellos instrumentos internacionales sobre los cuales no ejerce facultad alguna.

No obstante y retomando el análisis simplemente conceptual **de lo que ha definido la jurisprudencia interamericana como “control de convencionalidad”, se advierte que la propia Corte IDH ha delimitado el alcance que tiene el control de convencionalidad respecto a los derechos y garantías previstos en la Convención y en otros instrumentos de igual naturaleza que integren el cuerpo convencional internacional**. En contraparte, el control de constitucionalidad alcanza al contenido de la Norma Suprema únicamente. No obstante, con cierta frecuencia ya en el contexto latinoamericano, se han presentado situaciones particulares como en el caso boliviano.

14 Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Voto Razonado de García Ramírez. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre 2006.

De la noción de validez de la Constitución como límite al poder político hacia una concepción actual sobre el grado de vinculación y exigibilidad en la actuación de sus destinatarios, muchos conceptos han sufrido una evolución significativa, especialmente la Supremacía Constitucional, que puede ser examinado a partir de la idea de Constitución como norma fundamental y jurídica. En el primer caso que es el que nos interesa, la Constitución se manifiesta como fundamento del ordenamiento jurídico, esto provoca que la validez de cualquier norma infraconstitucional dependa de su sometimiento a la Constitución. Es por este motivo que una Constitución rígida es a la vez la fuente de validez de todo el sistema jurídico mismo. Frente a ésta configuración, se advierte que la Constitución como norma jurídica supone un mandato genérico que -de forma efectiva- somete a sus destinatarios. En tal mérito, su cumplimiento puede ser sometido a control, a través de ciertos mecanismos (que pueden ser políticos o jurídicos) como precedentemente se ha señalado. Surge así el concepto de **control de constitucionalidad** que se ejerce respecto al contenido de la propia Norma Suprema que es la base de contraste en el control de constitucionalidad.

El objeto de control de constitucionalidad es la protección de la supremacía de la Constitución dentro de un sistema jurídico, por ser la Norma Suprema la máxima manifestación del acuerdo político democrático que la sociedad decide en algún momento histórico determinado.

Recordados someramente estos conceptos, el caso boliviano ocurre una particularidad adicional cuando estamos pues se produce una suerte de doble fuente que integra la supremacía constitucional bajo el concepto de “bloque de constitucionalidad” desarrollado por el art. 410 de la CPE, pues si bien ésta propia norma que aclara que la Constitución Política del Estado se prioriza frente al derecho convencional, a su vez integra los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derecho Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país al Bloque de Constitucionalidad. Esto en cuanto a la aplicación de dichas normas convencionales, implica conforme al art. 256 de la CPE, que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, **que declaren derechos más favorables** a los contenidos en la Constitución, **se aplicarán de manera preferente sobre ésta**. Mientras que en el caso de interpretación de derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables; esto en concordancia con el art. 13.IV de la Norma Suprema.

Por consecuencia si el control de constitucionalidad en el caso boliviano se produciría cuando se está frente a alguno de esos casos (de aplicación preferente o interpretación de acuerdo a los tratados internacionales); lo que, materialmente ocurriría es que ese control de constitucionalidad se extendería también al mandato convencional en cuestión. Casos como éste han dado origen a una confusión conceptual; pero concierne aclarar que, si bien en unos casos puede ocurrir que a tiempo de efectuar el control

de constitucionalidad se realiza implícitamente un control de convencionalidad (como en el mencionado); sin embargo, el concepto de ambos, su naturaleza, fundamentos legales y base de contraste como se ha visto hasta aquí, resulta distinta aunque pueda también resultar complementarios sus análisis o en casos como el boliviano lleguen a fundirse a través de conceptos como el Bloque de Constitucionalidad en circunstancias especialmente establecidas por la Norma Suprema.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Bolivia del periodo de transición, a través de la SC 0110/2010 consideró en un supuesto criterio de interpretación “integrador” (criterio que no se encuentra previsto ni por la Constitución Política del Estado ni por el Código Procesal Constitucional), que las decisiones de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad. Aparentemente, el criterio empleado parece fundarse en los arts. 4 y 6 de la Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público -Ley 004 de 13 de febrero de 2010-; sin embargo, en tales artículos no se advierte alusión alguna al criterio “integrador” de interpretación. Más allá de ese detalle, el fallo constitucional precitado concluye que: *“...el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional ‘sistémico’, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”*.

Siguiendo con el Control de Convencionalidad, el Tribunal Constitucional de Bolivia de transición, en la SC 1888/2011 de 7 de noviembre, determinó que este mecanismo se ejerce por los jueces y tribunales respecto a la compatibilidad entre las normas jurídicas de derecho interno que aplican en los casos que son de su conocimiento **y la Convención Americana**.

Si bien los anteriores lineamientos descritos fueron reiterados ya en vigencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, el tema no deja de ser controvertido respecto al margen de apreciación que tienen los países y el control de convencionalidad. Así si bien es evidente que por con carácter general existe uniformidad en los países para aceptar el contenido de una sentencia de la Corte IDH emitida contra el país que luego aplica el entendimiento jurisprudencial -salvo el caso de Venezuela que tras declarar a través de su Tribunal supremo la “inejecutabilidad” de la Sentencia Interamericana emitida en el caso Apitz Babera y otros vs Venezuela, se ha alejado de la Corte IDH- Sin embargo, no existe uniformidad respecto al carácter de la jurisprudencia interamericana cuando el país no está involucrado.

En tal escenario es posible advertir que la forma en que cada país interioriza el control de convencionalidad depende de varios factores como el grado de aceptación o rechazo

que se tenga constitucionalmente a la normativa y jurisprudencia internacional en relación a si dichas normas forman parte o no de un bloque de constitucionalidad o de un parámetro conforme a la configuración constitucional de cada país o Estado. También es posible advertir que al existir países que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, lógicamente tampoco aceptan la realización del control de convencionalidad a partir de las sentencias que emite dicho órgano. En ese mérito, hay países como Canadá y Estados Unidos solo responden ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Por otra parte hay países que aceptan la competencia contenciosa de la Corte IDH y aparentemente también se someten a la vinculatoriedad de sus sentencias. Como en el caso de Colombia, que se refiere o se remite incluso a criterios de la jurisprudencia interamericana y las pautas interpretativas o criterios hermenéuticos relevantes que contiene; pero hace referencia en sentido fuerte que incluso podría entenderse como de aplicación obligatoria y no meramente orientadora.

Asimismo, existen posiciones estatales que hacen referencia a la existencia de un ámbito de configuración de cada Estado en la aplicación de criterios interamericanos. Algunos se han referido a este criterio estatal con más fuerza que otros, un ejemplo que resulta ilustrador sobre una postura fuerte respaldada en éste criterio, puede ser leído en el anteriormente mencionado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que dicho país sostuvo que si bien la interpretación jurídica puede ser flexibilizada y conforme al lenguaje de los derechos humanos -y el principio de progresividad- se reconoce el desarrollo progresivo de dichos derechos. Sin embargo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos vinculada a una idea -valga la redundancia- que se tenía en mente acerca de sus posibles tipos de violación; pero, no consintió otras transgresiones o ideas que en su momento no existían.

En ese mismo caso, Chile planteó un escenario distinto pues que a efectos de incorporar protocolos que protejan otros derechos se hace necesario ampliar el alcance del tratado; y, éste escenario se presentaría cuando se trata de materias en las que no existe un consenso mínimo, situación en la cual la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, determina cuál es el procedimiento a seguir en afán de incorporar protocolos que protejan otros derechos<sup>15</sup>.

Igualmente resulta curioso el caso de México, considerando que hubo tres jueces mexicanos en la Corte IDH: Eduardo Mcgregor, Héctor Fix Zamudio y Sergio García Ramírez. Justamente el último prenombrado, empezó una suerte de cuestionamientos o reflexiones acerca de lo que luego se denominaría control de convencionalidad, contenidos en sus votos razonados. En tal contexto dichas reflexiones versaban principalmente sobre ciertas condiciones que estaban impactando en la manera de

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte IDH. *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Véase especialmente el párrafo 74.

operar de la Corte IDH; y, es que en ese momento eran finales de los años noventa y principios de los de dos mil, cuando gran parte de la jurisprudencia que estaba conociendo la Corte IDH se produjo en la resolución de casos relacionados con violaciones graves a derechos humanos que se daban en el marco de conflictos armados que se daban en el conflicto en el marco de procesos de Estados autoritarios y conflictos armados por la persistencia de resistencias que en ese momento no permitían vislumbrar con claridad las reglas que permitieran a la Corte IDH establecer la responsabilidad internacional.

En tal escenario, el Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez empezó a desarrollar el concepto sobre ese tipo de control; y, lo hizo en el caso de Mirna Mcchang contra Guatemala, donde la prenombrada era defensora de derechos humanos y trabajaba con algunos movimientos en resistencia y comunidades. Ella fue víctima de ejecución extrajudicial por parte de agentes del Estado y en su caso las investigaciones no fluyeron debido a que según se acusó, no se hizo todo lo posible desde el aparato del Estado que más bien obstaculizó la investigación utilizando de forma equívoca los recursos entre otros argumentos que fueron expuestos, como la lesión del derecho a la defensa. El Estado de Guatemala en el caso se encontraba representado por su poder ejecutivo; que empleó como alegato que al ser el poder judicial independiente; y, en razón al principio de separación de poderes, el Ejecutivo no podía ordenarle o exigir que realice las investigaciones de forma idónea. Consecuentemente, si bien no manifestó oposición para cumplir lo que señala la Convención Americana o inclusive las determinaciones de la Corte IDH, refirió que por el principio mencionado, no era viable.

En éste caso el referido Juez, determinó que en derecho internacional o como determina la propia Convención, rige la indivisibilidad del Estado. Por consecuencia, los Estados no pueden considerarse como fragmentados al momento de acudir a una instancia internacional. Por lo mismo, cuando se presentan ante la Corte IDH, acuden como un todo y no pueden quedar exentos del control de convencionalidad. Se agregó que no sólo no era viable seccionar internacionalmente al Estado; sino que, tampoco era posible obligar ante la Corte IDH solo a uno de sus órganos o al que ejercía la representación Estatal, sin que dicha representación -valga la redundancia- repercuta sobre el estado en su conjunto y permita sustraer a otros poderes del régimen de responsabilidad de convencionalidad. Éstas ideas culminaron con la primera idea del concepto de control de convencionalidad, que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH no era necesariamente una función interpretativa como en ocasiones ocurre en nuestros tiempos; sino que, en ese precario origen, era más una cuestión de no dejar fuera de la competencia de la corte o del foco de la corte ciertos actos del Estado con la justificación de que provienen de un poder que se considera independiente dentro del propio Estado. En este origen entonces, es posible advertir que el control de convencionalidad estaba orientado más a consolidar la actuación del poder público y los órganos del Estado, para determinar su posible responsabilidad Internacional.

Ahora bien, en el debate mexicano se presentaron en primer lugar los casos en los que su Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos considerando cuál sería el conjunto de normas que constituyen el parámetro de control de convencionalidad, al que ha denominado parámetro de control de regularidad constitucional. Posteriormente, se discutió y estableció cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano. Finalmente, se emitieron sentencias que contienen las reglas que los jueces deben seguir para realizar control difuso y ex officio de convencionalidad en México.

La reforma constitucional de 2011, provocó un giro en México pues el enfoque y forma de percepción interna de los derechos humanos tuvo un cambio importante y se colocaron a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la cúspide del ordenamiento jurídico y fortalecieron la protección de dichos derechos humanos a través de distintos mecanismos de interpretación y aplicación de las normas internacionales al hacer operativos los cambios constitucionales, a través de distintas herramientas como el control de constitucionalidad y un distinto enfoque del de convencionalidad. Esto ha provocado que los derechos humanos de fuente nacional e internacional alcancen en México un nuevo desarrollo.

Sin embargo, en inicio respecto a la recepción del control de convencionalidad sobre los preceptos constitucionales o un control de tipo jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos constitucionales (como el que podría realizarse en la Corte IDH), no eran extremos aceptados ni viabilizados en México, pues se consideraba que la Constitución era la fuente de todo el ordenamiento jurídico y, por ello, debe considerarse inmune a cualquier tipo de control jurisdiccional. Asimismo, al tratarse de una Norma Suprema de todo el ordenamiento jurídico, la consecuencia era que la condición fundamental de validez de los tratados internacionales -con independencia de la materia que regulen- estaba dada por su conformidad con la Constitución. Además, la condición fundamental de validez de los tratados internacionales es su conformidad con la Constitución.

Otro debate posterior surgió respecto a la determinación de la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto a la Constitución cuando éstos se encuentren frente a la Norma Suprema; es decir, qué criterio de preferencia normativa debería aplicarse cuando la restricción a derechos humanos expresado en tratados internacionales provenía de la propia Constitución; y, cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano.

Sobre el tópico la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolló un claro enfoque según el cual del artículo 133 de la Norma Suprema de México, se desprende como una consecuencia del principio de supremacía constitucional, que los tratados internacionales se encuentran en el nivel inmediatamente inferior a la Constitución.

Sin embargo, el criterio de jerarquía antedicho, posteriormente resultó insatisfactorio para dar cuenta de lo ocurrido con las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales y la Corte concluyó afirmando que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En consecuencia, el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no resultaba una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos.

Respecto a la jurisprudencia interamericana se concluyó que era necesario considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a partir de esa conclusión se tuvo que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. En consecuencia, los criterios que emita la Corte Interamericana en sus resoluciones, como intérprete último de la Convención Americana en el ámbito internacional, se consideraron por la Corte Suprema de la Nación como vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de México, también razonando que los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte IDH que resuelven un caso contra México se integran a la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debe entenderse en clave de progresividad que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente.

No obstante, se aclaró también de forma enfática que la jurisprudencia interamericana, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no debía sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debía hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional. La consecuencia fue que la jurisprudencia interamericana se tuvo por vinculante para los jueces nacionales cuando resulte más favorable con base en el principio pro persona previsto en el art. 1 de la Norma Suprema mexicana y así con ese entendimiento jurisprudencial, se exigía a los operadores jurídicos mexicanos que para aplicar la jurisprudencia interamericana debían concurrir tres situaciones:

- 1) Que el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;
- 2) En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y
- 3) De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

Conforme a lo antedicho, si bien en un primer momento, al tener que responder a la pregunta sobre la vinculatoriedad de otras sentencias en que México no había sido parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considero que dichas sentencias tendrían carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el art. 1 constitucional. Es decir, para la Suprema Corte, dichos precedentes debían ser empleados siempre que implicaran la aplicación del principio pro persona.

Los breves debates anteriormente descritos y en especial los mostrados en el caso mexicano -que no son los únicos- ponen en evidencia que aunque la jurisprudencia boliviana parece haber superado la fase de discusión respecto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y el ejercicio del control de convencionalidad (respecto a su forma, alcances y quien tiene competencia para su ejercicio por ejemplo). Sin embargo, también deja ver que existen cuestiones que parecen no haber sido aún objeto de un análisis más profundo respecto a si existe o debería existir diferencia respecto a la vinculatoriedad de un fallo interamericano que resuelva un caso en el cual el Estado Plurinacional de Bolivia sea parte, frente a otro que resuelva cuestiones que no involucran a Bolivia. O respecto al efecto de los razonamientos de la Corte IDH que hagan referencia a derechos, violaciones o entendimientos que no existían al momento de ratificación de la Convención por parte de Bolivia y que por lo mismo no fueron parte del consenso brindado. Debates que en la actualidad van cobrando relevancia pues no parecen poder ser superados simplemente por la aplicación del principio *pacta sunt servanda* o el efecto útil de los tratados que sostienen el razonamiento de la SC 0110/2010. Por lo mismo, han existido situaciones donde sin ser contrario el autor ha expresado aclaraciones o disidencias respecto al control de convencionalidad, pretendiendo otro tipo de análisis a partir de distinciones conceptuales y contextuales que permitan dotar una mejor labor hermenéutica y método.

**Además debe tomarse en cuenta que la jurisprudencia boliviana al hacer referencia a la aplicación del control de convencionalidad no realizó una distinción respecto a la posición del Estado Plurinacional de Bolivia y el sistema jurídico boliviano,** ocurriendo lo mismo cuando la jurisprudencia interamericana se refiere en términos generales a la obligación de realizar el control de convencionalidad sin distinguir la existencia de países que por ejemplo no reconocen la competencia de la Corte IDH, ni tomar en cuenta la forma en que el contenido de la Convención ha sido integrado al sistema jurídico de cada país. Esta carencia parece dar indicios de cuestiones aún no resueltas; debido a la asimilación de diferentes circunstancias que fueron homogenizadas a través de una misma obligación para todos los países pese a sus distintas formas de aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH; o, inclusive existiendo países que a pesar de aceptar dicha competencia, no comulgan en absoluto con el concepto de control de convencionalidad por considerarlo hasta contrario a su tradición jurídica como es el caso de Surinam.



De ahí que hayan surgido análisis separados que hacen los altos tribunales de los diferentes Estados parte respecto al valor de las sentencias interamericanas que permiten al menos vislumbrar que no existe un consenso al respecto, aunque la mayoría de los Estados dialoga con los entendimientos de la Corte IDH, su obligatoriedad parece ser un punto de tensión que aún no tiene una respuesta unívoca.

No obstante de este debate en torno al valor mismo de los criterios emergentes del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, no puede negarse el tipo de impacto que este ha tenido en el desarrollo del constructo de los constitucionalismos en América Latina.

Como se había señalado, quienes concurren ante una supuesta lesión a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, son los mismos Estados ante este Sistema Interamericano con el fin de asumir defensa o tratando de dar explicaciones sobre la falta de cumplimiento de los compromisos adoptados internacionalmente, ergo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y del cual hace parte el Estado Plurinacional de Bolivia.

Cuando esta concurrencia acontece, el fin de la intervención internacional es el de REPARAR cualquier tipo de contravención a lesión a este tipo de Derechos, puesto que la acusación gira en torno a la falta de previsión o un exceso en los límites establecidos por el propio Estado de Derecho, razón por la cual, lo que se intenta en esta instancia y nivel, es que el propio Estado otorgue las garantías para el ejercicio plenos de los derechos, y, en su caso, un resarcimiento por la lesión de los Derechos Humanos.

Este tipo de hermenéutica hace que esta instancia internacional sea considerada, de manera institucional, como un garante de 3 nivel o grado para el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.

No obstante, tampoco debe dejarse de lado que este tipo de apertura se da cuando se supera lo establecido por el principio de subsidiariedad, puesto que no debe olvidarse que uno de los principales sustentos del Estado de Derecho es la soberanía de los pueblos, y no hay mayor acuerdo democrático-político-contractual que una Constitución misma.

## **2.6. El diálogo entre instancias en el constitucionalismo multinivel**

Este tipo de criterios no deben de entender como una suerte de encierro discursivo a partir de las competencias institucionales otorgadas a cada uno de estos niveles. Sino más bien, debe generarse una idea de sinergia y diálogo entre estos niveles, con el fin de forjar entendimientos a partir de criterios epistémicos muy propios de cada nivel.

Este tipo de pretensiones han tenido su arropamiento en la teoría general del Diálogo Interjurisdiccional, que plantea que si históricamente el diálogo entre los jueces era limitado a las fronteras del Estado-nación, la realidad actual obliga a la apertura de la jurisdicción interna a otros universos sistémicos de normas jurídicas. En efecto,

el diálogo interjurisdiccional puede ser traducido como un diálogo entre/con los tribunales internacionales.

Por último, conviene aclarar que el diálogo entre las jurisdicciones de Latinoamérica no debe considerarse como un monólogo que ambiciona el “adiestramiento” de los países de la región con base en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el contrario: la tarea del diálogo jurisdiccional es superar las viejas discusiones propias de la dicotomía monismo/dualismo, con la finalidad de que se forme un ordenamiento plural y múltiple, y sobre todo, que se respete la soberanía de cada pueblo en relación a su propia interpretación de su Norma Constitucional.

## **2.7. Retos del constitucionalismo multinivel: La importancia del margen de apreciación en el sistema Interamericano**

Uno de los retos más importantes que se confronta a momento de establecer estos tipos de diálogos multinivel, es sin lugar a duda, que el sistema interamericano pueda tomar en cuenta las interpretaciones y las normativas constitucionales de cada Estado, esto con el fin de salvaguardar el principio de auto gobernanza que es piedra angular de la construcción del concepto mismo de Estado de Derecho.

A esto, se le suma el principio de subsidiariedad, que más allá de una función instrumental, esta se convierte en una sustantiva, porque va a proteger no solo las formas en las cuales se puede y debe accederse a los distintos tipos de los niveles estudiados, sino que también posibilita otorgar el tipo de independencia funcional e institucional que cada uno de estos niveles requiere para ser realmente efectivo.

De lo contrario, se estaría hablando del aspecto que justo quiere evitarse, como es el de ser partícipes de un monólogo proveniente de una institución supra nacional, dejando de lado, en muchas ocasiones, la reales pretensiones de cada pueblo.

## **3. CONCLUSIONES**

**1.** Debe entenderse como garante a un Estado, por el tipo de obligaciones y responsabilidades que se asume dentro de lo que se denomina el gran pacto contractual representado por su Constitución Política del Estado.

**2.** Un Estado de Derecho se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Las instituciones políticas regidas por dicho principio garantizan en su ejercicio la primacía e igualdad ante la ley, así como la separación de poderes, la participación social en la adopción de decisiones, la legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal. Por lo que en esta definición se puede encontrar sus elementos constitutivos de la siguiente manera:

- a) La estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes);
- b) Libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico;
- c) División de poderes políticos en la estructura del Estado; y,
- d) La integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica.

3. Los Derechos Fundamentales provienen de una tradición enteramente liberal, por ende, puede señalarse que la idea misma de los Derechos Fundamentales está vinculada de manera directa con la noción de Estado, y la construcción liberal de este, por lo que no es equivocado señalar que estos dos conceptos fueron nutriéndose el uno con el otro, interactuando de una manera peculiar en torno a las características de validez que el propio constitucionalismo se encargó de desarrollar a través de su desarrollo dogmático.

4. Para establecer e identificar los distintos tipos de garantes en la estructura multinivel de los Estados, es necesario adoptar el criterio del “modelo estatalista” de los Derechos Fundamentales, que se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum ómnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

5. A partir de estos criterios es que debe hacerse una distinción necesaria entre Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos de la siguiente manera:

Por tanto, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee por el mero hecho de haber nacido y que poseen un **carácter universal**, es decir, que van a ser aplicables a todas las personas, independientemente del lugar en el que vivan, su nacionalidad, raza, sexo o religión, entre otras cosas. Sin embargo, los derechos fundamentales son derechos que se encuentran **recogidos en el ordenamiento jurídico** de un país determinado, en concreto, en su Constitución.

Mientras los derechos humanos tienen un alcance universal, pues se reconocen a todas las personas en el mundo desde el momento de su nacimiento, los derechos fundamentales tienen un alcance nacional y, dependiendo del país, pueden variar. Los derechos humanos están consagrados en la declaración

Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, y los derechos fundamentales en la Constitución de cada país.

**6.** Bajo este desarrollo, el Estado es el garante principal y es quien garantiza y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales y humanos, de acuerdo a los compromisos asumidos en el pacto contractual denominado “Constitución”, es decir, es un ente activo que tiene como fin el cumplimiento de lo acordado; en ese entendido, es el **principal responsable** de adoptar las medidas necesarias para lograr el ejercicio y satisfacción real y efectiva de los derechos fundamentales y humanos por parte de sus habitantes.

A partir de estos compromisos asumidos, es que el Estado distribuye y encomienda el poder necesario a los órganos públicos con sus respectivas atribuciones y competencias a sus autoridades, mismas que atan a estas para cumplir y satisfacer este tipo de compromisos asumidos.

**7.** A partir de esta identificación del garante principal es que debe señalarse de manera categórica que estos tienden a generar una sinergia a partir de límites y auto límites impuestos por criterios como el del principio de subsidiariedad, mismo que tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados. Mismo que además tendrá su incidencia como un requisito previo a la apertura a la jurisdicción internacional.

**8.** Respecto al segundo nivel garante de los Derechos Fundamentales, puede señalarse que cuando exista una falta de cumplimiento a estos compromisos asumidos por el Estado, será el juez de garantías a quien se debe acudir para enmendar dicha vulneración a los Derechos Fundamentales, mismo que actúa como un garante de segundo. Este tipo de revisión de acciones que vulneran dichos derechos, llega a la instancia que fue creada en esencia para la observancia del cumplimiento de los Derechos Fundamentales, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Desde la creación del Tribunal Constitucional, se ha dado en Bolivia mayor grado de efectividad al ejercicio de estos derechos y a las garantías que los protegen.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es la instancia y autoridad que tiene a su cargo la observancia del cumplimiento y la satisfacción de los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. En ese entendido, es un órgano jurisdiccional plurinacional independiente, al servicio de la sociedad, que imparte justicia constitucional eficiente, eficaz y transparente, consolidando el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional, descentralizado y con Autonomía. Y cuya misión es el velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad para precautelar el respeto y la vigencia de

los derechos y garantías constitucionales, en el marco de una justicia plural, conforme a los principios y valores constitucionales.

**9.** Y el tercer garante, y por lo tanto la apertura a la jurisdicción internacional, tiene que ver con los compromisos asumidos por cada Estado en materia de Derechos Humanos, en ese entendido, debe diferenciarse entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

**10.** El objeto de control de constitucionalidad es la protección de la supremacía de la Constitución dentro de un sistema jurídico, por ser la Norma Suprema la máxima manifestación del acuerdo político democrático que la sociedad decide en algún momento histórico determinado. En cambio, de lo que ha definido la jurisprudencia interamericana como “control de convencionalidad”, se advierte que la propia Corte IDH ha delimitado el alcance que tiene el control de convencionalidad respecto a los derechos y garantías previstos en la Convención y en otros instrumentos de igual naturaleza que integren el cuerpo convencional internacional.

**11.** No obstante de este debate en torno al valor mismo de los criterios emergentes del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, no puede negarse el tipo de impacto que este ha tenido en el desarrollo del constructo de los constitucionalismos en América Latina.

**12.** Quienes concurren ante una supuesta lesión a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, son los mismos Estados ante este Sistema Interamericano con el fin de asumir defensa o tratando de dar explicaciones sobre la falta de cumplimiento de los compromisos adoptados internacionalmente, ergo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y del cual hace parte el Estado Plurinacional de Bolivia.

Cuando esta concurrencia acontece, el fin de la intervención internacional es el de REPARAR cualquier tipo de contravención a lesión a este tipo de Derechos, puesto que la acusación gira en torno a la falta de previsión o un exceso en los límites establecidos por el propio Estado de Derecho, razón por la cual, lo que se intenta en esta instancia y nivel, es que el propio Estado otorgue las garantías para el ejercicio plenos de los derechos, y, en su caso, un resarcimiento por la lesión de los Derechos Humanos.

**13.** Este tipo de hermenéutica hace que esta instancia internacional sea considerada, de manera institucional, como un garante de 3 nivel o grado para el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos.

No obstante, tampoco debe dejarse de lado que este tipo de apertura se da cuando se supera lo establecido por el principio de subsidiariedad, puesto que no debe olvidarse que uno de los principales sustentos del Estado de Derecho es la soberanía de los pueblos, y no hay mayor acuerdo democrático-político-contractual que una Constitución misma.

**14.** Este tipo de criterios multinivel no deben de entender como una suerte de encierro discursivo a partir de las competencias institucionales otorgadas a cada uno de estos niveles. Sino más bien, debe generarse una idea de sinergia y diálogo entre estos niveles, con el fin de forjar entendimientos a partir de criterios epistémicos muy propios de cada nivel.

En ese entendido, el diálogo entre las jurisdicciones de Latinoamérica no debe considerarse como un monólogo que ambiciona el “adiestramiento” de los países de la región con base en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el contrario: la tarea del diálogo jurisdiccional es superar las viejas discusiones propias de la dicotomía monismo/dualismo, con la finalidad de que se forme un ordenamiento plural y múltiple, y sobre todo, que se respete la soberanía de cada pueblo en relación a su propia interpretación de su Norma Constitucional

**15.** Uno de los retos más importantes que se confronta a momento de establecer estos tipos de diálogos multinivel, es sin lugar a duda, que el sistema interamericano pueda tomar en cuenta las interpretaciones y las normativas constitucionales de cada Estado, esto con el fin de salvaguarda el principio de auto gobernanza que es piedra angular de la construcción del concepto mismo de Estado de Derecho.

A esto, se le suma el principio de subsidiariedad, que más allá de una función instrumental, esta se convierte en una sustantiva, porque va a proteger no solo las formas en las cuales se puede y debe accederse a los distintos tipos de los niveles estudiados, sino que también posibilita otorgar el tipo de independencia funcional e institucional que cada uno de estos niveles requiere para ser realmente efectivo.

De lo contrario, se estaría hablando del aspecto que justo quiere evitarse, como es el de ser partícipes de un monólogo proveniente de una institución supra nacional, dejando de lado, en muchas ocasiones, la reales pretensiones de cada pueblo.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

ZAFFARONI, Eugenio (2009), El enemigo en el derecho penal, Buenos Aires, Eidal.

## **Consideraciones Constitucionales sobre la Protección Internacional del Medio Ambiente**



### **Fernando Bruno Escobar Pacheco - Bolivia**

Director de Litigios en PPO Abogados

- Máster en Derecho Comparado e Internacional, y en Ciencias Sociales con mención en políticas de desarrollo, ambos por la Universidad de Lausanne de la Confederación Suiza.
- Profesor de varios programas académicos de postgrado.
- Ex Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Primer Secretario de la Misión Permanente de Bolivia en Naciones Unidas en Ginebra, becario de la Fundación Simón I. Patiño, Consultor en entidades públicas y privadas entre otros.
- Actualmente, es Abogado Asociado Senior en PPO Abogados.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Fernando Bruno Escobar Pacheco, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.



# Consideraciones Constitucionales sobre la Protección Internacional del Medio Ambiente

---

*Fernando Bruno Escobar Pacheco*

## 1. INTRODUCCIÓN

Algunas líneas introductorias que considero indispensables son:

- Es importante diferenciar entre el derecho a un medio ambiente sano, el Derecho Ambiental y los **problemas ambientales**.
- Los problemas ambientales en realidad son el motor para la **transformación de nuestra cultura jurídica**.
- Ayer y hoy hemos escuchado ponencias que muestran que la cuestión medio ambiental amerita un giro copernicano en nuestra manera de entender el Derecho.
- Una manera de ver el Derecho, que no se limita simplemente a pedir como se lo hacía ayer que se emitan Sentencias que reconozcan a la naturaleza como sujeto de derechos, creo que hay que ir un poco más allá, lo que se necesita es un **cambio total del paradigma del Derecho y por ende del Derecho Constitucional desde una perspectiva ecocéntrica**.
- Es esta forma renovada que nos permite hablar del **Estado Ecológico de Derecho**.
- Si se presta atención a la historia constitucional de países como Argentina, Brasil o Colombia, puede rastrearse el vínculo entre el proceso que derivó en la constitucionalización de la cuestión ambiental en las Constituciones de Brasil de 1988, de Colombia de 1991 y de Argentina de 1994. Este proceso podría ser etiquetado como una primera fase del desarrollo de la idea de **Estado de Derecho Ambiental o Ecológico** en la región. Ésta sería una fase en la cual el “Estado de Derecho Ecológico” adquiere el carácter de una idea de escala nacional basada en las normas constitucionales de ciertas constituciones. En efecto, en los tres países tribunales y, sobre todo profesores, han identificado la constitucionalización del derecho a un ambiente sano con el paso a un nuevo estadio en el Estado de Derecho, el del Estado de Derecho Ecológico.
- En Argentina, el primer paso en relación con la idea de “Estado de Derecho Ecológico” fue la publicación luego de la reforma constitucional de 1994 de un lúcido artículo de Eduardo Quiroga Lavié, quien señalara que la recepción de la cuestión ambiental en las normas de los artículos 41 y 43 implicaba el reconocimiento de un **“Estado de Derecho Ecológico”** y que esa idea fuera replicada muchas veces por diversos tribunales que citaron el artículo; a su vez,

tiempo después, el primer paso institucional lo dio la CSJN en 2016 al señalar **que el Estado de Derecho tiene un “componente ambiental”**.

- En Colombia ha sido la Corte Constitucional la que ha teorizado la existencia de una “constitución ecológica” en la Constitución colombiana de 1991, en el sentido de que uno de los elementos que hacen al Estado de Derecho constitucional es el ambiental.
- En Brasil, la doctrina ha destacado este vínculo. Una parte importante de los autores explican la existencia en aquel país de un “Estado de Derecho Ambiental” a partir de que la Constitución de 1988 constitucionalizó en el artículo 225 la protección del ambiente.
- Si bien ya vamos a ver este proceso evolutivo en nuestra región, quiero plantear acá que no es que todos los apasionados por el Derecho Constitucional nos hayamos vuelto especialista en Derecho Ambiental. Sucede que tal como se llama este seminario la cuestión ambiental es transformadora de las corrientes del constitucionalismo.
- Es transformadora del constitucionalismo no sólo porque estamos ante la creación de un Estado Ecológico de Derecho, sino además porque el medio ambiente se va en mi perspectiva convertir en un nuevo axioma de los Derechos Fundamentales.
- En el periodo liberal se descubrió el carácter axiomático que tiene la dignidad a la vigencia de todos los derechos fundamentales. Hoy estamos ante un desplazamiento evidente en el cual, ya no es la dignidad, sino más bien el medio ambiente que van a ser el principio y el fundamento de todos los derechos fundamentales.
- Hoy en medio de la humareda y del cambio climático nos damos cuenta que ningún derecho puede ser realmente disfrutado si la naturaleza se encuentra comprometida.
- El tema es que esta corriente transformadora del Derecho nos invita a pensar en al menos los siguientes temas:
  1. Los casos en materia de medio ambiente son todos casos difíciles todos son casos de conflicto de derechos y conflictos de principios.
  2. El derecho al medio ambiente sano está compuesto por principios aún muy abstractos cuya aplicación práctica no reglada puede dar lugar a un exceso de discrecionalidad y rayar en la arbitrariedad.
  3. La efectividad de los fallos en materia medio ambiental va a ser un tema medular, ya que estos principios del derecho fundamental al medio ambiente buscan cosas que no necesariamente se pueden plasmar en acciones fáciles y concretas.

4. Se puede armar una retórica muy bonita y articulada, pero esta puede quedar en poesía constitucional si no se aplican medidas que sean realmente eficientes. El fallo del Río Atrato puede ser paradigmático sobre esto.
  5. Ayer se pedía que en Bolivia se construya algo parecido tenemos ya la tutela que logró dio un Juez Constitucional sobre el Río Beni por una acción iniciada por el Defensor del Pueblo.
- Más allá de estos problemas ahora quiero mostrar en muy breves líneas la construcción de la Constitución ecológica en América Latina, el aporte de esta Constitución ecológica al constitucionalismo global; y sobre todo un último dilema que nos plantea el derecho al medio ambiente sano y es que este derecho para poder ser verdaderamente tutelado debe ser protegido por todos; y nosotros sabemos que el Derecho Internacional es insuficiente para lograr una protección eficaz de algo.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Ius comune constitucional: La constitución ecológica en América Latina**

Si hay una expresión clara o un ejemplo contundente de algo que puede representar el constitucionalismo latinoamericano es justamente la protección del medio ambiente. Es que existe una historia constitucional respecto de la Naturaleza con una gran identidad y que en su última fase, está en proceso de profundizarse con el llamado viraje ecocéntrico.

#### **2.1.1. Primera etapa: El constitucionalismo liberal postcolonial**

En Sudamérica estas Constituciones conformaron un primer bloque o modelo constitucional latinoamericano poscolonial, que se forjó desde los procesos independentistas hacia comienzos del siglo XIX y que se desarrolló expansivamente a lo largo del siglo XIX.

Desde otra perspectiva, la existencia de este “constitucionalismo poscolonial” que ha servido para explicar el surgimiento de las Constituciones liberales en el siglo XIX en América Latina bajo la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, ha sido cuestionada como tal bajo la idea de que puede verse en él, en realidad, una instrumentalización del constitucionalismo no para terminar con el colonialismo sino para permitir su continuidad.

La idea que subyace en esta crítica es que los Estados latinoamericanos son “constitutivamente coloniales” pues edificaron su identidad imponiéndola a los pueblos indígenas y negando la de ellos, estableciendo sus fronteras sin atender a las naciones indígenas, para luego, una vez “encerradas” y fragmentadas, sin autodeterminación, ocupar sus territorios.

### **2.1.2. Segunda etapa: El constitucionalismo social**

Este movimiento que ha recibido el nombre de “primer constitucionalismo latinoamericano” comenzó con la Constitución de México de 1917 y se extendió en toda América Latina: Constitución de Perú de 1933; Brasil de 1934; Cuba de 1940; Ecuador de 1946; Argentina de 1949; Honduras de 1957 y Bolivia en 1938.

Esta etapa no es propiamente una etapa del “constitucionalismo ambiental” pues en ella no está presente la cuestión de la protección del ambiente como un bien, sino el principio de la soberanía de los recursos, que más que un principio del Derecho Ambiental es un principio del derecho del desarrollo que desde los años 50 impulsaron en la esfera internacional los países de América Latina.

Dentro del primer constitucionalismo de América Latina hubo dos momentos en el pensamiento con relación a la Naturaleza; el primero, anterior a la Conferencia de Estocolmo de 1972, en el que a la luz del constitucionalismo social y las teorías del desarrollo los bienes naturales comenzaron a ser objetivados como “recursos naturales”, y el segundo a partir de la influencia sobre los textos constitucionales sudamericanos de la Conferencia de Estocolmo y del Derecho Internacional Ambiental, que implicó una transformación en la manera de objetivar la Naturaleza, esta vez como “medioambiente humano”.

### **2.1.3. Primer momento: La objetivación de la naturaleza como recursos naturales del Estado (1917-1972)**

Las cláusulas de soberanía nacional sobre los recursos naturales En el primer momento del constitucionalismo social esta preocupación por los recursos naturales decantó en cláusulas constitucionales que aseguraran al Estado la soberanía sobre los recursos naturales, para lo cual se los declaró bienes del dominio originario, imprescriptible e inalienable de la Nación o del Estado.

### **2.1.4. Segundo momento: La influencia de la Conferencia de Estocolmo de 1972**

La Conferencia de Estocolmo de 1972 marcó el comienzo de la etapa madura del Derecho Internacional Ambiental. A partir de allí la historia del constitucionalismo ambiental sudamericano tendrá una influencia marcada por el Derecho Internacional Ambiental.

En este sentido fue la Constitución de Panamá de 1972 la que por primera vez se hizo eco (art. 110) de la idea de proteger el ambiente, reflejando así la premonitoria fórmula del principio 13 de la Declaración de Estocolmo.

A esta Constitución hay que sumar en América Latina las Constituciones de: Perú (1979), Ecuador (1979), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), Nicaragua (1987).

### **2.1.5. La primera generación de cláusulas ambientales**

Estas tienen las siguientes características:

- a) Establecen el deber del Estado de proteger el ambiente, pero con una notable presencia aún del paradigma de la conservación y preservación.
- b) El deber de los ciudadanos de proteger el ambiente, con las consecuentes limitaciones a los derechos individuales que ello implica.
- c) El derecho fundamental de la persona a un ambiente sano, equilibrado, adecuado, “libre de contaminación”, etcétera.

### **2.1.6. La segunda generación de cláusulas ambientales en Sudamérica**

Aparece en los textos de las Constituciones de Brasil 1988, Colombia 1991 y Paraguay 1992 una segunda generación de cláusulas constitucionales ambientales.

Estas cláusulas se caracterizan porque, a diferencia de lo que ocurrió durante el primer constitucionalismo ambiental sudamericano y primer momento de relacionamiento con el Derecho Internacional Ambiental luego de la Conferencia de Estocolmo, marcado por una alianza fuerte entre el Derecho Internacional Ambiental y el constitucionalismo ambiental sudamericano, estas cláusulas constitucionales ya no se alinean directamente con el Derecho Internacional Ambiental.

En estas cláusulas ya se ve presente las influencias del Informe Brundtland y del Derecho de los pueblos indígenas, así como la teoría de los derechos difusos y colectivos. El rasgo más relevante que muestran estos textos constitucionales (Brasil y Colombia) es que el derecho al ambiente es un derecho colectivo y consecuentemente existen garantías para protegerlo que también son colectivas.

Otro rasgo es que las cláusulas ambientales como la de Colombia incorporan las ideas de “desarrollo sustentable” y “generaciones futuras” (también Brasil, 1988, art. 225) que pueden considerarse marcas del Informe Brundtland.

Y finalmente se agregan otras cuestiones especiales nuevas, diferentes de las que estaban presentes en las Constituciones del primer constitucionalismo ambiental sudamericano: la biodiversidad (que es sin dudas una marca de la Conferencia de Río, 1992; Paraguay, 1992, art. 8º; Colombia, 1991, art. 81; Brasil, 1988, art. 225, aunque sin referir a “biodiversidad” sino a “diversidad e integridad del patrimonio genético del país”) o la cuestión del daño ambiental, que también es una marca de la Conferencia de Río 1992 (Brasil, 1988, art. 225; Colombia, 1991, art. 80).

En definitiva, (a) se trata de una segunda generación de cláusulas ambientales que al mismo tiempo que:

1. Marcan una alianza con el Derecho Internacional Ambiental,

2. Muestran una hibridez producto de la fusión con los otros rasgos del nuevo constitucionalismo ambiental latinoamericano;
3. Que comienzan a coexistir con cláusulas del desarrollo que reemplazan las cláusulas del progreso
4. Receptan la idea de desarrollo sustentable,
5. Adoptan el paradigma del desarrollo humano.

### **2.1.7. La tercera generación de cláusulas ambientales y el nacimiento de las Constituciones ecológicas**

Al mismo tiempo, algunas variaciones de relevancia se producen en este período en las fórmulas constitucionales de las cláusulas ambientales que marcan un estilo nuevo y que permite sostener la existencia de una tercera generación:

- a) Se profundiza la dimensión colectiva del derecho al ambiente, verbigracia, en Argentina y más tardíamente en República Dominicana (2010);
- b) se consolida la idea de que el derecho al ambiente es un derecho humano de tercera generación;
- c) se profundiza la idea de garantías colectivas;
- d) se profundiza la regulación de aspectos específicos más en detalle;
- e) Se da gran relevancia a la cuestión del daño ambiental y a su prevención;
- f) Se abre el espacio a la aparición en la escena de nuevos bienes ambientales constitucionalmente protegidos como la biodiversidad o el agua potable, como ocurre con la Constitución de Uruguay a partir de 2004.

### **2.1.8. La cuarta generación de cláusulas ambientales: Nuevo constitucionalismo latinoamericano**

Este giro ha sido producido más o menos coetáneamente en distintas geografías pero de diferente manera; en el caso de Bolivia y Ecuador, sancionando nuevos textos constitucionales ecobiocéntricos, y en el caso de Argentina, Brasil y Colombia, por medio de la labor de las Cortes Supremas y Constitucionales que han producido, paulatinamente y de manera acumulativa, una relectura de los textos constitucionales.

Esta transformación no se limita a un cambio de paradigma en el campo de la ética ambiental, ni su impacto a las declaraciones de derechos. Es un cambio en la cosmovisión constitucional que tiene fuertísimas implicancias en los arreglos institucionales de las Constituciones.

Las Constituciones que forman lo que se ha dado en llamar el nuevo constitucionalismo latinoamericano o “constitucionalismo de los derechos humanos” se caracterizan por

introducir nuevas preocupaciones ausentes en las Constituciones de América Latina anteriores, como ser:

1. La cuestión de los derechos humanos;
2. La cuestión indígena, y;
3. La naturaleza como sujeto de derechos
4. El axioma de la naturaleza como fundamento del goce de otros derechos fundamentales.

### **3. CONCLUSIONES**

- Esta historia de constitucionalismo latinoamericano muestra una construcción de un ius constitucional comun latinoamericano en materia ecológica. Que está destinado a irradiar al Constitucionalismo mundial, el que hoy se debate en iniciativas diversas como ser:
- La iniciativa de crear una nueva generación de derechos humanos sobre los ecosistemas que incluye: (a.1.1) el “Pacto Ambiental Global”, y (a.1.2) el proyecto de una “Tercera Declaración Universal de Derechos Humanos”, y (b) la segunda, conformada por las iniciativas impulsadas por el hemisferio sur: (b.1) globalizar los derechos de la Naturaleza: (b.1.1) la estrategia “Armonía con Naturaleza”; (b.1.2) la iniciativa de la Declaración Universal de los derechos de la Madre Tierra de ONU impulsada por Bolivia; (b.2) globalizar el “Estado Ecológico de Derecho”: (b.2.1) la iniciativa impulsada por parte de la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza, y (b.2.2) la iniciativa del PNUMA (“Primer informe global sobre el Estado Ecológico de Derecho” elaborado por el Environmental Law Institute).
- En todas estas iniciativas América Latina está presente como un laboratorio y ejemplo de cómo se pueden construir declaraciones de los derechos de la naturaleza y cómo se puede articular un constitucionalismo global de Constituciones Ecológicas.
- El Acuerdo de Escazú es otro gran ejemplo de cómo articular un instrumento que vincule los derechos humanos y el medio ambiente.
- Ojo no estoy diciendo que en el resto del mundo no haya ningún tipo de protección del medio ambiente, pero sí es evidente que el desarrollo del constitucionalismo ecológico latinoamericano está mucho más avanzado en el texto de las constituciones.
- Para muestra un botón en el Caso López Ostra contra España el Tribunal Europeo de Derecho Humanos tuvo que recurrir al Derecho al respeto de la vida privada y familiar y familiar del art. 8 del Convenio Europeo para proteger el derecho al domicilio y consiguientemente proteger el medio ambiente.

- Los desafíos sin embargo, que tenemos en América Latina son notorios:
  - o Cómo lograr la efectividad de los derechos del medio ambiente sano.
  - o Cómo enfrentar las desigualdades.
- El principio de prevención obliga al operador jurídico a trabajar sobre las causas y la fuente de los problemas ambientales no tanto sobre los efectos ya cuando usted trabaja sobre los efectos es tarde. El principio de prevención que opera frente al riesgo la amenaza o el peligro y sabido conocido verificado comprobado real y la precaución cuando hubiera peligro de daño grave o irreversible la falta de certeza científica o la ausencia de información no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente es algo así como inducido por ambiente en principio precautorio llamado por un autor francés igual la vuelta al genio maligno Esteve Pardo en España, “El Desconcierto del Leviatán” o el principio anticientífico, como lo llama una autora francesa, Christine Noiville, o como lo llamó Carl Schmitt, “Las Leyes del Miedo”, el principio precautorio, un principio enigmático, complejo, difícil, que genera, al decir de Lorenzetti consenso en los corazones y disenso en las razones y es un principio típico del derecho ambiental un principio que diferencia el derecho ambiental del resto de las disciplinas clásicas del derecho y está basado en la idea de preservación.
- Recomponer es reparar en especie o in natura in situ compensar ambientalmente es reparar en especie o in natura éxito por equivalente o por suicidarme o por sus daños recomponer es un término que utiliza la constitución del Paraguay la constitución Argentina en general en América latina no se utiliza términos emplea el término restaurar restaurar y fíjense que la constitución Argentina utiliza el término de recomponer pero la ley general del ambiente no utiliza el término de recomponer utiliza el término restablecer va a volver las cosas al estado anterior y principito
- Hay una segunda categoría dentro de la reparación en especie que es la compensación ambiental la compensación ambiental es la reparación en especie o natura éxito o por equivalente o sucedáneo todos estos conceptos aparecen en la convención de naciones unidas sobre la biodiversidad de fruto de la conferencia de río 92 así como el convenio marco de cambio climático aparece la convención del mar aparece también la convención de biodiversidad



## **Armonía y los Derechos de la Naturaleza como Nuevos Paradigmas Jurídicos desde el Sur**

---



### **Fernando Antonio de Carvalho Dantas - Brasil**

Profesor de Teoría del Derecho Constitucional de la Universidad Federal de Goiás

- Doctor y Maestro en Derecho de las Relaciones Sociales por la Universidad Federal de Paraná.
- Profesor Titular de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Juventud de la Universidad Federal de Goiás. Profesor Colaborador del Programa de Posgrado Constitucionalismo y Derechos en la Amazonía de la Universidad Federal del Amazonas, así como del Programa de Doctorado en Derecho y Democracia en el Siglo XXI del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Portugal.
- Profesor visitante del Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España y del Doctorado en Pensamiento Latinoamericano de la Universidad Nacional de Costa Rica.
- Asesor Científico y Pedagógico de la Escuela Formación de Magistrados del Tribunal Regional Federal la 5ª Región en Brasil. Director del Centro de Estudios Sociales de América Latina. Miembro del Consejo Científico del Observatorio Brasileño de Justicia. Ex Fiscal General de la Fundación Nacional del Indio.
- Fue experto internacional del Programa de Naciones Unidas “Harmony with Nature” (Armonía con la Naturaleza).

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Fernando Antonio de Carvalho Dantas, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# Armonía y los Derechos de la Naturaleza como Nuevos Paradigmas Jurídicos desde el Sur

---

*Fernando Antonio de Carvalho Dantas*

## 1. INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, significa rupturas paradigmáticas, categoriales y conceptuales en la teoría del derecho especialmente en los conceptos de sujeto, relaciones, estado, democracia, territorio, derecho y conocimiento. Reconocer el sujeto indígena, las formas de ser, hacer, vivir y conocer configuradas en las categorías *sumak kawsay*, *suma qamaña* y *ñandereko* que configuran los derechos de la Naturaleza, Pachamama es incidir en la constitución las diferentes cosmovisiones y formas de vidas concretas que conviven en el seno de las sociedades plurales latinoamericanas. Armonía y los Derechos de la Naturaleza como nuevos paradigmas jurídicos desde el Sur.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. Hacia una epistemología constitucional del “sur”: Contribuciones latinoamericanas

*Ngã nūna tadaugū i tamaū i ütchigū'ū i tape'ēwa ngemaū<sup>1</sup>*

La historia de América ha sido la historia del colonizador ibérico en América. Poco o nada se conoce, en el campo del derecho, acerca de la complejidad de la vida cotidiana, las formas de vivir, organizar o regular las relaciones sociales y la comunidad política de los pueblos y de las personas originarias de Abya Yala.

La realidad de la vida concreta de los pueblos originarios latinoamericanos, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2015, p. 40-44), presenta un panorama altamente complejo y heterogéneo. Son 826 pueblos indígenas en los países de la región. Brasil, el país con mayor diversidad, cuenta con 305 pueblos, seguido por Colombia (102), Perú (85) y México (78); Costa Rica y Panamá, cuentan con nueve (9) pueblos cada uno; el Salvador con tres (3) y Uruguay con dos (2). La población estimada es de 45 millones de personas según los datos de 2010. México y Perú, contabilizan más de la mitad de la población con 17 y 7 millones cada uno, respectivamente; Costa Rica, Paraguay y Uruguay son los países con menor población indígena (CEPAL/UN, 2015:40-44).

---

1 “Vamos juntos construir nuestro camino hacia el futuro”. Expresión utilizada por el Pueblo ticuna para definir lo que es democracia. Información del profesor bilingüe ticuna Constantino Ramos Lopes, en junio de 2007, en la asignatura de derecho indígena durante el Curso de licenciatura intercultural indígena para los profesores indígenas del Alto Río Solimões ejecutada por la Universidade del Estado do Amazonas - UEA y la Organização Geral dos Professores Ticunas Bilingües - OGPTB.

Para el arqueólogo Eduardo Neves (2010) la estimativa es de que solamente en la parte baja del continente sudamericano, específicamente en la Amazonía, en el año 1000, Vivían aproximadamente cinco (5) millones o más de personas indígenas en un verdadero “florecimiento cultural”. A pesar de estos datos demográficos las prácticas sociales y institucionales transitan del olvido intencional de la realidad anterior a la invasión del colonizador europeo en los siglos XV y XVI hasta la negación de la existencia de los pueblos y validez de sus culturas.

¿Qué sabemos en el ámbito del derecho sobre el pensamiento y los sistemas de regulación de la vida social de estos pueblos?, ¿Existen específica y concretamente o solo en las estadísticas de las burocracias estatales, en las descripciones académicas de naturalistas o etnógrafos?, ¿Son pasado o presente?, ¿Cómo enfrentan desde sus realidades plurales el contexto institucional homogéneo y hegemónico de los estados nacionales?

Este será el desafío que se propone en este capítulo con énfasis para algunas categorías del mundo cotidiano de los pueblos indígenas, sus narraciones y construcciones, positivadas a nivel de principios como pluralidad, plurinacionalidad y bien vivir en los nuevos textos constitucionales latinoamericanos como el de Brasil (1988), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), entre finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

Por otro lado, se pretende demostrar como la ideología de la negación que pervive tanto en la vida social cuanto en el sentido común institucional basada en posiciones interpretativas restrictivas de los avances constitucionales es sustentada en las categorías coloniales de estado nacional, derecho monista, sujeto individual, territorio público y propiedad privada, conocimiento científico y gobierno representativo asimismo configuran una realidad permeada por violencias institucionalizadas.

Violencias continuadas es lo que caracteriza la historia del desprecio de la violencia institucionalizada contra los pueblos indígenas desde el principio de la colonización. La negación de la humanidad de estos pueblos que generó instrumentos legales para reducirlos conceptualmente a salvajes, locos e incapaces, constituye el primer momento de la violencia extrema practicada durante el proceso colonial. Esto en la práctica significaba la negación de la condición de persona y como consecuencia, de sujeto de derecho.

Al reconocer las organizaciones sociales de los pueblos indígenas, en el caso de Brasil, la plurinacionalidad y los derechos de la Pachamama, del bien vivir y de la vida armoniosa con la Naturaleza, configurados en el *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña* y *Ñandereko* en el caso de Ecuador y Bolivia, se construye modelos y sistemas normativos constitucionales incluyentes que, para Bartolomé Clavero (2012, p. 421-453), configura un nuevo paradigma constitucional desde el mundo americano.

Por esta razón, cuando las constituciones antes mencionadas establecen como sus pilares éticos y morales los principios que a su vez son fundantes de las culturas de los

pueblos indígenas originarios, la propia positivación normativa en escala constitucional de estos modos de vida nos obliga a leerlos, según Alberto Acosta (2013), en relación con las diversas tradiciones filosóficas del humanismo en general para relacionar el principio democrático - ideal o concreto - de las tradiciones políticas liberales con diferentes sistemas democráticos de las tradiciones y cosmogonías indígenas.

El constitucionalismo clásico, según Gerardo Pisarello (2011), experimenta y vivencia una tensión en la actualidad, que se puede denominar de una crisis entre la constitución democrática y la constitución oligárquica al abandonar el principio democrático. La democracia, según el autor, puede rescatarse, en el sentido más fuerte, de su mejor tradición en el constitucionalismo revolucionario de los siglos XVII y XVIII, del constitucionalismo democrático republicano en el período de entreguerras, el siglo XX y ahora, en las experiencias del denominado nuevo constitucionalismo latino-americano de finales del siglo XX e inicio del XXI.

La democracia, en sus diferentes significados, formas y modelos, será el guion de este texto. Todavía no repetiré ni describiré los modelos clásicos de democracia participativa directa o representativa indirecta, constitutiva del imaginario conceptual<sup>2</sup> político-jurídico occidental, que construyó una especie de conciencia teórica común de la ciudadanía de la modernidad centrada en el sujeto individual abstracto universal como el ciudadano blanco, masculino, heterosexual y propietario en la concepción de Pietro Barcelona (1996).

Esto fue una conciencia construida a partir de las experiencias revolucionarias europeas y norteamericanas del siglo XIX y universalizada como un paradigma hegemónico (de ser, de poder, de actuar y de conocer), además de ocultar, invisibilizar o, peor aún, negar otras experiencias y existencias. Esa forma abstracta naturalizada de pensar el sujeto constituyó lo que Boaventura de Sousa Santos (1997) llamó “un particular elevado a la categoría de universal” y que el pensamiento poscolonial de Aníbal Quijano (2000) identifica como colonialidad del conocimiento y del poder.

La democracia y los sujetos, para el pueblo Magüta (Ticuna), habitante de un amplio territorio a orillas del río Amazonas, en el centro de la Amazonía continental entre Brasil, Colombia y Perú, es un sentido específico de conducir la vida, de *caminhar* en la vida desde las subjetividades comunitarias concretas; por lo tanto, democracia para ese Pueblo es la forma de tomar conciencia del camino “conceptualizando” que la democracia es un trabajo cotidiano, participativo, vivo y comunitario, una tarea de la comunidad denominada de *ajuri* (acción colectiva/comunitaria). Cuando se pregunta a los Magüta lo que es la democracia, la expresión utilizada para contestar es la siguiente: *Ngĩa nūna tadaugü i tamaü i ütchigüü i tape'ëwa ngemaü* que significa construyamos juntos el camino hacia nuestro futuro (RAMOS, 2005). Así,

2 En este sentido véase la metodología de la historización de los conceptos que propone Ignacy Ellacuría en Senent de Frutos, J. A. (2013) El método de la historización. En Sánchez Rubio D. & Senent de Frutos, J. A. Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristóbal de las Casas: CENEJUS.

en la cosmogonía del pueblo Ticuna la democracia es un itinerario de la experiencia colectiva actual, construida de modo comunitario, vivida y proyectada hacia el futuro.

Por otro lado, para los guaraníes, las prácticas democráticas trascienden el espacio-lugar de los *teko'a* (territorio, espacio de la vida cotidiana) y configuran el *Ñandereko*, la forma de ser guaraní porque todas las acciones cotidianas son prácticas que refuerzan las comunidades, transmitida en la oralidad política de pronunciación de las bellas palabras.

Estos dos ejemplos configuran las acciones y esencias comunitarias de culturas biocéntricas, antiguas, ancestrales, de pueblos no antropocéntricos, no capitalistas, según el intelectual aymara Fernando Huanacuni Mamani (2010) que la colonialidad intenta suplantar.

La perspectiva comunitaria, presente en las culturas amazónicas, centroamericanas, caribeñas, andina y en toda Abya-Yala es configurada en el concepto andino de *Ayllu*, o de *teko'a* para los guaraní, no solamente como el espacio de la vida de los pueblos andinos en el “tiempo de la memoria” incluyendo las complejidades intertemporales del pasado, presente y futuro, sino como lo conceptúa Carlos Mamani Condori (2007, p. 285) como “el espacio preservado para la pervivencia de la colectividad, expresado en el gobierno de sus autoridades y en la propiedad compartida de la tierra”.

El *Ayllu* como un proceso de reconstitución no olvida las violencias institucionalizadas, genocidas e etnocidas, de la colonización y se enfrenta, en la historia, con los hechos desde el cumplimiento de la *Mit'a* como institución incaica o colonial, pero también de resistencia para la manutención de los espacios comunitarios hasta los procesos actuales de autogobierno “nosótrico” del pueblo Tojolabal en Guatemala, en verdadera resistencia a toda forma de colonialidad<sup>3</sup>.

Por las razones expuestas, términos como *Ajuricracia* (democracia comunitaria para los Magüta), *Ayllu*, *Ñandereko*, *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña*, *Pachamama*, *Buen Vivir*, *Yvy Marã' e' ï* (tierra sin males para los Guarani), *ajuri* (trabajo comunitario para los Magüta), *agudgê* (vida plena para los Guarani) entre otras, son, además de expresiones prácticas de cosmovisiones de pueblos o comunidades, posiciones críticas de un constitucionalismo intercultural, multicultural, pluralista, plurinacional que reconoce identidades, territorialidades, acciones e institucionalidades de democracia y justicia comunitaria intercultural, como modelos y luchas desde el sur latinoamericano contra la universalidad “antropocéntrica” de la modernidad occidental.

En el contexto de las acciones *Sumak Kawsay* (Quechua), *Suma Qamaña* (Aymara) e *Ñandereko* (Guarani) se refieren a la relación armoniosa entre los seres humanos y no humanos con la Naturaleza relacionada con los procesos de satisfacción de las necesidades materiales e espirituales que configuran en clave occidental los

3 Acerca del tema véase: Lenkersdorf C. (2002). *Filosofar en clave tojolabal*. México: Editorial Porrúa - Colección Filosofía de nuestra América.

contenidos de los derechos denominados jurídicamente de económicos, sociales e culturales.

Estas acciones, al referirse a relaciones armoniosas con los bienes y espacios comunes, implica en deberes para con la Naturaleza como el deber de precaución e de sostenibilidad como imperativo ambiental, según el pensamiento de Joaquín Herrera Flores (2005, p. 80-89), de la misma manera rompen con las ideologías instrumentales e mecanicistas de relación predatora con la Naturaleza. Esto configura, como teoriza François Houtart (2014), el buen vivir y los derechos de la madre tierra como paradigmas *post-capitalistas*.

## **2.2. Multiculturalidad, pluriculturalidad y la plurinacionalidad como nuevos paradigmas para el Derecho: Experiencias del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**

El estado nación, como he afirmado en otras ocasiones (de Carvalho Dantas, 2016) es configurado a partir de la idea de homogeneidad social y cultural; un padrón de las grandes historias para categorizar el modelo occidental europea de organización de la comunidad política. La universalización de este modelo cultural, – o como prefiere Benedict Anderson (2000, p. 7) “marcos axiomáticos universales” – etno e eurocéntrico, significó, especialmente en el caso de la formación de los estados nacionales latinoamericanos, la suplantación de diversificadas formas de vida e organización social de los pueblos indígenas, que sobrevivían autónomos en sus diferencias. El discurso ideológico, ampliamente utilizado en los procesos coloniales, impone la idea de estado nación y sociedad civil unidimensionales y se sedimenta con relevancia jurídica, una vez que fueran positivados en todas las constituciones de la región en el periodo pos independencia.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve una ruptura con esta idea de estado nación estándar y por esta razón es denominado de constitucionalismo transformador para unos y de constitucionalismo experimental para otros. En este texto el abordaje se hace desde la perspectiva del primer caso porque el constitucionalismo transformador significa: a) oposición al “constitucionalismo abdicador” liberal y neoliberal que provoca la tensión entre constitución oligárquica e constitución democrática según Gerardo Pisarello (2010); b) crea nuevos paradigmas basados en las cosmogonías indígenas del Buen Vivir: *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña* y *Ñandereko* según la posición de Agustín Grijalva Jiménez (2010) y Fernando Huanakuni Mamani (2015) y, finalmente, c) rechaza el humanismo abstracto y los fundamentos normativos teórico/filosóficos ideales/abstractos, porque fundado en nuevos presupuestos teóricos/prácticos concretos y participativos de la utopía andina en la perspectiva de Ramiro Ávila Santamaría (2015).

Otra importante característica se refiere a la participación popular subrayada por Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor (2010) de la Universidad de València,



España, que actuaron efectivamente como expertos en derecho constitucional en diversos procesos de cambios constitucionales latinoamericanos, asimismo la pluralización de los procesos participativos y la utilización masiva del referendo, de la iniciativa legislativa popular y procesos comunitarios propios de las naciones, de los pueblos indígenas originarios campesinos y otros.

El derecho constitucional “eurocéntrico y nortecéntrico” adoptado en Latinoamérica se caracterizaba como el fundamento para la formulación de políticas sociales basadas en la perspectiva racista de la inferioridad de los pueblos indígenas y las consecuentes negaciones del ser, poder, saber y visiones de mundo para facilitar el proceso de transfiguración sociocultural con la destrucción de las etnicidades -por intermedio de la asimilación de los padrones culturales cristianos y modernos capitalistas- de las personas y sociedades indígenas y transformarnos en sujetos de derecho o ciudadanos iguales del estándar moderno: individual, autónomo y propietario. Promesa incumplida.

Este proyecto moderno en perspectiva destructiva de las diferencias y extinción de los pueblos indígenas no logró éxito completo<sup>4</sup> en el mundo concreto, aunque sedimentado en la fuerza simbólica y normativa de algunos documentos del derecho internacional de los derechos humanos principalmente en el superado Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que propondría la integración, por la asimilación cultural de los pueblos indígenas de los padrones culturales de las sociedades nacionales. Al contrario del exterminio, como vaticinó Túpac Amaru, “Volveré y seré millones”, los cambios constitucionales de los siglos XX y XXI en América Latina demuestran la resistencia de los pueblos indígenas a los delineamientos de las políticas genocidas e etnocidas del pensamiento hegemónico universal reproducido por las élites del continente<sup>5</sup>.

Los pueblos indígenas viven hoy un fuerte proceso de autointegración por el conocimiento de sus distintas y complejas realidades (según Rosane Freire Lacerda, 2014; Lino João de Oliveira 2004; Maria Helena Ortolan Matos, 1997 e Gladstone Leonel Júnior, 2015) lucharon y luchan contra la referida asimilación propuesta por el sentido común racista lo que impuso a Naciones Unidas a formular, con amplia participación, el Convenio 169 de la OIT en la perspectiva del reconocimiento de los denominados derechos poliétnicos<sup>6</sup> o sea, identitarios, culturales, territoriales y de autodeterminación de los pueblos.

### **2.3. El constitucionalismo transformador: La construcción de la plurinacionalidad**

Los aportes desde América Latina para la construcción de una epistemología constitucional desde el sur, o como denomina Boaventura de Sousa Santos (2010,

4 A pesar de haber producido genocidios y etnocidios indígenas como afirmado anteriormente.

5 Rosane Freire Lacerda (2014) apunta las contribuciones decoloniales de los movimientos indígenas de Latinoamérica para la superación del mito del estado-nación.

6 En la perspectiva liberal de Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural: una teoría liberal a los derechos de las minorías. Barcelona: Paidós, 1996, p. 109.



p. 72) un “constitucionalismo desde abajo”, evidencian la expansión del “campo político más allá del horizonte liberal” porque propone conforme apunta el autor: a) “una nueva institucionalidad”, del estado nacional al estado plurinacional; b) “una territorialidad nueva” configurada en las autonomías asimétricas; c) “nuevas subjetividades individuales y colectivas”, del sujeto individual de la modernidad a las subjetividades complejas que transitan del individuo a las comunidades, naciones, pueblos y nacionalidades; d) “una legalidad nueva”, del monismo al pluralismo jurídico y, por último e) “un régimen político nuevo” de la forma representativa de democracia hacia las formas participativas comunitarias e interculturales.

Estas cinco dimensiones suplantán el modelo clásico de estado nacional. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998) para quien los estados latinoamericanos construidos a partir del modelo europeo: *Estado único e direito único, na boa proposta de acabar privilégios e gerar sociedades iguais, mesmo que para isso tivessem que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição*. Asimismo, para Eduardo Gudynas (2009) las cosmovisiones indígenas y afro que ofrecen sentido a los derechos de la Naturaleza o derechos de la *Pachamama* reconocidos en la actual constitución ecuatoriana configuran un giro del antropocentrismo moderno a un biocentrismo en la forma de pensar el mundo.

En este marco se reafirma lo dicho anteriormente que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se constituye en oposición al “constitucionalismo abdicador” liberal y neoliberal, porque crea nuevos paradigmas basados en las cosmogonías indígenas del buen vivir: *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña* y *Ñandereko* que expresan el sentido a las “historias mínimas”, de la cotidianidad teorizadas por Juan Marchena (2014), acerca el derecho de la realidad y rechaza el humanismo abstracto asimismo los fundamentos normativos teórico/filosóficos ideales/abstratos en la propuesta metodológica crítica de los derechos humanos de la “Escuela de Sevilla” de Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio entre otros<sup>7</sup>.

En esta línea de reflexión, a continuación se aborda por lo menos tres historias mínimas amerindias y su negación o reconocimiento en la dimensión jurídico-positiva estatal de los derechos de los pueblos indígenas. Esas historias de vida son referenciales para la configuración de ámbitos de negación y exclusión institucionalizados y ámbitos de reconocimiento e inclusión o los dos a la vez. La historia del árbol denominada por el pueblo Magüta de *tchauptarane*, árbol de los machetes; el pensamiento amáutico o la concepción cósmica del universo y de la vida<sup>8</sup> y, por último, la fiesta del *Inti Raimi* el culto al sol en las tradiciones ancestrales andinas.

---

7 Vease: Herrera Flores, J. (org.). (2000). El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee de Brouwer.

8 En el concepto de Fausto Reinaga (1978, p. 26).

Un punto en común en todas las historias es el sentido de la reconstitución, del rescate de las relaciones, de los nombres y de las toponimias en la liberación de los sujetos y sus identidades, de los espacios y sus territorios y del autogobierno.

El relato del árbol de los machetes integra el cuerpo de representaciones histórico-míticas del pueblo Magüta conocido como pueblo Ticuna. Ese pueblo integra la mayor sociedad indígena viva en suelo brasileño que habita un largo territorio actualmente bajo las jurisdicciones estatales nacionales de Brasil, Colombia y Perú. Para nominar a los lugares, las narraciones Ticuna atribuyen sentidos étnico-culturales a los seres/elementos de la Naturaleza, como ocurre con el árbol de los machetes, en texto organizado por Jussara Gomes Gruber (1997, p. 43) de la siguiente forma:

En los tiempos antiguos, las personas se reunían una vez al año y caminaban hasta el árbol llamada 'tchauparané', el árbol de los machetes. Allí se quedaban esperando que cayeran en el suelo. Cuando ellos cayeran, las personas escuchaban: 'terutchipetü cuyaru! terutchipetü cuyaru!' De esta manera surgió el nombre del 'Cujaru' un sitio cerca del río del Río Jucurapá en donde este árbol existía.

Los árboles, para los Ticuna tienen espíritu. Es la perspectiva animista de relación con la Naturaleza, como ha dicho el paye Ticuna en una conversación con la samaumeira o ceiba (*Ceiba pentandra*): "*Samaúma, a mi me gusta de ti. Tu eres un árbol grande, alta y guapa. A través de ti yo puedo curar las personas. Tu espíritu es guerrero. Cuando yo necesito de comando, yo llamo a tu espíritu e gano tu fuerza. Samaúma, debes quedarse viva para siempre*" según relato compilado por Jussara Gomes Gruber (1997, p. 43). Esa perspectiva animista, armónica, amáutica, es lo que confiere sentido a las cosmogonías indígenas reconocidas en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) y configura los denominados derechos de la *Pachamama*, de la Madre Tierra, o de la Naturaleza.

Para Fausto Reinaga (1978, p. 26) el pensamiento amáutico es una relación y una "concepción cósmica del universo y de la vida". Al describir el pensamiento amáutico, desde la perspectiva indígena andina, el autor extiende más allá de los humanos la capacidad y facultad de pensar cuando dice:

Para el pensamiento amáutico el hombre piensa, la hormiga piensa, el árbol también. De alguna parte ha debido salir el pensamiento. Ni el hombre, ni la hormiga ni el árbol piensa sin el Sol; no vive sin el Sol; de alguna manera el Sol es quien engendra, quien hace la vida de los seres terrestres. Porque sin el Sol no hay vida, no hay pensamiento.

La relación simbiótica e harmoniosa con la Naturaleza como el espacio de la vida, es lo que describe el igualmente amauta Policarpio Flores Apaza (2000):

Hoy, para sembrar y cosechar, ya nadie se saca las abarcas (sandalias) como lo hacían nuestros abuelos. Ya no le cantan ni le hablan al espíritu de la papa. ¿Cómo vamos a esperar que la cosecha sea buena si no la protegemos? Ya no entierran hoy en las cuatro esquinas las papas más grandes junto con la coca para que la cosecha sea buena.

Así como los humanos, los árboles y las papas, los ríos, la luna, el aire, el sol tienen espíritu. Son seres vivos que integran la Naturaleza y mantienen relaciones recíprocas y complejas entre ellos, sin jerarquizaciones o hegemonía de una especie o elemento en relación a los demás. La Madre Tierra, el padre sol, la madre ceiba, el abuelo árbol, constituyen designaciones racionales construidas desde las representaciones simbólicas de la realidad que fueron negadas en el proceso colonial por intermedio de la deshumanización de los pueblos indígenas.

Para el pensamiento colonial, si los pueblos indígenas no eran humanos no pensaban, no tenían razón, ni conocimiento, ni memoria o historia y, consecuentemente, no hacían una mediación racional entre los humanos y la Naturaleza ya que esta mediación, según el canon de la racionalidad moderna occidental se lo hace “los hombres” con las acciones racionales configurada en el trabajo humano transformador de la (n) naturaleza como objeto para la acumulación de bienes.

Fue según este raciocinio que los saberes, las acciones, las creencias, los nombres de las personas y de los lugares originarios de los pueblos indígenas de Abya Yala fueran negados y supeditados a la racionalidad colonial eurocéntrica, más aun, con la naturalización de la supuesta “bestialidad”, no humanidad, de las personas y pueblos. Uno de los medios eficaces para la dominación en los campos de los seres, de los saberes, de los poderes y de la cosmogonía fue los “heteronombramientos” de las personas y de los lugares. Esto ocurrió en todos los lugares y procesos coloniales bajo la dominación española o portuguesa. El ejemplo del lago *Impakucha* que fue durante mucho tiempo llamado por el nombre católico-colonial de bautismo lago San Pablo. Asimismo, lo ocurrido con la fiesta católica de San Juan rebautizada por los pueblos originarios andinos con el nombre original de *Inti Raimi* (fiesta del sol).

Según Ariruma Kowii Maldonado (2007, p. 120), al tratar de la memoria identidad e interculturalidad de los pueblos de Abya-Yala, desde la perspectiva Quichua Otovalo, de Ecuador, el rescate de los nombres y lugares constituye memoria del pueblo por lo tanto significa las luchas entre los años setenta y ochenta del siglo pasado, por la reafirmación de la identidad cultural con el propósito de descolonizarlos y “quichuizarlos”, sentido para lo cual afirma el autor:

Recuperar los nombres maternos de las personas, lugares y festividades fue una de las principales metas. De este modo, nombres de tradiciones espirituales que fueran bautizados por la iglesia católica con nombres de santos de esta religión fueron rebautizadas con los nombres originales que les

habían asignado nuestros pueblos. Un ejemplo de ello es la fiesta de San Juan en homenaje al santo, rebautizada con el original de Inti Raimi, o el nombre del lago San Pablo por el nombre de Iao Impakucha, o los nombres de las personas de los individuos que se llamaban Juan, María, Juana, Josefa, con los nombres Amaru, Akira, Kayakanti, Sisa, etc.

Las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) al reconocer la plurinacionalidad de los estados ecuatoriano y boliviano construye el modelo de estado plural e incluyente de los pueblos indígenas no solamente con la genérica categoría conceptual de “estado plurinacional” sino con el reconocimiento expreso de las diversidades culturales y del pluralismo jurídico<sup>9</sup>. Esto se evidencia en el Ecuador con el reconocimiento, entre otros derechos, de los idiomas *Kichwa* y *Shuar* como oficiales del estado y las demás lenguas indígenas como oficiales en sus territorios, la subjetividad de la Naturaleza, los derechos del Buen Vivir “*Sumak Kawsay*”, las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales, funciones jurisdiccionales propias y gobiernos autónomos descentralizados.

En Bolivia, el artículo segundo de la actual constitución dimensiona la amplitud de los derechos indígenas reconocidos dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

Los sistemas constitucionales ecuatoriano y boliviano configuran lo que Agustín Grijalva Giménez (2013) llama de estado plurinacional como un sistema marco constitucional de confluencia y relación indisoluble entre plurinacionalidad e interculturalidad y José Luiz Quadros de Magalhães (2012) de que el estado plurinacional es la existencia de un sistema “plurijurídico” marcado por la diversidad de derechos, lo que es conceptualizado por Pedro Brandão (2015) como el nuevo constitucionalismo pluralista latinoamericano.

Al configurar este sistema como un nuevo paradigma para el estado y para los estados latinoamericanos, las experiencias y procesos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, según Raquel Yrigoyen Fajardo (2015) fueran articulados en lo que llama de tres ciclos constitucionales: a) Ciclo del “Constitucionalismo Multiculturalista” (1982-1988): reconocimiento de la diversidad cultural (Guatemala, 1985; Nicaragua, 1987 e Brasil, 1988); b) Ciclo del “Constitucionalismo Pluricultural” (1989-2005): reconocimiento de formas de pluralismo jurídico (Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Argentina, 1994; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998; México, 1998-2001 y Venezuela, 1999) y c) Ciclo del “Constitucionalismo Plurinacional” (2006-2009): procesos de refundación del estado (Ecuador 2008 y Bolivia 2009).

---

9 Vease La Crítica de Raul Llasag Fernández (2018) en el Reclamo de la Plurinacionalidad desde abajo.

Antonio Carlos Wolkmer (2013, p. 30) afirma que el nuevo constitucionalismo latinoamericano comienza con la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Realmente, a pesar de las críticas al proceso constituyente brasileño que resultó en dicha constitución, la carta magna brasileña reconoce ampliamente los derechos de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, principalmente los derechos a la identidad, a la cultura, lenguas relacionados a los derechos territoriales originarios. Asimismo, reconoce aquellos relacionados al medio ambiente y al patrimonio cultural. Todavía, lamentablemente, no lo hizo explícito los derechos de las comunidades afrodescendientes Quilombolas como a los derechos de los pueblos indígenas.

#### **2.4. Armonía y los derechos de la Naturaleza en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como paradigmas jurídicos desde el sur**

Los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de Bolivia y Ecuador fueran determinantes en la nueva concepción institucional del estado y de los derechos, todavía, se sitúa en el reconocimiento de la Armonía y de los derechos de la Naturaleza el centro de los cambios paradigmáticos.

La normativización constitucional de estos derechos significa amplios cambios paradigmáticos, principalmente en la constitución de Ecuador, con el reconocimiento de la Naturaleza o *Pachamama* como titular de derechos de existencia, mantenimiento y regeneración; el reconocimiento de amplia legitimidad de acción – para la defensa de los derechos de la Naturaleza – a todas las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades; el reconocimiento de la relación indisociable de los derechos de la Naturaleza con los principios fundamentales del estado ecuatoriano: interculturalidad, plurinacionalidad, participación, inalienabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los seres/elementos de la Naturaleza como bienes comunes públicos del estado y, por último, en la constitución de Bolivia, el reconocimiento del principio de la armonía con la Naturaleza.

De esta manera, creo, que los derechos de la Naturaleza constituyen, además de las transformaciones que el nuevo constitucionalismo latinoamericano provocan en relación al estado, a los sujetos, a los derechos, a los territorios y al ejercicio de la democracia, un cambio significativo porque están en un lugar de complejidad, ya que se configuran a partir de la relación entre los diferentes seres/elementos que la componen. Por lo tanto, implica el reconocimiento de que no hay diferenciación entre las dimensiones físicas (llamadas de naturales) y dimensiones humanas (llamadas de culturales) de la Naturaleza están en simbiosis constante, asimismo interrelacionadas y fundadas en las cosmogonías y epistemologías concretas de los pueblos indígenas o comunidades tradicionales. Por lo tanto implica en contenidos éticos, morales y espirituales del Buen Vivir configuradores del *Sumak Kawsay*, *Suma Qamaña* y *Nandereko*.

Este es el verdadero giro decolonial. Anibal Quijano (2000), sociólogo peruano (colonialidad del ser, del saber e del poder), Catherine Walsh (2015) antropóloga norte-americana (colonialidad do ser, saber, poder y cosmológica) y el jurista argentino Alejandro Medici (2016) encuentran en las Constituciones de Bolivia e de Ecuador el verdadero propósito de realizar el “giro decolonial” para combatir el Estado monocultural y eurocéntrico. El colonialismo, como forma de ofensa de los derechos humanos, va mucho más allá de las formas económicas y políticas, encontrando las bases en el dominio epistémico y cultural.

Otros autores como Eugenio Raul Zafaroni (2012), con la Pachamama y el humano, Fernando Huanacuni Mamani (2010) el “buen vivir” como reto para la humanidad, Fausto Reinaga (1978), con el pensamiento amaútico y la revolución india basada en el ecocentrismo, Leonardo Boff (2011), Germana de Oliveira Moraes (2017) con la defensa de armonía con la Naturaleza y derechos de Pachamama, Vanessa Hasson de Oliveira (2016) con los procesos de positivación de los Derechos de la Naturaleza en Brasil y François Houtart, (2014) comparten la idea de que la *Pachamama* y el *Buen vivir* como paradigmas postcapitalistas, porque basadas en la idea del bien común.

### 3. CONCLUSIONES

El objetivo de este artículo fue demostrar como el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito del nuevo constitucionalismo latinoamericano se configura en un paradigma post y decolonial. El proceso colonial del “nuevo mundo trató de suplantar los saberes indígenas y cuyo objetivo fue el de transformar a los pueblos indígenas en “civilizados”. Para implementar esta política las intencionalidades y violencias institucionalizadas de la colonización trataron, a lo largo de los quinientos años de historia colonial, de negar la humanidad, la cultura y los derechos de estos pueblos.

Las nuevas constituciones de Latinoamérica, principalmente de Ecuador y Bolivia, cambian el paradigma jurídico-constitucional colonial. Ese paradigma, basado en la homogeneidad cultural del estado nación, en el monismo jurídico, en la idea de sujeto de la modernidad individual, autónomo y propietario e en la forma de concebir el mundo fundada en el antropocentrismo promovió genocidios, etnocidios e epistemicidios e institucionalizó la exclusión y la violencia contra los pueblos indígenas.

El nuevo constitucionalismo pluralista latinoamericano promueve la liberación de los pueblos indígenas de los países que reconoce los derechos y se constituye un ejemplo comparativo para el dialogo interconstitucional en el continente al menos en el campo formal – lo que significa un avance considerable en razón del triunfo de la ideología de la negación retomada en la actualidad con el avance de gobiernos conservadores – para cambios futuros en el concepto de estado, de sujeto y de relaciones. Que se reconozcan la plurinacionalidad del estado, los sujetos colectivos diferenciados, el pluralismo jurídico, las territorialidades específicas de pueblos y comunidades,

complejas y asimétricas, las formas de democracias comunitarias e interculturales y formas de construir mundos basadas en el biocentrismo y del buen vivir como una contribución de los pueblos indígenas para la humanidad y un reto para la felicidad.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- Acosta, A. Cosntruir el buen vivir – Sumak Kawsay. Recuperado en 4 de junho de 2015 de: <https://lalineadefuego.info/2013/01/08/construir-el-buen-vivir-sumak-kawsay-por-alberto-acosta/>
- Ávila Santamaría, R. (2015). La utopia andina. In, BALDI, Cesar Augusto. Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul. Belo Horizonte: Editora Forum.
- Anderson, B. Introdução. En: Balakrishnan G. (2000). Um mapa da questão nacional. Rio de Janeiro: Contraponto.
- Barcelona, P. (1996). Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social. Madrid: Editorial Trotta.
- Boff, L. (2011). Saber cuidar. Petrópolis: Vozes.
- Brandão, P. (2015). O novo constitucionalismo pluralista latino-americano. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CEPAL (2015). Os Povos Indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago: CEPAL/UN, 2015, p. 40-44.
- Clavero, B. (2012). Estado Plurinacional: Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano. En: Luna-Fabritius, A.; Mijango y González, P. & Rojas Gutiérrez, R. De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012. Mexico: Taurus.
- Flores Apaza, Policarpio. Aymaras buscan retornar a la comunión con la naturaleza. Recuperado en 23 de junio de 2016 de: <http://www.oei.org.co/nuevo%20sii/entrega27/art06.htm#aa>
- Freire Lacerda, R. (2014) “Volveré, y Seré Millones”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2 v. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília.
- Grijalva Jiménez, A. (2013). Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. En, Sousa Santos, B. & Grijalva Jiménez, A. (Eds). (2013). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Ediciones Abya-Yala
- Gomes Gruber, J. (org.). (1997). O livro das árvores. Benjamin Constant: Organização Geral do Professores Ticuna Bilingues.
- Gudynas, E. (2009). “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva constitución de Ecuador”. Revista de Estudios Sociales, n. 32.

- Hasson de Oliveira, V. (2016). *Direitos da Natureza*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.
- Herrera Flores, J. (2005). *Cultura y naturaleza: la construcción del imaginario ambiental bio(socio)diverso*. En, *Hileia Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, n. 2.
- Herrera Flores, J. (org.). (2000). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer.
- Houtart, F. (2015). *South/South collaboration for a post-capitalist paradigm*. Recuperado en 26 de marzo de 2015 de: <http://www.alainet.org/pt/node/102298>
- Huanacuni Mamani, F. (2015). *Vivir bien, buen vivir: filosofía, políticas, estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales*. 6ª. Edición. La Paz: Instituto Internacional de Integración.
- Kowii Maldonado, Ariruma. (2007). *Memoria identidad e interculturalidad de los pueblos del Abya-Yala: el caso de los Quichua Otovalo*. En, Zapata Silva, C. (comp.). (2007). *Intelectuales indígenas piensan América Latina*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal a los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Kopenawa Yanomami, D. & Bruce, A. (2010). *A queda do céu: palavras de um xamã Yanomami*. Tradução Beatriz Perrone-Moisés; prefácio de Eduardo Viveiros de Castro. São Paulo: Companhia das Letras.
- Ladeira, M. I. (2007) *O caminhar sob a luz: O território mbya à beira do oceano*. São Paulo: UNESP.
- Leonel Júnior, G. (2015). *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Lenkersdorf C. (2002). *Filosofar en clave tojolabal*. México: Editorial Porrúa - Colección Filosofía de nuestra América.
- Llasag Fernández, R. (2018). *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes. Plurinacionalidad desde abajo y plurinacionalidad desde arriba*. Quito: Huaponi Ediciones.
- Mamani Condori, C. (2007). *Memoria y reconstitución*. En, Zapata Silva, C. *Intelectuales indígenas piensan América Latina*. Quito: Ediciones Abya Yala.
- Marchena Fernández, J. (2015). *La construcción de la Historia a partir de las historias mínimas*. Recuperado en 5 de octubre de 2015 de: <http://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?la-construccion-de-la-historia-a-partir-de-las-historias-minimas&s=ENTREVISTA>
- Medici, A. (2016). *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Editorial CENEJUS – UASLP.
- Góis Neves, E. (2014) *Amazônia ano 1000*. Recuperado en 18 de julio de 2014 de: <http://viajeaquil.abril.com.br/materias/amazonia-ano-1000?pw=1>



- Oliveira Moraes, G. (2018). *Harmonia com a Natureza e derechos de Pachamama*, Fortaleza: Editora UFC.
- Oliveira Neves, L. J. (2004). *Olhos Mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil*. En: Sousa Santos, B. (Org.). (2004). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Porto: Edições Afrontamento, 2004.
- Ortolan Matos, M. H. (1997). *O Processo de criação e Consolidação do Movimento Pan-indígena no Brasil (1970-1980)*. Dissertação (Mestrado em Antropologia), UnB, Brasília.
- Pisarello, G. (2011) *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Barcelona: Editorial Trotta. También en: *Democracia, constitucionalismo y crisis. Salir de Termidor*. Recuperado en 18 de junio de 2019 de: <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=4497>.
- Quadros de Magalhães, J. L. (2012). *Estado Plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá.
- Quijano, A. (2000). *Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina*. En Edgardo Lander, (comp.). (2000). *Colonialidad del Saber, Eurocentrismo y Ciencias Sociales*. Buenos Aires: CLACSO-UNESCO.
- Reinaga, F. (1978). *El pensamiento amaútico*. [s.l.]. Ediciones PIB (Partido Indio de Bolivia).
- Sánchez Rubio D. & Senent de Frutos, J. A. (2013). *Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes*. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristóbal de las Casas: CENEJUS.
- Senent de Frutos, J. A. (2013). *El método de la historización*. En Sánchez Rubio D. & Senent de Frutos, J. A. *Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes*. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristóbal de las Casas: CENEJUS.
- Sousa Santos, B. (2010). *Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: IIDS.
- Sousa Santos, B. (1997) *Una concepción multicultural de los derechos humanos*. Revista *Memória*, Bogotá, n. 101.
- Souza Filho, C. F. M. (1998). *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá.
- Walsh, C. (2015). *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico: reflexiones en torno a Brasil y Ecuador*. En, Baldi, C. A. (2000). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul*. Belo Horizonte: Editora Forum.
- Wolkmer, A. C. (2013). *Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina*. En, Wolkmer, A. C. & e Melo, M. P. (2013). *Constitucionalismo latino-americano: tendencias contemporâneas*. Curitiba: Juruá.

Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmau, R. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En, CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. (2010). El nuevo constitucionalismo en America Latina. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010.

Yrigoyen Fajardo R. (2015). Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En, Baldi, C. A. (2015). Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul. Belo Horizonte: Editora Forum.

Zaffaroni E. R. (2011). La pachamama y el humano. Buenos Aires: Colihue.

## **Justicia Constitucional y Pluralismo Jurídico**



### **Farit Limbert Rojas Tudela - Bolivia**

Profesor de Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico en la Universidad Mayor de San Andrés

- Abogado de la Universidad Católica Boliviana San Pablo (Sede La Paz), Master en Investigación Social por la Universidad para la Investigación Estratégica de Bolivia y Doctor en Ciencias bajo la mención Justicia del CIDES UMSA y de la UNAM de México.
- Ha realizado una especialidad en historia y filosofía, una especialidad en teoría crítica decolonial, cuenta con diplomados en educación superior, gerencia pública e historia del arte.
- Es profesor titular de Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico, profesor titular de Teorías de la Democracia y profesor investigador en la materia de Derecho Constitucional, Pluralismo Jurídico e Interculturalidad. Actualmente, lleva a cabo estudios postdoctorales en la Universidad Luigi Vanvitelli de Caserta Italia.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Farit Limbert Rojas Tudela, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

# Justicia Constitucional y Pluralismo Jurídico

---

*Farit Limbert Rojas Tudela*

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las múltiples características que tiene el pluralismo jurídico establecido en la Constitución boliviana, es la declaración de igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina. Es decir que la jurisdicción indígena originario campesina ingresa en una condición igualitaria en la función judicial única.

Artículo 179.

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Fuente: CPE boliviana de 2009, el subrayado es nuestro

Entonces, se está delante de un planteamiento igualitario de jurisdicciones cuando la jurisdicción ordinaria no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos, y se está delante de un planteamiento unitario cuando el derecho estatal o un órgano del mismo, de manera unilateral, determina la legitimidad y el ámbito de aplicación de los otros sistemas de derecho.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

Se puede decir que el pluralismo jurídico en Bolivia es igualitario en la base, en tanto hay una igualdad jerárquica de jurisdicciones; es decir, que las resoluciones de una jurisdicción no pueden ser revisadas ni cuestionadas por la otra; sin embargo, es unitaria en la cúspide porque los conflictos entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria son resueltos por el Tribunal Constitucional

Plurinacional (TCP), conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 202 de la CPE.

Artículo 202.

Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

(...)

11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

(...)

Fuente: CPE boliviana de 2009

Sin embargo, el TCP no puede equipararse a un órgano que de manera unilateral determine la legitimidad o no legitimidad de la jurisdicción indígena originario campesina, en tanto debe repararse en la condición de *plurinacionalidad* del TCP; es decir, no solo está conformado por magistrados de los sistemas ordinario e indígena originario campesinos, conforme lo señala el artículo 197 de la CPE, sino que además tiene la posibilidad de crear un derecho constitucional plurinacional que posibilite el diálogo entre saberes y jurisdicciones en la búsqueda no solo de interpretaciones interculturales de los derechos, sino de la posibilidad de crear en sí un nuevo derecho plurinacional.

Artículo 197.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

(...)

Fuente: CPE boliviana de 2009, el subrayado es nuestro

El carácter igualitario de la jurisdicción indígena originario campesino se justifica en el derecho a la libre determinación establecido en el artículo 2, asimismo en el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos al ejercicio de sus sistemas políticos y sus sistemas jurídicos, conforme a lo establecido en el numeral 14 del artículo 30 de la CPE boliviana de 2009, además de lo señalado en la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas.

Sin embargo, la característica igualitaria no debe entenderse en el sentido de que la jurisdicción indígena originario campesino sea otra justicia separada de la ordinaria, sino que, conforme a lo dispuesto en el párrafo III del artículo 192, deben

desarrollarse mecanismos de cooperación y coordinación entre jurisdicciones, no sólo entre la jurisdicción ordinaria y la indígena sino entre éstas y la agroambiental.

Artículo 192.

I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena

originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Fuente: CPE boliviana de 2009, el subrayado es nuestro

A continuación, se pretende mostrar un panorama de la justicia constitucional respecto al pluralismo jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

## **2.1. Plurinacionalidad y libre determinación**

La Constitución Política del Estado (CPE) boliviana en su artículo 1 señala que Bolivia se constituye en un Estado Plurinacional, mismo que se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico.

Artículo 1.

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

Fuente: CPE boliviana de 2009, el subrayado es nuestro

Como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional Plurinacional en sus sentencias SCP 206/2014, SCP 0260/2014, SCP 0778/2014, SCP 0487/2014:

Lo “plurinacional”, es instituido por el constituyente con el objetivo de constituir una sociedad plural y descolonizada, reconstitutiva de la armonía y el equilibrio perdido milenariamente. Para ello ha instituido principios y valores plurales, y ha establecido la conformación del Estado con base a la existencia precolonial

de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En consecuencia, la constitución plurinacional del Estado, vinculado a la lucha y resistencia anticolonial de las naciones originarias, implica la necesaria “reconstitución” de las naciones precoloniales mediante el ejercicio igualitario de sus sistemas económicos, políticos, jurídicos, culturales y lingüísticos propios; elementos que a su vez, sustentan la “descolonización” sobre la que se cimenta en Estado “Plurinacional”.

Fuente: SCP 206/2014

[E]l tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional debe implicar la ‘restitución’, ‘igualación’, ‘reconstitución’ de la matriz civilizatoria de las naciones originarias, procesos que deben ser realizados en armonía con los postulados referentes a la interculturalidad y descolonización (...)

Fuente: SCP 0778/2014

Nuestra Constitución marca una ruptura respecto al constitucionalismo clásico y occidental concebido por las élites políticas; es un constitucionalismo que expresa la voluntad de las clases populares y de los pueblos indígenas, creando una nueva institucionalidad, transversalizada por lo plurinacional, una nueva territorialidad, signada por las autonomías, un nuevo régimen político y una nueva legalidad bajo el paradigma del pluralismo jurídico igualitario.

Fuente: SCP 0487/2014

Según el TCP, la constitución plurinacional implica la “reconstitución”, “restitución”, “igualación” de las naciones originarias a través de su ejercicio igualitario de sus sistemas jurídicos y políticos entre otros, elementos que se llevan a cabo mediante la interculturalidad y la descolonización. Asimismo, señala que la nueva Constitución marca una ruptura transversalizada por lo plurinacional bajo el paradigma del pluralismo jurídico igualitario.

El artículo 2 de la CPE reconoce la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y garantiza su libre determinación que consiste en los derechos a la autonomía, al autogobierno y al reconocimiento y ejercicio de sus instituciones propias.

En el Estado plurinacional se asientan múltiples naciones, entendidas desde una doble dimensión: como comunidades históricas precoloniales con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada y como pueblos con poder político para definir sus destinos, en el marco de la Unidad del Estado, conforme determina el art. 2 de la CPE.



Fuente: SCP 0260/2014

La libre determinación es concebida no solo como un derecho, sino como una de las “bases fundamentales del Estado”, no por el lugar que ocupa el artículo 2 en la estructura del texto constitucional<sup>1</sup>, sino porque la libre determinación es la condición de posibilidad del ejercicio de una serie de derechos y facultades como la administración de su propia justicia. Es más, las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional determinan los derechos de los pueblos indígenas a partir del “principio” de la libre determinación como lo manifiestan las sentencias SCP 1624/2012, SCP 0037/2013, SCP, SCP 0764/2014, SCP 722/2018-S4, entre otras. Veamos, como ejemplo, lo señalado en la SCP 0037/2013 de 4 de enero de 2013 y lo señalado en la SCP 0778/2014 de 21 de abril de 2014:

[E]s posible concluir que del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos reconocido en la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales, se desprende y fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígena originario campesinos, de sus instituciones propias y sus procedimientos, por ende, el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, a través de sus procedimientos e institución propias y bajo sus sistemas normativos. En cuyo contexto, los pueblos indígena originario campesinos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones, los que en el marco del Estado Plurinacional, son reconocidos con igual valor jurídico, de tal forma cuentan también con la facultad de hacer cumplir sus resoluciones y hacer valer sus decisiones frente a los demás órganos e instituciones estatales, entre ellos, las autoridades de otras jurisdicciones.

Fuente: SCP 0037/2013

Así, para lograr la consolidación de los procesos de “restitución”, “igualación” y “reconstitución”, debe en un marco de armonía y cohesión del Estado Unitario, resguardarse el principio de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, reconocido y garantizado, pero además, el proceso antes señalado, debe fundarse en la interculturalidad, a partir de la cual, rigen los principios de complementariedad, solidaridad, respeto mutuo entre culturas ancestrales y el pueblo de Bolivia en general, visión que garantizará la materialización del fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia: el vivir bien.

---

<sup>1</sup> El artículo 2 se encuentra en el Capítulo I (Modelo de Estado) del Título I (Bases fundamentales del Estado) que se encuentra en la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías). Esta referencia es central a momento de realizarse una interpretación de un artículo, pues la interpretación trata de atribuir a un término o a un conjunto de términos un significado que sea coherente con el cuerpo normativo al que pertenece. Pero la libre determinación, categoría central en la redacción del artículo 2, no solo es una base fundamental del Estado, sino que es también concebida como un derecho en el numeral 4 del párrafo II del artículo 30 de la Constitución Política del Estado boliviano.

Fuente: SCP 0778/2014, el subrayado es nuestro

Los Pueblos y Naciones Indígena Originario Campesinos, caracterizados por los elementos de cohesión colectiva (...) como una manifestación del principio de libre determinación, del derecho a su libre existencia y en armonía con los principios de pluralismo, interculturalidad y descolonización, tienen el derecho fundamental al ejercicio y administración de su justicia en el marco de sus normas y procedimientos, los cuales, tal como se dijo en el Fundamento Jurídico VI.1 de la presente Sentencia, constituyen fuente directa de derecho.

Fuente: SCP 1624/2012, reiterada en 722/2018-S4 (el subrayado es nuestro)

Cabe destacar que en el proceso constituyente (2006-2009) el artículo 2 de la CPE en realidad se presentaba como el artículo 1, es decir, el texto constitucional abría con esta declaración de “algo previo” que permite a Bolivia ser plural<sup>2</sup>. Este “algo previo” son los pueblos indígenas y que por esta condición de “algo previo” poseen el derecho a la autodeterminación o libre determinación<sup>3</sup>.

2 La Asamblea Constituyente boliviana se desarrolla entre los años 2006 y 2007. Para la redacción de los contenidos del proyecto de Constitución, los constituyentes de la fuerza mayoritaria (del partido político del Movimiento al Socialismo) toman como base de su trabajo la propuesta de texto constitucional de las organizaciones del Pacto de Unidad. En la referida propuesta, el texto constitucional se iniciaba con este artículo que reconocía la existencia pre colonial de los pueblos indígenas. Una puntualización más, una vez culminado el trabajo de los constituyentes en diciembre de 2007, el proyecto de texto constitucional pasó a una revisión en el H. Congreso de la República que concluyó en octubre de 2008, siendo convocado un referéndum para la aprobación del proyecto de Constitución para enero de 2009, por ello caracterizamos el proceso constituyente entre los años 2006 y 2009, bajo el criterio de que el poder constituyente no se agota en sus representantes, sino que se encuentra en el pueblo mismo que expresó su aceptación al texto constitucional en enero de 2009. Antonio Negri (1994), en el estudio titulado “Poder Constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, se señala que el poder constituyente rehúye a la representación y no habita en los representantes de una Asamblea Constituyente, sino en la fuerza (en el poder mismo) constituyente de la población. Siguiendo a Negri (2015), consideramos que un proceso constituyente es algo más complejo que la sola participación de representes en una asamblea; se trata, en nuestra perspectiva, de una potencia colectiva que no admite representación. Para una mayor referencia véase el prólogo de mi autoría (Farit Rojas en Prada, 2008) sobre la relación del poder constituyente en la versión de Negri y el proceso constituyente boliviano, en el libro de Raúl Prada (2008) que puede ser consultado en la Biblioteca CLACSO en : <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20100610094301/prada.pdf>, visitado el 16 de octubre de 2023.

3 El artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación”. La versión del mismo Art. 3 de esta declaración, pero en idioma inglés, señala: “Indigenous peoples have the right to self-determination”. Quienes tradujeron “self-determination” por “libre determinación” podrían haber optado por “autodeterminación”. En algunos textos que analiza la declaración referida se usa tanto autodeterminación como libre determinación como si se tratase de sinónimos. Sin embargo ¿no encierra una mayor potencia el concepto de autodeterminación que el de libre determinación? La palabra “autodeterminación” hace referencia a una facultad interna del mismo ente que la posee; es decir, es una facultad que se ejerce y no un derecho concedido, pues en este caso sería el pueblo indígena el que se autodetermina por sí mismo, sin la necesidad de un permiso por parte de algún otro. En su lugar, la “libre determinación” podría comprenderse como un derecho concedido; es decir, un derecho que se ejerce en los márgenes de la legalidad de un Estado. Esta diferencia podría ser esencial. Si nos atenemos a lo dispuesto por el Art. 2 de la CPE boliviana, la libre determinación se la reconoce “en el marco de la unidad del Estado” y “conforme a esta Constitución y la ley”. El hecho de que sea conforme a la CPE es un reconocimiento en la norma fundamental del Estado, pero el hecho de que sea “conforme a la ley”; es decir, que exista una reserva legal, nos coloca delante de una limitación legislativa, en tanto la ley es un instrumento producido por el Órgano Legislativo. Cabe recordar que en la propuesta del Pacto de Unidad, en la que se basó el constituyente, se señalaba lo siguiente: “Esta Constitución respeta y constitucionaliza la preexistencia de las naciones y pueblos indígenas originarios y afrodescendientes, el dominio ancestral sobre sus territorios y garantiza su libre determinación, que se expresa en la voluntad de

## 2.2. Más de un centenar de pueblos indígenas

Una de las erróneas interpretaciones, de las varias que se han llevado a cabo con el texto constitucional, ha señalado que la Constitución Política del Estado en su artículo 5 determina la existencia de 36 naciones<sup>4</sup>, siendo que este artículo se refiere a los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; es decir, solo los idiomas y no los pueblos, ni siquiera que todos estos pueblos sean considerados naciones. El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) realizó esta aclaración en su Sentencia SCP-0007/2019 de 13 de febrero de 2019 en la que señala:

De acuerdo a los datos otorgados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre el Censo de Población y Vivienda del 2012, dio como resultado del ejercicio del derecho a la autoidentificación cultural, del total de declaraciones de pertenencia a Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinas (NPIOC), se tiene un número de ciento veintidos pertenencias culturales declaradas, datos que todavía no fueron analizados cualitativamente por las instituciones competentes a fin de determinar el número de identidades culturales existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia; sin embargo, la cifra nos da una idea de la gran diversidad cultural que existe, más allá de las treinta y seis naciones o culturas que se asumen de una errada lectura del art. 5 de la CPE, puesto que, la citada disposición constitucional refiere a los idiomas oficiales y no así al número de naciones en el Estado.

Fuente: SCP-0007/2019

Entonces, hay una variedad de pueblos indígenas y, en consecuencia, una variedad de sistemas normativos que fundamentan el pluralismo jurídico reconocido de manera transversal en la Constitución Política del Estado (CPE), en particular en los artículos 1 y 178.

Debe precisarse que el nombre “indígena originario campesino” se presenta así, sin comas, es decir, como una sola categoría que resume tres de las maneras en las que se llamó a los pueblos indígenas en Bolivia. Lógicamente se los llamó indígenas,

---

conformar y ser parte del Estado Unitario Plurinacional Comunitario, y en el derecho a controlar sus instituciones, al autogobierno, a desarrollar su derecho y justicia propia, su cultura, formas de vida y reproducción, al derecho a reconstituir sus territorios y al derecho a definir su desarrollo con identidad”. La propuesta no contenía la reserva de ley y recuperaba la idea de una voluntad de los pueblos indígenas para conformar y ser parte del Estado; es decir, una idea más cercana a la autodeterminación que a la libre determinación.

- 4 Son variadas las interpretaciones de este tipo. Nos parece llamativo encontrar esta caracterización en portales oficiales de Bolivia, como la aseveración “En Bolivia existen 36 diferentes naciones o pueblos indígenas originarios y campesinos, reconocidos por la Constitución Política del Estado” (<http://www.bolivia.de/es/bolivia/culturas/> visitado el 16 de octubre de 2023), otro ejemplo: “El Estado Plurinacional de Bolivia saluda a las 36 naciones y pueblos indígenas originario campesinos de Bolivia y a los más de 5000 pueblos indígenas del mundo, en el “Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo”, establecido el 9 de agosto de cada año mediante las resoluciones A/RES/69/159 y A/RES/70/232 de la Asamblea General de las Naciones Unidas” (<https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/node/1583> visitado el 16 de octubre de 2023).

pero también se los llamó originarios y en una etapa de la historia de Bolivia que buscó eliminar las clasificaciones racistas y discriminadoras se los llamó campesinos. En el proceso constituyente boliviano (2006-2009), los mismos pueblos indígenas propusieron este nombre en el documento del Pacto de Unidad<sup>5</sup>. También debe precisarse que, conforme al artículo 3 de la CPE, el pueblo boliviano está compuesto por las y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y los afrobolivianos. Una composición compleja que cortocircuita la idea de un Estado-nación y habilita la idea de un Estado Plurinacional.

### 2.3. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena originario campesina

La CPE señala, en su artículo 178, que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano; es decir, de este pueblo plural y se sustenta en una serie de principios, entre ellos el de pluralismo jurídico. Asimismo, en el artículo 179 de la CPE se precisa la existencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, como parte de la función judicial, bajo el ejercicio de las autoridades indígenas y gozando de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, lo cual da a entender que no existe la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria revise las resoluciones de la jurisdicción indígena originaria campesina, lo cual habilita únicamente al control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, entendida solo como justicia constitucional. Pero el mismo TCP ha señalado la importancia de este pluralismo jurídico igualitario.

Ahora bien, es evidente que el carácter plurinacional de nuestro modelo de Estado, como reflejo de la voluntad de las hoy denominadas naciones y pueblos indígena originario campesinos de conformar un nuevo Estado, tiene repercusiones en diferentes ámbitos.

Así, en el ámbito institucional, supone la conformación plural de los diferentes órganos e instituciones del poder público, para permitir la construcción dialógica y colectiva del Estado; en el jurídico, implica la consolidación de un constitucionalismo plurinacional, en el marco del pluralismo jurídico igualitario; en el que, por una parte, se respete la pluralidad de sistemas jurídicos y, por

---

5 El Pacto de Unidad fue una organización *sui generis* (única en su clase) que estaba compuesta, en mayo de 2007, por las principales organizaciones sociales de Bolivia: la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) llamada "la única", la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia "Bartolina Sisa" (CNMCIOS-B), la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB) y el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), además de otras organizaciones aliadas a estas cinco centrales. No fue una experiencia sencilla, el Pacto de Unidad era una organización con muchos conflictos y tensiones internas. Muchas organizaciones se desmarcaban y volvían a reunirse con el Pacto dependiendo del momento político. La importancia del Pacto de Unidad excede las intenciones de este ensayo, por ello se recomienda revisar el estudio de Fernando Garcés (2010) denominado "El Pacto de Unidad y el proceso de construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado", publicado por el Pacto de Unidad, el Programa NINA y la Red Unitas, disponible en [http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO\\_UNIDAD.pdf](http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf) visitado el 16 de octubre de 2023.

otra, que el contenido mismo de la legislación, respete las diferencias existentes y esté exenta de elementos discriminantes.

Fuente: SCP 0260/2014, el subrayado es nuestro

El párrafo I del artículo 191 de la CPE señala que la jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un *vínculo particular* de pertenencia de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. Este *vínculo de pertenencia* se encuentra en relación a lo establecido en párrafo I del artículo 30 de la CPE que señala que es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia sea anterior a la invasión colonial española. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha realizado una aclaración necesaria sobre el sujeto de la jurisdicción indígena originaria campesina en su Sentencia SCP 1422/2012 de fecha 24 de septiembre de 2012. Esta aclaración se da en los siguientes términos:

[D]ebe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el país, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos supra, es decir, a la existencia de identidad cultural, idioma, organización administrativa, organización territorial, territorialidad ancestral, ritualidad y cosmovisión propia, entre otras; por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le serán aplicables todos los efectos del Art. 30 en sus dos párrafos de la Constitución, así como los efectos del principio de libre-determinación inherente a los pueblos y naciones indígenas originario y campesinos plasmado en el segundo artículo de la CPE.

Fuente: SCP 1422/2012 y reiterada en SCP 0006/2019

Entonces, son sujetos de la jurisdicción indígena originario campesina las organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje. Es notorio que el Tribunal ha tratado de no encasillar a las comunidades indígenas en un territorio/museo; es decir, en una caracterización que simule que lo indígena es aquello preservado en una comunidad alejada, sino que ha atendido el carácter plurinacional del Estado encontrando que lo indígena es diverso y se desplaza por el territorio boliviano de distintas formas, lo cual supone

un desplazamiento de la lógica multicultural de la tolerancia de lo indígena en su territorio y sus institucionalidades a la comprensión de que lo plurinacional es una condición viva en desarrollo.

Pero el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) no solo realizó la aclaración precedente sobre el sujeto de la jurisdicción, sino que también precisó que el *vínculo particular* de pertenencia se puede adquirir viviendo en la comunidad y, en consecuencia, habiendo aceptado las normas y procedimientos propios en los que se desarrolla la vida cotidiana del pueblo indígena. Al respecto, la Sentencia SCP 0026/2013 de 4 de enero de 2013 y la Sentencia SCP 006/2019 de 6 de febrero de 2019 señalan que:

[D]ebe considerarse que el vínculo ‘particular’ que une a los miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino de ninguna manera podría fundarse en el nacimiento o los rasgos físicos, por ello mismo, una persona no nacida en una determinada cultura puede adoptar la misma y por ende ser juzgada por la jurisdicción indígena originaria campesina, por ello el mismo Art. 1.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que: ‘La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio’ (...) Por otra parte, y considerando que el derecho colectivo a administrar su justicia está relacionado a la construcción de su identidad social, es lógico aceptar que es posible el juzgamiento de personas que no necesariamente pertenezcan a la nación o pueblo indígena originaria campesino pero que voluntariamente de manera expresa o tácitamente se sometan a dicha jurisdicción; por ejemplo, al decidir ocupar sus territorios ancestrales aunque ello no implica que no deba analizarse en cada caso la concurrencia de los ámbitos territorial, material y personal referidos por el Art. 191.II de la CPE.

Fuente: SCP 0026/2013, reiterada por SCP 006/2019

El párrafo II del artículo 191, referido por la sentencia, señala tres ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina: a) el ámbito de vigencia personal, es decir están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos; b) material, es decir los asuntos que conoce esta jurisdicción lo determinará una Ley de Deslinde Jurisdiccional y, finalmente; c) territorial, es decir a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Vimos cómo las sentencias del TCP han generado modulaciones y aclaraciones respecto al ámbito de vigencia personal y al ámbito de vigencia territorial, ampliando a

los sujetos de esta jurisdicción así como a las formas territoriales en las que se puedan encontrar, pero respecto al ámbito de vigencia material la misma CPE determina una reserva de ley, es decir, establece que una ley, denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional es la que determinará los asuntos que conoce esta jurisdicción.

Pero, a la vez, conforme al numeral 11 del artículo 202 en caso de conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental, será el Tribunal Constitucional Plurinacional el que decida.

En fecha 29 de diciembre de 2010 –en una fecha muy curiosa porque generalmente a fin de año el órgano legislativo ingresa en receso<sup>6</sup>–, en cumplimiento de la reserva de ley del párrafo II del artículo 191, se promulgó la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional, en cuyo artículo 10 se establece el esperado deslinde material:

#### Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL)

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

---

6 Cabe destacar que el 26 de diciembre de 2010 Bolivia vivió una convulsión social por el intento del gobierno de levantar el subsidio a la gasolina, bajo esta coyuntura se aprueba la llamada Ley de deslinde. Sobre las repercusiones del llamado “gasolinazo”, véase la noticia en: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/12/101227\\_bolivia\\_combustible\\_repercusion\\_smink](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/12/101227_bolivia_combustible_repercusion_smink) visitada el 20 de octubre de 2023.

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

Fuente: Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional, el subrayado es nuestro.

Una serie de voces se pronunciaron respecto a esta Ley<sup>7</sup>, en tanto el párrafo II del artículo 10, mencionado supra, restringe la competencia material de la jurisdicción indígena originario campesina al juzgamiento de pocos casos. Sin embargo, el párrafo I del artículo 10 enfatiza que, en virtud del derecho a la libre determinación, hay una condición histórica y tradicional que le permite a las naciones y pueblos indígenas continuar conociendo los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron. Entonces, se evidencia una aparente contradicción entre el párrafo I y el párrafo II del artículo 10 de la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional.

Esta aparente contradicción fue resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional inicialmente en su Sentencia SCP 0037/2013 de 4 de enero de 2013 y con mayor claridad en sus sentencias SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 y SCP 006/2019 de 6 de febrero de 2019:

[D]ebe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Fuente: SCP 0037/2013

En efecto, de acuerdo a los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, postulado que encuentra sustento en una interpretación armónica de los Arts. 13.I, 256 y 2 de la CPE, se tiene que todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo

7 El antropólogo español Xavier Albó, por ejemplo, señaló en 2015 que a las autoridades indígenas “les cortaron las alas con la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Yo he dicho varias veces: sospecho que con un Tribunal Constitucional suficientemente independiente (la Ley de Deslinde) no pasaría el test de constitucionalidad” ([http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal\\_politico/Xavier-Albo-Autonomias-indigenas-politica\\_0\\_2204779507.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/Xavier-Albo-Autonomias-indigenas-politica_0_2204779507.html) visitado el 16 de octubre de 2023). Asimismo, en 2016, la Cumbre de Justicia Indígena Originario Campesina determinó que la Ley de Deslinde frena a la justicia indígena ([https://correodelsur.com/seguridad/20160921\\_evento-judicial-indigena-rechaza-ley-de-deslinde.html](https://correodelsur.com/seguridad/20160921_evento-judicial-indigena-rechaza-ley-de-deslinde.html) visitado en fecha 16 de octubre de 2023). Asimismo, el viceministro de Descolonización del año 2016, Félix Cárdenas, en 2016, “calificó de racista a la Ley de Deslinde Jurisdiccional porque limita la competencia de la justicia indígena originaria campesina para el tratamiento de los casos de gravedad que se dan en su jurisdicción y sólo pueden ser resueltos por la justicia ordinaria”, al respecto puede verse el portal de erbol, en: [https://anteriorportal.erbol.com.bo/noticia/indigenas/16032016/cardenas\\_la\\_ley\\_de\\_deslinde\\_jurisdiccional\\_es\\_racista](https://anteriorportal.erbol.com.bo/noticia/indigenas/16032016/cardenas_la_ley_de_deslinde_jurisdiccional_es_racista) visitada el 16 de octubre de 2023.



sus normas, procedimientos propios y saberes son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible, para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El postulado expuesto, constituye precedente jurisprudencial vinculante.

Fuente: SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 (el subrayado es nuestro)

Respecto al Art. 191.II.2 de la CPE, respecto al ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: “conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional, pese a ello, a este Tribunal Constitucional Plurinacional le resulta absolutamente claro que las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de competencia por su situación histórica de desventaja respecto a la jurisdicción ordinaria por lo que la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional de donde resulte que la exclusión de un ‘asunto’ de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto”.

Fuente: SCP 006/2019 (el subrayado es nuestro)

De lo establecido por el TCP, mediante su reiterada jurisprudencia, se puede concluir que la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas no restringe la competencia material de la jurisdicción indígena; asimismo, respecto a la aplicación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional No. 073 debe de interpretarse de manera que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y del principio de libre determinación de los pueblos indígenas, esto significa que se debe presumir la competencia del pueblo indígena originario campesino.

El artículo 203 de la CPE señala que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. Asimismo, la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 precisa que el postulado expuesto constituye precedente jurisprudencial vinculante.

Entonces, para conocer las materias, es decir los asuntos, actos, hechos y conflictos que se encuentran bajo la jurisdicción indígena originario campesina, se debe ingresar a responder esta pregunta: ¿El pueblo o nación indígena (u organización campesina o

junta vecinal u otra modalidad organizativa indígena) ha conocido similares asuntos, actos, hechos o conflictos que el que se presenta en este caso? Si la respuesta es positiva, entonces el asunto, acto, hecho o conflicto es de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina en aplicación de la CPE, la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional y la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014. Si la respuesta es no, entonces se habilita una segunda pregunta: ¿El asunto, hecho, acto o conflicto se encuentra en las materias previstas en el parágrafo II del artículo 10 de la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional? Si la respuesta es no, entonces el asunto, hecho o conflicto es de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Una vez determinada la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, la CPE señala en el parágrafo I del artículo 190 que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. El parágrafo II del mismo artículo señala que la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

### 3. CONCLUSIONES

La intención de esta breve intervención es la de mostrar el desarrollo de la justicia constitucional respecto al pluralismo jurídico, Para concluir esta revisión presentamos uno de los avances más interesantes y mejor desarrollados respecto al pluralismo jurídico, nos referimos a la ponderación intercultural que nace del llamado “test del paradigma vivir bien”.

Al respecto, la Sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012 explicita de manera completa el test del paradigma del vivir bien como pauta de interpretación y ponderación intercultural.

El TCP señala cuatro parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable que en conjunto constituyen el *test del paradigma del vivir bien*. A partir de este test, los derechos fundamentales y los derechos humanos se reinterpretan y se busca otorgar a los mismos la dimensión que precisan para su diálogo con la realidad y práctica de los pueblos indígenas. Debido a su importancia, copiamos íntegramente –pese a su extensión– la explicación del referido test, a continuación:

[E]l paradigma del vivir bien somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes

parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la armonía axiomática implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesina, para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática.

En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intercultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia.

Asimismo, se establece que para el tercer elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá verificar que la decisión emanada de la jurisdicción indígena originaria campesina sea acorde con los ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados por la comunidad, de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

Como cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad deberá establecer la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesina, en este caso, se deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también

ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para -en el marco de la inter e intra culturalidad-, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada.

La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos.

En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en contextos inter e intra culturales, podrán ser tutelados por el control plural de constitucionalidad; en ese orden, su interpretación deberá ser realizada a la luz de una pauta específica de interpretación inter e intra cultural: El paradigma del vivir bien, a cuyo efecto y a través del test precedentemente desarrollado, los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, tendrán plena eficacia, consolidando así una verdadera armonía y paz social.

Fuente: SCP 1422/2012 reiterada por SCP 0722/2018 S4

Se debe enfatizar que el pluralismo jurídico en Bolivia supone y connota la existencia previa de pueblos indígenas (artículo 2 de la CPE boliviana de 2009), esto quiere decir, existencia previa de comunidades de derechos que provienen de diferentes matrices culturales y de cosmovisiones diversas, lo que nos permite aseverar que hay más de una comunidad que piensa los derechos.

Entonces tenemos principios y valores propios de pueblos indígenas, es decir, principios y valores que son parte del derecho y de los procedimientos propios de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, los que juegan en la interpretación y ponderación de los derechos, construyendo de esta manera, desde la justicia constitucional y el pluralismo jurídico, un derecho constitucional plurinacional.

## **Justicia Constitucional con Perspectiva de Género e Interseccional. Altos Estándares**



### **Julia Elizabeth Cornejo Gallardo - Bolivia**

Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional

- Abogada. Máster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” sede La Paz en convenio con la Universidad de Harvard; egresada de la primera promoción del “Curso de Formación y Especialización Judicial en el área ordinaria” de la Escuela de Jueces del Estado para la Carrera Judicial, al que ingresó por concurso nacional; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, Doctorante en Derecho Constitucional y Administrativo.
- En su experiencia, ejerció de manera libre la profesión de abogada. Fue facilitadora de programas para la equidad de género, generacional y para diversos colectivos sociales e institucionales en los años 2007 al 2017. Entre el 2008 y 2012 fue consultora en diferentes procesos autonómicos en todo el país. Facilitó y gestionó los primeros Estatutos de Autonomías Indígena Originaria Campesinas.
- Fue responsable de equipos interdisciplinarios de construcción normativa y desarrollo constitucional: Anteproyecto de Ley del Código de las Familias y del Proceso Familiar (2013), Anteproyecto de Ley de Conciliación y Arbitraje (2014), Proyecto de Reglamento de la Ley del Notariado Plurinacional (2014), Anteproyecto de Ley del Servicio Estatal de Registro de Derechos Reales y Anteproyecto de Ley de Registros Públicos (2015). Asimismo, es autora de publicaciones académicas individuales y colectivas a nivel nacional e internacional.
- En virtud a una preselección nacional por meritocracia y elección por voto popular, desde el 2018 y actualmente es Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. El 2019 obtuvo el Premio Nacional al primer lugar respecto a Sentencias con perspectiva de Género. El año 2021, en la tercera versión del concurso, obtuvo la mención especial.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora Julia Elizabeth Cornejo Gallardo, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

# **Justicia Constitucional con Perspectiva de Género e Interseccional. Altos Estándares**

---

*Julia Elizabeth Cornejo Gallardo*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero, que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través del Control Tutelar de Constitucionalidad, en revisión resuelve una Acción de Libertad, Hábeas Corpus en el derecho comparado, que aborda un caso de violencia y discriminación en razón de género contra una adolescente, mujer y víctima de violencia; con esta ponencia se expone la metodología de la aplicación del enfoque diferencial, de género e interseccional, ante la existencia de múltiples causas de discriminación-, y cómo se aplicaron los más altos estándares del sistema de protección del derecho a una vida libre de violencia de personas que son parte de los grupos en situación de vulnerabilidad.

La perspectiva de género es un derecho humano, como parte de las obligaciones de los Estados para garantizar la igualdad y no discriminación y el ejercicio de los derechos tanto de las mujeres como de las personas que tienen diversa orientación e identidad sexual<sup>1</sup>.

El enfoque diferencial, considera las categorías sospechosas de discriminación (art. 14 de la CPE) busca superar la igualdad formal en situaciones donde las partes no tienen las condiciones estructurales para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, promueve la igualdad material<sup>2</sup>.

El enfoque diferencial se centra en los grupos de población con mayor marginación, exclusión y discriminación estructural; permitiendo analizar las diferentes formas de discriminación y de los desequilibrios de poder, a fin de garantizar que las intervenciones del Estado lleguen a dichos segmentos poblacionales en situación de vulnerabilidad<sup>3</sup>.

En aplicación de la Recomendación general nro. 12 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el enfoque diferencial tiene como función: permitir identificar el tipo de discriminación existente, alcanzar no sólo la igualdad formal, sino también sustancial y estructural, transformar las condiciones de exclusión social, económica, jurídica<sup>4</sup>.

---

1 Protocolo para juzgar con perspectiva de género del Órgano Judicial de Bolivia.

2 Entendimiento extraído de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0001/2019-S2 de 15 de enero.

3 Ídem.

4 Resumen de la Declaración de Entendimiento Común de las Naciones Unidas sobre los Enfoques Basados en los Derechos Humanos para la Cooperación y la Programación para el Desarrollo (el Entendimiento común), adoptada por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM).

En este marco, tenemos el Enfoque generacional cuando implique la argumentación de derechos respecto a Niñas, niños y adolescentes o Adultos mayores; el Enfoque de género, respecto a mujeres, varones y grupos LGBTI; Enfoque de derechos de las Personas con discapacidad; Enfoque intercultural en el marco del carácter plurinacional de nuestro Estado.

El enfoque interseccional se constituye en una herramienta útil para analizar la vulneración de los derechos, en especial de la igualdad, cuando se presentan múltiples factores de discriminación que se entrecruzan e influyen en el ejercicio y goce de los derechos de las personas. A partir de ello, es posible tener una mirada plural de la discriminación y violencia hacia diversas categorías biológicas, sociales y culturales, como el sexo, el género, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la edad, la nacionalidad y otros ejes de identidad, que se interaccionan en múltiples, y a menudo, en simultáneos niveles de discriminación y violencia, comprendiendo las desigualdades y necesidades de esta población en los casos concretos, las cuales pueden estar atravesadas por diversas identidades u otros factores, que las coloquen en situaciones mayores de subordinación, violencia o discriminación<sup>5</sup>.

El Tribunal Constitucional ha adoptado una perspectiva de género para el análisis de los casos de violencia y discriminación hacia la mujer; es así que en esta ponencia abordamos el tratamiento del caso que resolvió la SCP 0019/2018-S2, aplicando un enfoque interseccional, ante la existencia de múltiples causas de discriminación, que analiza la situación de una adolescente víctima de violencia sexual.

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Resumen del Caso**

El 17 de octubre de 2017 en la comunidad Antacollo, provincia Pacajes del departamento de La Paz, la adolescente “AA” fue víctima de violencia sexual en reiteradas oportunidades por parte de sus primos. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia Distrito 3 del Gobierno Autónomo Municipal de El Alto efectuó una evaluación psicológica de la adolescente diagnosticando que padecía de “ideación y pensamiento suicida”; por lo que, precautelando su vida, determinó que requería de apoyo terapéutico en un centro especializado de la ciudad de El Alto, donde debió ser trasladada.

Con estos antecedentes, y a fin de no perjudicar su formación académica, la mencionada Defensoría de la Niñez y Adolescencia solicitó al Director de la Unidad Educativa a la que asistía la adolescente, colaborar con los trámites necesarios para el cambio de unidad educativa a la ciudad de El Alto; sin embargo, dicha autoridad, a pesar de las reiteradas solicitudes efectuadas por sus padres, no colaboró con este requerimiento; dejando subsistente la situación de riesgo de la vida de “AA”.

---

5 Voto Disidente de la SCP 0268/2018-S2 de 25 de junio.



## 2.2. Identificación de los lineamientos para juzgar con perspectiva de género incorporados en la Sentencia o Resolución

### a) Identificación del problema jurídico y la definición de persona pertenecientes a poblaciones o grupos de atención prioritaria

El caso presente varios problemas jurídicos:

#### a.1. Problemas jurídicos de carácter procesal. Existen dos problemas jurídicos:

- El juez de garantías denegó la tutela por subsidiariedad excepcional, bajo fundamento de que la parte accionante no se agotó los medios de impugnación existentes, quien de manera previa debió acudir a la Dirección Distrital de Educación dependientes del Ministerio de Educación.

El primer problema jurídico procesal se resume y traduce de la siguiente manera: *¿Es posible denegar la tutela dentro de una acción de libertad por subsidiariedad tratándose de adolescentes víctimas de violencia cuyo derecho a la vida se encuentra amenazado?*

- La accionante sólo alegó como vulnerados su derecho a la vida, pese a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional, identificó otros derechos conexos que también resultaban vulnerados.

El segundo problema jurídico procesal se resume y traduce de la siguiente manera: *¿A partir del principio de informalismo que caracteriza a la acción de libertad, es posible tutelar derechos conexos que no hubieran sido denunciados como vulnerados por la accionante, que es una adolescente víctima de violencia?*

#### a.2. Problema jurídico material

La accionante “AA”, que es una **adolescente víctima de violencia sexual y por ende requiere de una atención prioritaria e integral**, denuncia que la autoridad demandada -Director de la Unidad Educativa donde estudia “AA”- puso en riesgo su vida por cuanto no colabora en los trámites de cambio de unidad educativa de la accionante solicitada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, no obstante que, como resultado de la violencia sexual de la que fue víctima en reiteradas oportunidades, presenta un diagnóstico de “ideación y pensamientos suicidas” por lo que requiere de apoyo en un centro especializado que se encuentra en otro Municipio.

El problema jurídico material, se formula de la siguiente manera: *¿La falta de colaboración y diligencia del demandado en el trámite de traslado de la accionante, adolescente víctima de violencia sexual, a otra unidad educativa para recibir apoyo en un centro especializado debido a los pensamientos*

suicidas que tiene, vulnera su derecho a la vida y otros derechos conexos, como el derecho a la educación?

### **a.3. Problemas jurídicos subordinados o asociados**

Para resolver el problema jurídico material, mi despacho tuvo que resolver los siguientes problemas jurídicos subordinados: **a)** La interpretación del art. 19 de la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, Ley 348 de 9 de marzo de 2013, que establece que el Estado debe garantizar el traspaso inmediato a las unidades educativas que correspondan, de las hijas o hijos de mujeres en situación de violencia, si se produce un cambio de domicilio, cuya formulación del problema es: ¿El art. 19 de la Ley 348 es sólo aplicable a las hijas o hijos de mujeres en situación de violencia, o se extiende también a las mujeres víctimas de violencia?; **b)** El alcance del derecho a la reparación a las mujeres víctimas de violencia en el ordenamiento jurídico boliviano y los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya formulación del problema es: ¿En los casos de violencia hacia la mujer son aplicables los estándares de la corte interamericana respecto al derecho de reparación integral o se aplican las normas internas sobre el particular?

### **b) Determinación del derecho aplicable y posibles problemas normativos existentes**

La determinación del derecho aplicable realizada en la SCP 0019/2018, será analizada a partir de los problemas jurídicos procesales, materiales y subordinados:

#### **b.1. Problema jurídico procesal**

Para resolver el primer problema jurídico procesal, vinculado a la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad, la SCP 0019/2018-S2, identificó el precedente contenido en la SCP 0033/2018-S2 que sostiene que la acción de libertad puede ser presentada de manera directa para la tutela inmediata del derecho a la vida en el marco del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación.

Asimismo, para resolver el segundo problema jurídico procesal, relativo a la tutela de derechos conexos, se efectuó un análisis dinámico de la jurisprudencia y, a partir del estándar jurisprudencial más alto de protección, identificó a los precedentes que permiten ampliar el ámbito de protección respecto a otros derechos por conexitud.

#### **b.2. Problema jurídico material y subordinados**

Para analizar el caso, la SCP 019/2018-S-2, hizo referencia a los estándares internacionales e internos de protección respecto a los derechos de las niñas y adolescentes víctimas de violencia e identificó que en el caso existía un

problema normativo, vinculado a la interpretación del art. 19 de la Ley 348, norma que asigna al Ministerio de Educación, la obligación de garantizar el traspaso inmediato a las unidades educativas que correspondan, de las hijas o hijos de mujeres en situación de violencia, si se produce un cambio de domicilio; norma que, como se observa, sólo hace referencia a las hijas o hijos y no así a la mujer víctima de violencia.

Consecuentemente, la SCP 0019/2018-S2, interpretó el art. 19 de la Ley 348 desde y conforme a los estándares normativos internacionales y nacionales de protección de los derechos de las mujeres y de los derechos de las niñas, niños y adolescentes contenidos en los Tratados Internacionales y la Constitución y efectuando una interpretación extensiva de la norma, entendió que la misma no es aplicable únicamente a los hijos e hijas de las mujeres en situación de violencia, sino también a las mujeres víctimas de violencia, definiendo que los agentes estatales en el ámbito educativo tienen la responsabilidad de garantizar su traspaso inmediato.

Por otra parte, una vez que se estableció que la autoridad demandada amenazó el derecho a la vida de la víctima y por la interdependencia de los derechos y su conexitud, vulneró a su vez su derecho a la educación, por lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional, analizó las medidas de reparación a ser aplicables al caso analizado, advirtiendo también un problema normativo, debido a que, a partir del estándar jurisprudencial más alto y el control de convencionalidad, debía determinar la normativa aplicable al caso.

Para el efecto, identificó las normas internas: El art. 113 de la CPE, que establece que *“La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”*, así como el art. 39 del Código Procesal Constitucional (CPCo.) que establece que la Resolución que concede la acción, podrá determinar también la existencia o no de indicios de responsabilidad civil o penal, y la jurisprudencia constitucional sobre la calificación de daños y perjuicios.

Posteriormente, la Sentencia efectuó una comparación de esas normas internas con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la reparación integral del daño y concluyó que las medidas de reparación establecidas por la Corte - restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción pública, garantía de no repetición- contenían el estándar jurisprudencial más alto y que por tanto, deben ser aplicadas a nivel interno.

### **c) Determinación de los hechos y valoración de la prueba**

La Sentencia Constitucional Plurinacional, interpreta los hechos y normas jurídicas con base a enfoques diferenciales de género - generacional; debido a que

toma en cuenta la interseccionalidad de la discriminación a la que se halla sujeta la accionante, que conforme señalan los estándares de protección internacional y constitucional incorporan una serie de criterios y medidas basadas en el respeto y la diferencia de la mujer, así como la atención prioritaria de la niñez y adolescencia, valoración de la prueba fundada en el principio de razonabilidad y el test de igualdad, efectuando una distinción justificada en el análisis de la misma.

#### **d) Parte resolutive y reparación del daño**

El Tribunal Constitucional Plurinacional, **revocó** la decisión del juez garantías y **concedió** la tutela solicitada, aplicando al caso las medidas de reparación integral bajo los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponiendo, entre otras medidas, lo siguiente:

- d.1.** Que el Director de la Unidad Educativa demandado, en el plazo de cuarenta y ocho, bajo la supervisión del Director Distrital de Educación de El Alto, efective el traslado de unidad educativa de la adolescente víctima de violencia sexual, realizando de manera gratuita todos los trámites administrativos conducentes a este fin;
- d.2.** Que el Ministerio de Justicia, a través del Viceministerio de Igualdad de Oportunidades, difunda la SCP 0019/2018-S2 y promueva programas de capacitación sobre la aplicación de las leyes en caso de violencia sexual a niñas, niños y adolescentes; y, el deber de diligencia en actos de violencia sexual, traducidos en la urgencia de tomar medidas protectivas apropiadas e inmediatas por parte de los directores de los centros educativos, actuando de manera eficaz ante este tipo de denuncias.
- d.3.** Que el Ministerio de Educación, emita memorando de llamada de atención al Director de la Unidad Educativa demandado.
- d.4.** Que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia brinde el acompañamiento necesario para que la adolescente víctima de violencia sexual, reciba el apoyo terapéutico necesario; y,
- d.5.** La calificación de daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia, ante la Jueza de garantías.

#### **2.3. Justificación de por qué se considera que la Sentencia o Resolución incorpora la perspectiva de género en base a los criterios descritos en el punto anterior**

En el análisis del caso se evidencia que se trata de una menor adolescente víctima de violencia sexual y que la Sentencia ha reconocido con legitimación activa. Además, señala el contexto en el que se sitúa la víctima, caracterizado por discriminación y violencia estructural, situándola en un plano de desigualdad sustantiva, lo que repercute directamente en el menoscabo de sus derechos y garantías que fueron identificados, siendo una persona de grupos de prioritaria

atención. Así, la SCP 0019/2018-S2 presenta e introduce una argumentación jurídica en el marco de los derechos humanos y la perspectiva de género e interseccional, identifica los problemas jurídicos de carácter procesal, materiales -sustanciales-, y los subordinados o asociados, determinación del derecho aplicable, y resuelve el caso con reparación del daño, utilizando así los más altos estándares de protección.

En el caso existe violencia y discriminación en razón de género, pero también otra causa de discriminación relacionada con la edad; dicho de otro modo, desde un enfoque interseccional se identifica no solo una categoría sospechosa de discriminación relacionada con la condición de mujer, sino además la edad de la víctima; y se evalúa la problemática jurídica en todo su contexto, aplicando los estándares universales e interamericanos respecto a los derechos de niños, niñas y adolescentes y a los derechos de mujeres víctimas de violencia; así como los vinculados al derecho a la reparación de la víctima.

Desde la resolución de los problemas jurídicos procesales, se utiliza una perspectiva de género y análisis interseccional, por cuanto para aplicar el precedente sobre presentación directa de la acción de libertad, se considera la situación de violencia en la que vive la adolescente y el peligro que corre su vida; lo mismo respecto a la conexitud de derechos, por cuanto luego del análisis dinámico de jurisprudencia se encuentra el estándar más alto de protección aplicable a los derechos de la víctima de violencia sexual.

En cuanto al problema jurídico material resuelto en la SCP 0019/2018-S2, desde la perspectiva de género, aplica el test de igualdad y no discriminación sobre la base de la razonabilidad en la argumentación jurídica, realizando una distinción razonable, constitucional y justa fundada en la categorización de la mujer en situación de violencia como grupo de atención prioritaria; es decir, dentro de aquellos sectores poblacionales que en una circunstancia de violencia estructural se encuentran en un estado de discriminación o subordinación.

Sumado a ello, la Sentencia analiza la compatibilidad de las normas internas con el bloque de constitucionalidad y, a partir de una interpretación desde y conforme con Pactos e Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que prevén un reconocimiento más favorable de derechos tanto respecto a los derechos de la mujer como de los derechos de la niñez y adolescencia -Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Belem do Para, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)- interpreta las normas internas vinculadas a la obligación de garantizar el traspaso inmediato de unidades educativas de las hijas o hijos de mujeres en situación de violencia, extendiéndola también a las mujeres víctimas de violencia; así como las normas internas de reparación integral a la víctima disponiendo la aplicación de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **3. CONCLUSIONES**

Desde una interpretación consecuencialista, la SCP 0019/2018-S2 es una Resolución que no sólo interpreta las normas, analiza los hechos y resuelve el caso desde una perspectiva de género y un enfoque interseccional, sino que en sus fundamentos,

exige que en casos similares, en los que se encuentren involucrados derechos de mujeres se utilice la perspectiva de género en el marco de los estándares de protección internacional y constitucional; pero además, sienta el precedente sobre la aplicación de la reparación integral del daño, que se constituye en un hito fundamental en la defensa de los derechos de las mujeres. En síntesis, la Sentencia funda una línea de interpretación con perspectiva de género que contribuye a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado, respecto a la protección de mujeres víctimas de violencia.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

BOLIVIA, ESTADO PLURINACIONAL DE, Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, Ley Nro. 348 de 9 de marzo de 2013, Gaceta oficial, 2013.

BOLIVIA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE. Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Caso L. C. vs. Perú, Comunicación 22/2009 de 18 de junio. Documento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) CEDAW/C/50/D/22/2009 (25 de noviembre de 2011).

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, conocida como Convención de Belém do Pará. Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de 9 de junio de 1994. Ratificada por el Estado boliviano mediante Ley 1599 de 18 de agosto de 1994.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, ratificada por el Estado boliviano por la Ley 1100 de 15 septiembre de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/velasquezrodriguez.Pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/juanhumberto.pdf> y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras.

DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE NACIONES UNIDAS de 20 de diciembre de 1993.

FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Sentencia de 3 de abril de 2009. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/kawasfernandez.pdf>

---

**TERCERA JORNADA**  
**SÁBADO 18 DE NOVIEMBRE**

---





## **Neo Constitucionalismo, Ponderación y Test de Proporcionalidad**



### **Betty Carolina Ortuste Tellería - Bolivia**

Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

- Abogada de Profesión, graduada por Excelencia.
- Doctora en Derecho por la Universidad de País Vasco (España), con mención Sobresaliente Suma Cum Laudem.
- Diplomada en Educación Superior, Diplomada en Técnica Legislativa y Producción Normativa y Diplomada en Derechos Humanos.
- Docente de pregrado en la y de posgrado en varias Universidades. Autora de varios artículos y ensayos dentro de la Revista Jurídica de la UPSA, así como publicaciones de las Memorias de Congresos, Jornadas y otros de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales.
- Ocupó distintos puestos de Asesora, Jefatura o Dirección en instituciones públicas y privadas, desempeñando actualmente el cargo de Directora del Servicio Jurídico Departamental de la Gobernación de Santa Cruz.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado a la Expositora Betty Carolina Ortuste Tellería, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.

# Neo Constitucionalismo, Ponderación y Test de Proporcionalidad

---

*Betty Carolina Ortuste Tellería*

## 1. INTRODUCCIÓN

Explica José Antonio Rivera Santiviáñez, que, en las últimas décadas, los Estados Latinoamericanos encararon un tránsito del Estado Legislativo de derecho al Estado Constitucional de Derecho, y hacia el Neoconstitucionalismo<sup>1</sup>.

A diferencia de los procesos de los Estados europeos, prima en Latinoamérica la cualidad pluricultural y plurinacional. Según Ferrajoli, **el Estado legislativo de Derecho surge con el nacimiento del Estado moderno. Se configura sobre la base del principio de legalidad: Imperio de la Ley.**

En esta época, la Constitución Política del Estado (CPE) se constituyó en una mera carta política y no tuvo fuerza normativa. Sus normas no regulaban las relaciones entre particulares y debían ser reguladas por la legislación ordinaria.

El Estado legislativo de Derecho adoptó un régimen de gobierno democrático representativo. El Ejercicio del poder político se configuró sobre la base del principio de división de poderes. Se inició un proceso de positivación de los derechos humanos (derechos individuales civiles y políticos).

A finales del s. XX, sobreviene una crisis del Estado y constitucionalismo demoliberal, lo que conlleva al tránsito gradual en las décadas de 1920, 1930 y 1950 hacia el **Estado constitucional de Derecho.**

Este tipo de Estado surge con el constitucionalismo social, superando el principio de legalidad. Se configura sobre la base de valores supremos, principios fundamentales y derechos fundamentales. **Se sustenta en la afirmación del principio de supremacía constitucional.** Se modifican las condiciones de validez de las leyes, pues ya no dependían sólo de la forma de producción, sino por la coherencia de su contenido con la CPE.

En el Estado Constitucional de Derecho se revaloriza la dignidad del ser humano, se reconoce la supremacía constitucional y asigna un rol activo a los jueces en la aplicación de la Constitución. Un rasgo caracterizador del Estado constitucional de Derecho es que la CPE se convierte en la norma de normas, de fuerza vinculante y aplicación directa.

---

<sup>1</sup> (RIVERA SANTIVIÁÑEZ, 2012).

El proceso de constitucionalización según Guastini requiere de la concurrencia de varias condiciones: La existencia de una CPE rígida, la garantía jurisdiccional de la CPE, que posibilite el control normativo, la sobre interpretación de la CPE, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes, y la influencia de la CPE sobre las relaciones políticas.

Como consecuencia 2da Guerra Mundial, los Estados Europeos encararon un proceso de renovación en su sistema de organización política, evolucionando hacia un **Neonconstitucionalismo**. Este cambio pretende perfeccionar al Estado de Derecho, a partir del sometimiento de todo el poder del Estado sin exclusión alguna al Derecho. **Se sustenta en el principio de constitucionalidad**. Coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica e implica una absorción de la CPE en todo el ordenamiento jurídico y revisión de la teoría de las fuentes del derecho.

En Latinoamérica este fenómeno ocurrió después de dictadura militares en las décadas de 1960 y 1970.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

### 2.1. Necesaria distinción: iusnaturalismo, positivismo y neoconstitucionalismo

Según Rodolfo Luis Vigo, citando a Robert Alexy, existen dos posiciones encontradas en torno al concepto de Derecho: positivistas y no positivistas. La diferencia entre una y otra radica en la relación que se reconozca o no entre el Derecho y la Moral<sup>2</sup>.

El *iusnaturalismo clásico* o *Derecho Natural*, afirma la existencia de un orden intrínsecamente justo por encima del orden positivo, compuesto por principios universales y eternos de justicia. Se codifican a partir del siglo XIII, con Raymundo Lullio y Santo Tomás de Aquino, quienes aluden a los principios universales de derecho, sin embargo, sus antecedentes se remontan a la edad antigua y medieval<sup>3</sup>.

Por su parte, los *iuspositivistas* sostienen que el Derecho es simplemente Derecho, basados en el Principio de legalidad y por ende, propugnan la separación entre Derecho y Moral. Para ellos, el derecho es lo que se establezca como tal por la autoridad competente. Son partidarios de esta corriente Kelsen y Hart.

En cambio, los *iusnaturalistas* tienen muchas coincidencias con los *neoconstitucionalistas*, pero también sus marcadas diferencias. Dentro de la teoría neoconstitucionalista están los no-positivistas (Alexy, Dworkin y Nino) y los positivistas (Ferrajoli). Ambos coinciden en un gran número de tesis especialmente

---

2 (VIGO, 2015).

3 (DURÁN RIBERA, 2005).

jurídicas. Sin embargo, las fuentes y fundamentos filosóficos son diferentes, pues los primeros se inspiran en Kant y los otros en Aristóteles y Aquino<sup>4</sup>.

## **2.2. Rasgos del Neoconstitucionalismo Latinoamericano**

Se produce un tránsito del Estado soberano a la soberanía de la CPE, de manera que la soberanía estatal se flexibiliza. Este tránsito opera sobre la base de 2 procesos: 1º La legitimación de la CPE como norma jurídica suprema con carácter vinculante, y 2º La transformación de los derechos públicos subjetivos del Estado liberal en derechos fundamentales (valores, principios constitucionales y derechos sociales, económicos y culturales).

El sistema de valores y principios fundamentales adquieren una gran importancia pues se constituyen en el canon de interpretación del ordenamiento jurídico. En el neoconstitucionalismo, la CPE adquiere alto contenido normativo, que incluye: un catálogo de derechos fundamentales, un sistema de valores supremos y un sistema de principios rectores de la organización política, social y económica del Estado.

Según el Prof. Luis Prieto Sanchís, citado por Rivera Santivañez se caracteriza también por el predominio de los principios sobre las reglas; el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción; presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores; el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a homogeneidad ideológica y el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho<sup>5</sup>.

## **2.3. Neoconstitucionalismo Latinoamericano y Boliviano**

Según Jorge Asbún el Neoconstitucionalismo Latinoamericano abarca un entramado de ideas que procuran solucionar la desigualdad social y que una CPE que contenga los sptes elementos transformará la sociedad en más justa, será instrumento para resolver desigualdades y construir una democracia plena. Presenta los siguientes elementos básicos:

1. *Robusto catálogo de Derechos*: Los cuales son incorporados en el caso boliviano en la reforma constitucional de 1851, 1967 y 2009, puesto que en el constitucionalismo clásico se establece de forma genérica derechos y no se individualizan o colectivizan los mismos.
2. *Cualidad jurídica superior y carácter directamente aplicable de la CPE*: Carácter presente en la reforma constitucional de Bolivia de 1826, el que resalta su cualidad de norma suprema del ordenamiento jurídico nacional. Este elemento busca la concreción efectiva de la fuerza jurídica directa de la Constitución, para lo cual suele adoptarse el control concentrado de constitucionalidad.

---

4 (VIGO, 2015).

5 (RIVERA SANTIVAÑEZ, 2012).

3. *Altos índices de normas materiales o sustantivas en campos económicos, sociales y otros*: No se limitan a la separación de funciones y en el caso boliviano es en la reforma constitucional de 1938 en la que se introducen estos derechos fundamentales, más conocidos como derechos humanos de segunda generación.
4. *Rigidez constitucional*: Presente en Bolivia desde la reforma constitucional de 1831 y en cuyo mérito las disposiciones contenidas en el texto constitucional no pueden ser modificadas por cualquier causa ni quedar libradas a los cambios políticos, encontrándose, por ende, sujetas a un procedimiento muy riguroso de reforma parcial o total, por tratarse de la Ley Fundamental sobre la cual descansa todo el ordenamiento jurídico vigente. La novedad es la participación ciudadana como parte de la iniciativa de reforma.
5. *Activismo judicial*: Caracterizado por un control concentrado de constitucionalidad ejercido por un Tribunal especializado, que en Bolivia fue incorporado con la reforma constitucional de 1994. También implica relegar el criterio de subsunción de los hechos a las normas, prevaleciendo un constitucionalismo de principios y aplicación del test de proporcionalidad, con sus componentes de: ponderación, idoneidad y necesidad<sup>6</sup>.

Concluye que el neoconstitucionalismo latinoamericano entiende que las situaciones de pobreza, desigualdad y fragmentación social, se originan en la ausencia de ciertos contenidos en las Constituciones y por ello propone la incorporación de los elementos básicos antes mencionados dentro de los textos constitucionales, aspectos que en criterio de Asbún estarían ya presentes desde hace más de un siglo atrás. No obstante. Reflexiona que el incumplimiento de la Constitución, responde a una decisión de una mal entendida conveniencia, pues los verdaderos culpables de esas situaciones son las autoridades y ciudadanos que tienen un entendimiento meramente utilitario de la Ley Fundamental<sup>7</sup>.

## 2.4. Neoconstitucionalismo y Ponderación

Explica Galindo, haciendo referencia de Rubén Martínez Dalmau y Roberto Pastor Viziano, que el neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho y no propiamente una teoría de la Constitución, que a partir de los principios pretende identificar las lógicas de la constitucionalización. En el caso Latinoamericano se concibe como una doctrina integral que redefine la teoría del Derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos del mismo; así como estructura una nueva política del derecho que objeta muchos presupuestos positivistas, tales como la falta de vinculación entre el Derecho y la moral<sup>8</sup>.

6 (ABSUN, 2020, págs. 69-102).

7 Op. Cit. Pág. 108.

8 (GALINDO SOSA, 2021).

Sus máximos exponentes son Alexi, Dwokin, Nino, Zagrebelski, Atienza, entre otros. Robert Alexi, concibe a principios como mandatos de optimización:

- a. Normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente.
2. Posibilidades jurídicas de su realización están determinadas esencialmente por los principios opuestos.
3. Esto significa que los principios dependen y requieren ponderación.
4. Método de aplicación de principios jurídicos considerados como normas.
5. Requiere previamente establecer su contenido (*deber ser*).

A mayor abundamiento, Alexy sostiene que los derechos fundamentales son predicados sobre tres posiciones que establece una relación entre: beneficiarios, destinatarios y situación. Luego, que entre los derechos y la proporcionalidad existiría una conexión necesaria que no depende del derecho positivo, sino más bien de la naturaleza misma de los derechos.

Por ende, tales derechos deben ser concebidos no como “mandatos definitivos” (normas/reglas), sino más bien como “mandatos de optimización” (normas/principios), que exigen tanto de las autoridades como de los jueces constitucionales, maximizar los fines del ordenamiento, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Para una mejor comprensión podría afirmarse que las “normas/reglas” tienen condiciones de cumplimiento del tipo “todo o nada” y se aplican por “subsunción”, en cambio, los principios pueden ser satisfechos en distintos grados y se aplican por ponderación<sup>9</sup>.

Al respecto cabe acotar que dentro de la estructura normativa de todo texto constitucional existe una parte axiológica y dogmática, cargada de valores supremos, principios fundamentales y derechos fundamentales; además de una parte orgánica que contempla “normas/reglas” que regulan la organización de los órganos de poder, territorial y económica de un Estado, reparten el poder público, entre otros aspectos que deben guardar concordancia y armonía con la parte pétrea o rígida de la Constitución, reservada para las bases fundamentales (valores supremos, principios fundamentales y derechos fundamentales).

Para distinguir unos de otros, habrá que expresar que los “valores supremos” se constituyen en los máximos ideales que se propone alcanzar una sociedad y traza para sí (tales como dignidad, justicia social, libertad, solidaridad entre otros). Son internos y subjetivos, funcionan como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas e inspiran a los principios y reglas. Tienen un carácter axiológico y son objeto de estudio de esa rama de la Filosofía. Gobiernan las conductas de las personas.

---

9 (ALEXY, 2018, págs. 125-126).

Mientras que los “principios fundamentales” devienen en presupuestos lógicos, pautas interpretativas y orientadoras de las normas, que permiten alcanzar los valores supremos y resultan de suma utilidad en caso de vacíos jurídicos o aparentes antinomias, procurando darle un sentido de unidad y coherencia al texto constitucional, para que el mismo tenga plena eficacia. Son asimilados a leyes naturales externas al hombre, que cumplen una triple función: fundamentadora, interpretativa y supletoria. Tienen un carácter deontológico y por ello forman parte del estudio de la Ética. Son *a prima facie* “lo debido” y prevalecen sobre las “normas/reglas”.

Finalmente, los “derechos subjetivos” positivados en los textos constitucionales, se traducen en expectativas positivas (dar o hacer) o negativas (abstención) de su titular, que tienen como fuente el legislador constituyente. Son inherentes al status de personas y en consonancia con los derechos humanos, procuran ser universales, inviolables, indivisibles, interdependientes y progresivos, máxime si dentro de la Norma Suprema se inserta una cláusula incorporante de otros derechos no reconocidos emergentes de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos o Normas de Derecho Comunitario, que el constituyente boliviano ha denominado “bloque de constitucionalidad”, haciendo alusión a su integración a la *Lex suprema* aun sin estar transcritos en ella.

Como último aditamento, habrá que considerar que los valores y principios en términos generales suelen formar parte de las denominadas “normas morales”, que como tales no son exigibles, sino que responden al fuero interno del individuo, quien decide internalizarlas o no. Influyen en él por el entorno cultural que le rodea, es decir, por costumbre. No obstante, por su ausencia de coercitividad, pueden ser acatadas o no por el individuo dentro de una colectividad.

Las “normas morales”<sup>10</sup> no deberán ser confundidas con las “normas del trato social”, que devienen más bien en reglas de cortesía, protocolo o buenos modales, que también carecen de coercitividad y que, en el mejor de los casos, pueden ser objeto de rechazo o repudio social, sin ninguna consecuencia jurídica. Y es precisamente, la fuente de la que provienen (autoridad competente), su carácter heterónomo o externo al hombre y su fuerza imperativa, las notas sobresalientes que distinguen a las “normas jurídicas” de las anteriores.

Solo cuando los valores y principios son recogidos o positivados en una norma jurídica se vuelven exigibles, categóricos e imperativos. Cabe subrayar que no cualquier norma jurídica está cargada de valores y principios, sino que, resulta inherente su presencia

10 Es menester diferenciar “Ética” de “Moral”, pues si bien ambos términos etimológicamente provienen de la palabra “costumbre” (*ethos* y *mos*), no son sinónimos. La ética es una ciencia, y como tal procura alcanzar un conocimiento racional, abstracto y universal, despojado de las particularidades de un determinado contexto social. En cambio, la moral descansa en el acervo cultural y usos repetitivos en el tiempo, considerados como “buenos” para una determinada sociedad, lo cual explica su disparidad en otros contextos socio-culturales. Verbigracia, la poligamia en contextos musulmanes resulta una práctica moralmente aceptable, pero en una cultura latinoamericana no solo riñe con la moral, sino que incluso en muchos ordenamientos jurídicos fue tipificada la bigamia como delito y también como causal de divorcio, vale decir, que trascendió con consecuencias jurídicas.



a las Normas Constitucionales y fundantes de un país por ser el reflejo de su pueblo o sociedad, como parte del basamento sobre el cual se erigirán las demás normas jurídicas que integren su ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, el Neoconstitucionalismo propugna la prevalencia de las “normas principios” sobre las demás “normas/reglas”. Es decir, proclama una suerte de jerarquía normativa interna dentro de la propia Constitución, aplicándose en forma preferente el conjunto de valores supremos, principios y derechos fundamentales diseminados a lo largo del texto constitucional *-aunque suelen concentrarse dentro de la parte preambular, axiológica y dogmática de la Constitución-*; respecto de las demás “normas/reglas” o disposiciones constitucionales previstas en la parte orgánica.

De manera tal que si hubiera tensiones entre unos y otros, el razonamiento del operador de justicia será el siguiente:

1. Si hay conflicto entre valores y principios, prevalecen los primeros.
2. Si la colisión es entre principios y/o derechos, habrá que ponderarlos para determinar su prevalencia.
3. Si se confrontan principios versus reglas, aquellos prevalecen frente a estas últimas.

## **2.5. Ponderación: Proporcionalidad y Razonabilidad**

Carlos Bernal Pulido afirma que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Los neoconstitucionalistas admiten un procedimiento denominado de “proporcionalidad, test de balanceo y razonabilidad” y emplean como método de argumentación a la “Ponderación”. En tal sentido, los operadores de justicia deberán exponer dentro de la *ratio decidendi* de sus fallos, el razonamiento lógico jurídico, la suficiente fundamentación y debida motivación, que sustentan su *decisum* o parte decisoria, para evitar caer en discrecionalidad y arbitrariedad, dando convicción al justiciable de que no podía fallar de otra manera y se ha obrado con justicia, como supremo ideal al que aspira el Derecho.

No se prescindirá necesariamente del método tradicional de “subsunción”, pues en casos simples en los que la controversia constitucional no devenga en una tensión o colisión de “normas/principios” entre sí o versus “normas/reglas”, podrá recurrirse

11 (BERNAL PULIDO, 2006, págs. 51-75).

a la subsunción jurídica, partiendo de la premisa mayor que es la norma jurídica, la premisa menor o supuesto fáctico que se materializa en la realidad y la aplicación de la consecuencia jurídica reglada por el constituyente o legislador ordinario.

Contrariamente, cuando las controversias constitucionales resulten complejas por estar comprometidos valores supremos versus principios fundamentales, opuestos principios entre sí o se deba sopesar qué derecho prevalece frente a otro igualmente tutelado por el texto constitucional, el método de subsunción resultará precario para poder resolver la problemática y forzosamente, tendrá que emplearse razonamientos lógico-jurídicos más complicados para resolver la colisión de valores, principios y derechos.

La teoría más acreditada para hacerlo es la “fórmula del peso” propuesta por Robert Alexy, acompañada de la ponderación de principios, juicio de proporcionalidad y pretensión de corrección. Al efecto, habrá que aclarar que existe un estrecho margen de discrecionalidad dentro de la función jurisdiccional para obrar sin caer en arbitrariedad y en esos casos, el juez debe justificar las razones de su decisión. Por tanto, habrá que buscar métodos de argumentación que puedan evaluar la parte motivo o argumentación vertida dentro de una resolución, en especial cuando se refiera a principios que tengan carga moral o axiológica.

En esa línea, Alexy entiende a los derechos humanos como normas de optimización (normas/principios) que establecen una obligación al juzgar de desarrollar el contenido de los mismos dentro de los límites facticos y jurídicos posibles. Luego, en la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe de graduar tanto la afectación de un principio como la necesidad de satisfacer otro principio que se encuentre en conflicto y por último justificar la importancia de satisfacción de un principio en mayor medida que de otro, una vez valorados o sopesados razonadamente.

El detrimento de un principio que deba ceder frente a otro podrá ser calificado como leve, moderado o grave y la importancia de respetar el otro principio, será valorada de igual forma. En consecuencia, el principio de proporcionalidad nos sirve como instrumento metodológico que nos permite evaluar un argumento en el que existan dos principios en colisión y la ponderación de principios como método argumentativo servirá para justificar de manera racional el uso de la discreción judicial<sup>12</sup>.

Para explicar la relevancia de los principios, Dworkin citado por Alexy, en su célebre obra *“The model of rules”*, refiere que en los casos difíciles se hace uso de normas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios, directrices y otro tipo de estándares. Por ello, las reglas tienen una aplicación de todo o nada, por lo que cuando dos reglas entran en conflicto o haya antinomias, una de ellas será válida y la otra no. Mientras que los principios asientan una razón para argumentar en un

---

12 (ALEXY, 2018, págs. 105-106).

sentido, tienen una dimensión de peso o importancia y cuando dos principios entren en tensión, deberá tomarse en cuenta el peso o relevancia de cada principio<sup>13</sup>.

En consecuencia, en su labor interpretativa y argumentativa constitucional, los jueces o magistrados adicionalmente al silogismo jurídico, tendrán que emplear la ponderación y argumentos de razonabilidad para construir reglas a partir de principios, y que dicha construcción sea congruente con el sistema jurídico o modelo constitucional imperante *-político o jurisdiccional, y en este último caso optando por el modelo difuso o concentrado-* para que se justifique el uso de la discreción jurisdiccional, sin caer en manifiesta arbitrariedad<sup>14</sup>.

Bajo este contexto doctrinal, es conveniente acotar en cuanto al derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha perfilado una serie de lineamientos jurisprudenciales para tener presente en esa labor interpretativa y de ilación lógico-jurídica a cargo de los operadores de justicia.

Así, la **Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N° 0029/2014, de 03 de enero**, establece que:

*“(...) el derecho a la fundamentación de decisiones, se debe referir que el mismo se constituye en una garantía de legalidad que establece que **todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado; entendiéndose por lo primero, la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué considera que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa**”.*

Complementariamente, la **SCP 0893/2014 de 14 de mayo**, ha precisado:

*“Que las **finalidades implícitas que determinan el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada** (judicial, administrativa o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etcétera) que resuelva un conflicto o una pretensión son:*

*1) El **sometimiento manifiesto a la Constitución**, conformada por: 1.a) la Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad;*

13 Op. Cit. Págs. 111-113.

14 Ídem. Pág. 113.

2) Lograr el **convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria**, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia;

3) **Garantizar la posibilidad de control de la resolución** en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación;

4) **Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria** de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad...SCP 2221/2012 de 8 de noviembre); y, (...)

5) **La exigencia de la observancia del principio dispositivo**, que implica la exigencia que tiene el juzgador de otorgar respuestas a las pretensiones planteadas por las partes para defender sus derechos... (SCP 0100/2013 de 17 de enero)".

Aclara la **SCP 2023/2010-R de 9 de noviembre reiterada por la SC 1054/2011-R** de 1 de julio que:

**"(...) La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo, pudiendo ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiéndose expresar las convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas; al contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas".**

Sobre lograr el convencimiento de las partes de que la resolución no es arbitraria, la **SCP 2221/2012 reiterada en la SCP 0049/2020-S2, de 17 de marzo**, desarrolló las formas en las que puede manifestarse la arbitrariedad, señalando que:

**"...la ARBITRARIEDAD PUEDE ESTAR EXPRESADA EN:**

**b.1) Una 'decisión sin motivación', o extendiendo esta es b.2) Una 'motivación arbitraria'; o en su caso, b.3) Una 'motivación insuficiente'.**

**b.1) Por ejemplo, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.), no da razones (justificaciones) que sustenten su decisión, traducido en las razones de hecho y de derecho, estamos ante la verificación de una 'decisión sin motivación', debido a que 'decidir no es motivar'. La 'justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub iudice [asunto pendiente de decisión]'.**

**b.2) Del mismo modo, verbigracia, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.) sustenta su decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno, y alejadas de la sumisión a la Constitución y la ley, se está ante una ‘motivación arbitraria’.** Al respecto el art. 30.II de la Ley del Órgano Judicial (LOJ) ‘Obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, es escrito cumplimiento de las garantías procesales’.

**b.3) De otro lado, cuando una resolución no justifica las razones por las cuales omite o se abstiene de pronunciar sobre ciertos temas o problemas jurídicos planteados por las partes, se está ante una ‘motivación insuficiente’.** Si el órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir incurre en cualesquiera de esos tres supuestos: ‘decisión sin motivación’, o extendiendo esta, ‘motivación arbitraria’, o en su caso, ‘motivación insuficiente’, como base de la decisión o resolución asumida, entonces, es clara la visualización de la lesión del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada, como elemento constitutivo del debido proceso.

Los tres casos señalados, son un tema que corresponderá analizar en cada caso concreto, debido a que sólo en aquéllos supuestos en los que se advierta claramente que la resolución es un mero acto de voluntad, de imperium, de poder, o lo que es lo mismo de arbitrariedad, expresado en decisión sin motivación o inexistente, decisión arbitraria o decisión insuficiente, puede la justicia constitucional disponer la nulidad y ordenar se pronuncie otra resolución en forma motivada” (las negrillas nos corresponden).

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, Carlos Bernal Pulido nos advierte sobre las **objeciones de la ponderación**:

1. La falta de precisión de la ponderación.
2. La incommensurabilidad en la ponderación.
3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

Agrega que existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debe a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determina esta falta de precisión conceptual es la inexistencia de una medida común que posibilite determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto<sup>15</sup>.

---

15 (BERNAL PULIDO, 2006, págs. 51-55).

Empero, resulta interesante la forma en la que dicho autor luego **refuta las objeciones** antes mencionadas en los términos siguientes:

**“(…) 1. Los límites de racionalidad de la ponderación.**

*Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional, cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. El silogismo también es formal en este sentido, porque tampoco puede excluir las apreciaciones subjetivas de quien lo lleva a cabo. No obstante, nadie se serviría de esta razón para afirmar que el silogismo es irracional. Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad representa un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y, mucho menos, en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías (...)*

*Como consecuencia, **resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción.*** Por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción. Todo aquél que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en hiperracionalidad (...).

**2. La pretensión de racionalidad de la ponderación**

*(…) La ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el derecho, sino también en el razonamiento práctico general. Esta circunstancia atribuye, entonces, sentido a preguntarse, cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación. Para contestar este interrogante, es necesario explicar primero qué significa racionalidad y qué exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación*

**a) El concepto de racionalidad**

*(…) En general se acepta que, para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá,*

*si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.*

### **b) Las exigencias de racionalidad en la ponderación**

*(...) Las objeciones de falta de precisión conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional en sentido práctico. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de la ponderación que revista una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho. Con base en estas premisas debe preguntarse si existe un modelo de la ponderación que pueda satisfacer estas exigencias teóricas y prácticas de racionalidad. (...) la fórmula del peso propuesta por Alexy puede ser considerado como un modelo de estas características<sup>16</sup>.*

Dicho esto, cabe resaltar que la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual se establece «una relación de precedencia condicionada» entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial. De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: 1) la ley de la ponderación, 2) la fórmula del peso y 3) una carga de la argumentación<sup>17</sup>.

## **2.6. Principio De Proporcionalidad**

En criterio de Robert Alexy, el principio de proporcionalidad se conforma por otros **tres sub principios**: (1) el de idoneidad, (2) el de necesidad y (3) **el de proporcionalidad en el sentido estricto. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización**, (...) como principios y no simplemente como reglas. Los principios, (...) son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las **posibilidades jurídicas y fácticas**.

Como test deviene en una **técnica de argumentación** para resolver conflictos de derechos cuando involucra actuaciones del poder público. Se usa para establecer correcta relación de preferencia entre principios o derechos en conflicto. Implica objetivamente que un ente público haya excedido los márgenes de la debida

<sup>16</sup> (BERNAL PULIDO, 2006, págs. 55-61).

<sup>17</sup> Ídem. Pág. 61.

proporción. Así, por ejemplo, el test de proporcionalidad empleado por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional con relación a la **detención preventiva** delineado en la **SCP 0340/2019-S3, de 24 de julio**, ha sido el siguiente, citando la **SCP 0010/2018-S2 de 28 de febrero**:

*“El principio de proporcionalidad fue concebido por la jurisprudencia del TCP- SCP 2299/2012 de 16 de noviembre - **no sólo como una prohibición de exceso en la actuación del poder**, en el entendido que las autoridades de los diferentes Órganos del poder público y las instituciones del Estado deben actuar conforme a las competencias otorgadas por la Ley Fundamental; **sino también, como una exigencia para que sus funciones sean realizadas bajo limitaciones y responsabilidades que la Norma Suprema establece, como el respeto a los derechos fundamentales.***

Prosigue la **SCP 0340/2019-S3** indicando que:

*“Lo anotado implica entonces, que la autoridad, al momento de elaborar una ley, emitir una norma o aplicar una disposición legal que limita un derecho fundamental, debe efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se analice tres aspectos fundamentales:*

*1) Si la **medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es IDÓNEA O ADECUADA** para la finalidad buscada con la misma;*

*2) Si la **medida limitativa o restrictiva es NECESARIA y si acaso, existen otras medidas menos graves**, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida; y,*

*3) **Analizar la PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO que consiste en dilucidar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida** frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”.*

Finalmente, la **SCP 0340/2019-S3** refiere que:

*“(…) La Corte IDH, señala de forma categórica que la detención preventiva se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad, pues esta medida debe tener un equilibrio o correspondencia con el fin procesal que busca, esto supone **una relación de correspondencia, en cuanto a la magnitud o grado, entre el medio usado - prisión - y el fin buscado;** (...) resulta además necesario que, en el momento de la decisión, las autoridades judiciales justifiquen:*



- a) **que la finalidad de las medidas que restringen ese derecho sea compatible con la Convención** (...) asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia,
- b) **la necesidad de su imposición en el sentido de que sean absolutamente indispensables** para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido (...), y
- c) **que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción** (...).

De igual manera el test de proporcionalidad ha sido empleado por parte del TCP, en cuanto a la **actividad administrativa discrecional**, bajo el siguiente razonamiento, expresado en la **SCP 0049/2019, de 12 de septiembre**, en los términos siguientes:

*“(...) El control de constitucionalidad de una disposición jurídica que otorgue facultades administrativas discrecionales, exige un necesario juicio de su razonabilidad en el entendido de determinar si sus aspectos reglados son suficientes para evitar racionalmente el desvío de poder y la arbitrariedad, en atención a la finalidad que justifica la existencia de la norma, la cual debe ser interpretada como parte del ordenamiento jurídico boliviano en cuya cúspide se encuentra la Constitución (...); por lo que, vía jurisprudencia constitucional se puede restringir aún más el margen de discrecionalidad que tiene un servidor público en el ejercicio de sus facultades, con el objetivo de garantizar el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales, (...), debiéndose declarar la inconstitucionalidad de la disposición jurídica que otorgue facultades administrativas discrecionales, (...) cuando la facultad en sí misma no guarde relación alguna con la finalidad buscada por la norma interpretada (...), o cuando dicha finalidad no es constitucionalmente válida, así mismo cuando esa facultad administrativa discrecional no supera el TEST DE PROPORCIONALIDAD.”*

## **2.7. La Fórmula de Radbruch como antecedente de la Fórmula del Peso**

“TODO DERECHO INJUSTO CARECE DE NATURALEZA JURÍDICA”.

### **Fórmula de la intolerancia (Objetivo/Efectos):**

Leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “MEDIDA INSOPORTABLE”, aplica la justicia

### **Formula de la negación (Subjetivo/A quien emite la orden):**

Se niega la naturaleza jurídica de las leyes positivas si en su establecimiento la igualdad como núcleo de la justicia “es negada conscientemente”: carácter subjetivo, aplica a los propósitos o intenciones del legislador.

*“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho Positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la **contradicción alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la justicia.***

*Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto, pero puede establecerse otra línea divisoria con precisión:*

*Donde ni siquiera se pretende la justicia, **donde la igualdad que es el núcleo de la justicia es negada, conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no sólo es “Derecho injusto”, sino que más bien carece TOTALMENTE de naturaleza jurídica.***

## 2.8. La Fórmula del Peso de Robert Alexy

P1/P2 = Principios o Derechos en conflictos

PC = Peso Concreto/Grado afectación actual que presenta P1 y P2. Se mide de 3 formas

- Leve=1

- Media=2

- Intenso=4

PA = Peso Abstracto/Importancia actual que le corresponde al derecho o principio. Se medirá de la misma forma que PC.

PS = Peso Empírico/Grado de afectación futura. Se mide de forma:

Improbable= 1/4

Plausible = 1/2

Segura = 1

Para hallar P1P2

Ej.

P1 = Derecho de manifestación/libertad de expresión

P2 = Libertad de tránsito/Derecho a la salud

P1P2 = PC1. PA1. PS1 = ¿?

PC2 .PA2. PS2

\* Para hallar P2P1 se invierten los datos

## **2.9. Caso Práctico: Protección a la vida de la niña o niño desde su concepción**

Bolivia como muchos países de Latinoamérica, ha previsto un amplio catálogo de derechos consagrados en la CPE, previendo entre ellos al derecho a la vida (artículo 15).

También es signatario tanto de la DUDH de 1948 como de la CADH de 1969, forman parte del Bloque de Constitucionalidad y ocupan el mismo rango jerárquico, pero si sus contenidos son más favorables a los fines de interpretación, serán aplicados con preferencia a ésta, conforme a los arts. 256-I y 410-II de la misma CPE.

El Estado Boliviano en sus distintos niveles ha adoptado una serie de políticas, programas y proyectos para proteger la vida, familia, niñez y adolescencia, así como el derecho de acceso a servicios de salud de mujeres gestantes

La Constitución Política del Estado reconoce, en el parágrafo I de su art. 15 que: Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte. De ahí que, al que está por nacer, se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, en el marco del art. 1.II del Código Civil Boliviano. Concuera lo expresado con el art. 5 del Código Niña, Niño y Adolescente aprobado mediante Ley N° 548 de 17 de julio de 2014 que a la letra dice: “Son SUJETOS DE DERECHOS del presente Código, LOS SERES HUMANOS hasta los dieciocho (18) años cumplidos, DE ACUERDO A LAS SIGUIENTES ETAPAS DE DESARROLLO: a) NIÑEZ, DESDE LA CONCEPCIÓN hasta los doce (12) años cumplidos; (...)”.

Es por ello, que la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0206/2014, de 05 de febrero de 2014, concluye que, un aborto en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado, es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección; por lo que, el que está por nacer, es decir, el nasciturus, no puede considerarse como propiedad de la mujer, y por tanto, no es de su libre disposición; no se vende y no tiene precio.

Dicho razonamiento guarda estricta relación con el art. 22 de la Constitución cuando establece que la dignidad y libertad de las personas son inviolables. La dignidad de todo ser humano es el valor supremo que tiene todo hombre para que se le reconozca

como un ser dotado de un fin propio, y no cual simple medio para fines de otros. Tal es así que, es considerado el valor supremo y fundante de los demás valores, principios y derechos humanos. Por ello la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha acordado universalmente el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En tal sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa sobre este valor lo siguiente: “Párrafo quinto. (...) Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad (...)”. Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y (...)”. Siguiendo la tendencia de la comunidad internacional, nuestra Carta Magna declara en su artículo 9 que: “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: (...) 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual, dignidad de las personas (...)”

El art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Agrega el art. 3 de la misma Declaración, en concordancia con el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos proclama que la Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. El art. 25 numeral 2 de la Declaración proclama que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección.

A su vez el Tribunal Constitucional Plurinacional ha manifestado en su Sentencia Constitucional N° 686/2004-R, de 06 de mayo, lo siguiente: “(...) En el sistema constitucional boliviano, la dignidad humana tiene una doble dimensión, de un lado se constituye en un valor supremo sobre el que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho, y del otro, en un derecho fundamental de la persona”

En concordancia con lo anterior, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, señala que: el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Asimismo, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refiere que: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Dado que la vida humana debe ser protegida desde la concepción hasta la muerte natural, se han desarrollado disciplinas del conocimiento, como la bioética, cuyo contenido persigue esa finalidad, en el ámbito de la salud individual y de la salud pública, incidiendo en los aspectos: familiar, socio cultural, medio ambiental, jurídico y político. Asimismo, la biojurídica, establece un cauce adecuado que impide sobrepasar

límites y garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos humanos, reconocidos jurídicamente.

En ese sentido, se define el comienzo de la vida desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide. De ahí que, el cigoto, es decir el ovocito fecundado por un espermatozoide, es ya una persona humana, con todo su código genético completo, con un acto de ser, con un cuerpo y también sus dimensiones interiores; y, por lo tanto, su primer derecho humano es el Derecho a Vivir. En consecuencia, desde la concepción, el nasciturus o “ser humano por nacer”, es una persona independiente del padre y de la madre, con su código genético propio heredado de ambos, por lo que se debe respetar su integridad y su derecho a desarrollarse, nacer y crecer.

De lo antedicho, se infiere que, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el niño goza de dignidad desde el vientre de su madre y merece protección jurídica desde su concepción. La dignidad humana significa que un individuo siente respeto por sí mismo y se valora al mismo tiempo que es respetado y valorado. Implica la necesidad de que todos los seres humanos sean tratados en un pie de igualdad y que puedan gozar de los derechos fundamentales que de ellos derivan. Poseemos dignidad en tanto somos moralmente libres, por ser autónomos, igualados a otros de la propia ley.

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en su art. 11 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Concuerdada con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General en su 29ª reunión por unanimidad y por aclamación, constituye el primer instrumento universal en el campo de la biología. Proclama los principios siguientes que sustentan esta Ley:

#### A. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL GENOMA HUMANO

*Art.1 El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.*

*Art. 2 a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características.*

*b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.*

*Art. 3 El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación.*

*Art. 4 El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.*

Igualmente, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (ONU, 19 de octubre de 2005), establece que el respeto a la dignidad humana emerge del reconocimiento que todas las personas poseen un valor intrínseco, dado que todos tenemos la capacidad de determinar nuestro propio destino moral. El desprecio de la dignidad humana podrá conducir a la instrumentalización de la persona humana. Por ello, en su art. 3 establece lo siguiente:

#### Artículo 3 - Dignidad humana y derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

En el marco de la relación entre la Bioética y el Derecho, como justo ordenamiento de la sociedad, éste, debe basarse en lineamientos principistas, de lo contrario no lograría su alta finalidad; es decir, la sociedad toda quedaría librada a la buena o mala voluntad de ciudadanos, impulsores de normas creadas para beneficios personales, institucionales o de grupos cuyos intereses son contrarios a los valores, principios y derechos fundamentales proclamados en la Constitución que han permitido el desarrollo armónico de la sociedad y el mundo hasta nuestros días.

Brindando protección al bien jurídico denominado “vida”, el Código Penal Boliviano contempla a la figura de “Aborto” como delito tipificado en su art. 263 y en su art. 266 prevé casos excepcionales a los que exime de responsabilidad penal bajo el denominativo de “Aborto impune”, bajo los siguientes presupuestos:

- 1) Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto,
- 2) Hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el legislador exige que el aborto sea practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial.

Sin embargo, el Defensor del Pueblo ha elaborado un Informe Defensorial sobre la “Situación de la Interrupción Legal del Embarazo como Derecho Humano de las Mujeres”, que evalúa el cumplimiento de la SCP N° 206/2014 del 05/02/2014 y la aplicación de la Res. Min. N° 027/2015, aprobado mediante Res. Def. N° DP/AVEDH/005/2020, del 02/07/2020.

Este documento establece determinaciones y recomendaciones a ser cumplidas por distintas entidades estatales y Órganos de Poder Público para practicar el aborto sin necesidad de orden judicial en caso de aborto terapéutico y como consecuencia de una violación, estupro o incesto.

El Defensor del Pueblo adopta como parámetros a los que confiere carácter vinculante para la elaboración de su informe, por una parte, las recomendaciones vertidas por el Comité de Derechos Humanos y de otra, la SCP 206/2014 del 14/02/2014.

Sin embargo, las observaciones vertidas por el Comité de Derechos Humanos suponen una suerte de “recomendaciones” para los Estados Partes suscriptores de los Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero que no son jurídicamente vinculantes.

Por tanto, devienen en pautas interpretativas y orientadoras para la adopción de medidas a tiempo de analizar los informes remitidos anualmente por cada país reportando sobre el estado situación los derechos humanos.

Mismo razonamiento aplica para las observaciones y recomendaciones de los restantes Comités señalados en el Informe, vinculados a la ONU.

Luego, dentro del mentado Informe Defensorial también se cita a normativa del sistema interamericanos de Derechos Humanos y jurisprudencia vertida por la Corte IDH en relación al Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia No. 257 (párr. 147 y 148), 2012, pero que versa sobre los derechos sexuales y productivos en conexitud con el derecho de acceso a los servicios a la salud, en ninguna parte se menciona al aborto ni causales de excepción que autoricen dicha práctica

La doctrina de manera uniforme sostiene que ningún derecho es absoluto, sino por el contrario tiene límites. Un límite a un derecho fundamental, es una reducción impuesta a su contenido o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección. En tal sentido, siguiendo a los profesores De Esteban y Gonzales-Trevijano, el límite a los derechos fundamentales puede darse bajo tres supuestos:

- 1) el límite de los derechos de los demás,
- 2) el límite del interés colectivo y
- 3) el límite a los límites de los derechos.

Particularmente, en cuanto al Límite de los derechos de los demás, tal colisión puede darse en el seno de un mismo derecho o bien entre derechos diferentes. Tratándose de la interpretación de la parte axiológica y dogmática de la Constitución que contiene valores supremos, principios y derechos fundamentales, nuestro Tribunal Constitucional Plurinacional se ha inclinado por la tendencia del Neoconstitucionalismo

aplicando al efecto el método de ponderación, tal como ha expresado mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0112/2012, de 27 de abril, que a la letra dice:

“(…) En el caso boliviano, (…) es posible concluir que la Constitución de 2009, se apunta en el modelo axiológico de Constitución (…) como un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos y, particularmente, de la ley. Así: a) (…) se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes (…) b) (…) es un conjunto de normas (…)”.

Sin embargo, no sólo contiene reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. (…) c) (…) tiene una relación especial con la democracia (…) d) (…) funciona como puente entre el derecho y la moral (...), en un doble sentido: d.1) Los principios constitucionales son principios morales positivizados; y, d.2) La justificación en el ámbito jurídico (…) no puede dejar de recurrir a principios morales; y, e) La aplicación de la Constitución, a diferencia de la ley, no puede hacerse por el método de la subsunción sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del MÉTODO DE LA PONDERACIÓN O DEL BALANCE”.

La ponderación es la expresión vida del Neoconstitucionalismo y admite un procedimiento denominado de “Proporcionalidad, test de balanceo, o razonabilidad”, que lo distingue de la subsunción jurídica y que, en palabras de Robert Alexy, se conforma de 3 subprincipios: (1) el de idoneidad, (2) el de necesidad y (3) el de proporcionalidad en el sentido estricto. Como test deviene en una técnica de argumentación para resolver conflictos de derechos cuando involucra actuaciones del poder público. Se usa para establecer correcta relación de preferencia entre principios o derechos en conflicto, como es el caso del derecho a la vida del niño o niña concebido en colisión con el derecho a la libre disposición de su cuerpo por parte de la madre gestante.

Al respecto la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0010/2018-S2 de 28 de febrero, que textualmente refiere que: “El principio de proporcionalidad fue concebido por la jurisprudencia del TCP- SCP 2299/2012 de 16 de noviembre - no sólo como una prohibición de exceso en la actuación del poder, en el entendido que las autoridades de los diferentes Órganos del poder público y las instituciones del Estado deben actuar conforme a las competencias otorgadas por la Ley Fundamental; sino también, como una exigencia para que sus funciones sean realizadas bajo limitaciones y responsabilidades que la Norma Suprema establece, como el respeto a los derechos fundamentales.”

Prosigue la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0340/2019-S3, de 24 de julio, indicando que: “Lo anotado implica entonces, que la autoridad, al momento



de elaborar una ley, emitir una norma o aplicar una disposición legal que limita un derecho fundamental, debe efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se analice tres aspectos fundamentales:

“1) Si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es IDÓNEA O ADECUADA para la finalidad buscada con la misma; 2) Si la medida limitativa o restrictiva es NECESARIA y si acaso, existen otras medidas menos graves, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida; y 3) Analizar la PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO que consiste en dilucidar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”.

Si bien es cierto que se ha emitido la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 206/2014 del 05 de febrero de 2014, modifica el tenor del artículo 266 del Código Penal al suprimir entre los requisitos para el “Aborto Impune” la exigencia de contar con autorización judicial: “Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, estupro o incesto, (...) hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios (...)”, esta eximente de responsabilidad penal en ninguna forma podrá ser malinterpretada como una licencia para abortar irrestrictamente ni que el propósito perseguido por el legislador sea contravenir la Norma Constitucional y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que protegen la vida de la niña o niño que está por nacer, permitiendo que la progenitora embarazada a su libre arbitrio pueda quitarle la vida, torturarlo, darle un trato cruel, dañar su integridad física y salud, directa o indirectamente, autorizando que un profesional médico lo haga en su nombre.

- Subrayar que **dicha Sentencia emplea el método de ponderación** dentro de su ratio *decidendi* y de su lectura, se evidencia que **en ninguna parte del *decisum*, se da un mandato o imperativo categórico a los órganos del poder público ni gobiernos autónomos, a emitir leyes o normas que legalicen el aborto.**
- **Tampoco ordena la formulación y ejecución de políticas, programas o proyectos que lo promuevan, subvencionen y practiquen el aborto libre**, vulnerando el derecho a la vida, integridad física y salud de las niñas y niños que están por nacer, so pretexto de anteponer los derechos sexuales y reproductivos de la mujer embarazada y de la libre disposición sobre su cuerpo, **como si en vez de una vida humana distinta a la de su progenitora se tratara de un bien y no un ser humano.**
- Pues **éstos gozan de protección especial en su condición de sujetos derechos y grupos vulnerables**, so pretexto de **asegurar los derechos sexuales y reproductivos de la progenitora** embarazada o gestante o **se tratara de la**

**extensión de una parte de su propio cuerpo “libremente disponible”** como si fuera un objeto o mercancía **carente de dignidad**.

Cosa distinta es que, en circunstancias excepcionales el legislador nacional haya liberado de responsabilidad penal a quienes aborten en extremos descritos en el art. 266 del Código Penal, situación en la cual, el Estado en todos sus niveles está en la obligación de brindar el apoyo necesario para afrontar esta penosa situación.

ELLO NO IMPLICA ENARBOLAR LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO COMO PARTE DE UN DERECHO HUMANO, PUES EL DERECHO HUMANO A PROTEGER, ES SIEMPRE LA VIDA Y LA SALUD, NO ASÍ EL DERECHO A MATAR.

FORMULA DE PESO: Interrupción legal del embarazo.

P1P2 = PC1.PA1.PS1 = ¿?

PC2.PA2.PS2

DERECHO DE DISPOSICIÓN DE LA MUJER SOBRE SU CUERPO (P1)

P1P2 = 2.2.0,5 = 2 = 0.125

16

DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO POR NACER (P2)

P2.P1 = 4.4.1 = 16 = **4**

1.1.1.5 4

1.1.1.6

R: **Prevalencia del Derecho a la vida del niño por nacer** Vs. Derecho de disposición de la mujer sobre su cuerpo: *BIEN JURÍDICO MAYORMENTE PROTEGIDO*.

## 2.10. Críticas a la ponderación

Uno de los críticos a la ponderación es Juan Antonio García Amado (*También Luigi Ferrajoli, Luis Sanchíz Prieto*).

Afirma que cuando Tribunales Constitucionales ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo.

Para este autor ponderar se parece más a sopesar, es subjetivo y en abstracto, al carecer de un pesaje en báscula que compruebe el valor atribuido.

En cambio, la subsunción jurídica se desprende la lógica jurídica que empleando el método deductivo, parte de:

Premisa mayor= ley,

Premisa menor=hecho material,

Consecuencia o resultado (decisum o por tanto).

### **3. CONCLUSIONES**

En Bolivia el TCP al igual que tribunales de otros países latinoamericanos se ha visto influido por el neoconstitucionalismo y aplicación del método de ponderación o balanceo para resolver controversias constitucionales complejas, especialmente si advierte colisión entre normas/principios versus normas/reglas.

En cuanto al Test de proporcionalidad para verificar si actuaciones públicas o de autoridades judiciales han sido arbitrarias o excesivas, deben cotejar que se cumplan 3 presupuestos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Luego entre las críticas al neoconstitucionalismo, iuspositivistas reclaman la subjetividad y falta de demostración en valor atribuido a normas/principios durante el pesaje o balanceo.

Otros sostienen que el neoconstitucionalismo tiene poco de nuevo, porque el mismo no introduce novedades relevantes en relación con el “viejo constitucionalismo”

Neoconstitucionalismo solo estaría reafirmando lo existente y que no puede atribuirse a CPE desigualdades, falta de justicia o bienestar, sino a gobernantes y ciertos ciudadanos que tienen entendimiento utilitario de la CPE.

### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- ALEXY, Robert. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”. Anuario da Facultad de Derecho. Págs. 75 a 95: <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>
- ALEXY, Robert. “Principios, ponderación y pretensión de corrección en el Constitucionalismo Discursivo”. Coordinadores: ORTEGA GOMERO, Santiago y HERANDEZ, Carlos Arturo. Derecho Global Editores S.A. de C.V. Primera edición. México. Mayo 2018.
- ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Segunda edición. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2012.
- ASBUN, Jorge. “Constitucionalismo popular y neoconstitucionalismo: Estudio Crítico”. Primera edición. Plural Editores/ABEC 2020. Bolivia. Agosto 2020.
- BARAK, Aharon. “Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones”. Primera edición. Palestra Editores. Lima-Perú. Noviembre 2017.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”. Cuarta Edición. Universidad Externado de Colombia. Impreso en Colombia. Marzo-Mayo 2014.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Derechos fundamentales y procesos constitucionales”. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima-Perú. Mayo 2008.
- DURAN RIBERA, Willman Ruperto. “Principios, Derechos y Garantías Constitucionales”. Editorial El País. Santa Cruz de la Sierra-Bolivia. 2005.
- GALINDO SOSA, Mario. “El neoconstitucionalismo en el Estado Plurinacional de Bolivia y la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE”. Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios (CEBEM), Universidad Mayor de San Andrés (UMSA) e Instituto de Investigación en Ciencia Política (IINCIP). La Paz-Bolivia. 2021.
- RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. “Temas de Derecho constitucional: El poder constituyente, las tendencias del proceso constituyente en Bolivia, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, el Neoconstitucionalismo y pluralismo jurídico”. 1era. Edición. Editorial de Libros Olimpo. Cochabamba-Bolivia. 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA- Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales. “Un debate sobre la ponderación”. Edición especial. 2018.
- VIGO, Rodolfo Luis. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”. Libro completo forma parte de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Págs. 851 a 885.: <file:///G:/HP%20x796w/ARCH%20COT%202021/PRESENTACION%20PONDERACION%20Y%20TEST%20DE%20PROPORCIONALIDAD/Iusnaturalismo%20y%20neoconstitucionalismo.pdf>

## **Derechos de la Niñez y Adolescencia, sus Principios Rectores y el Acceso a la Justicia**

---



### **Luis Esteban de la Torre Ribadeneira - Ecuador**

Coordinador del Área Jurídica y Restitución de Derechos en el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN-OEA)

- Abogado con Maestrías en Derecho Administrativo y en Derechos y Cooperación al Desarrollo en Infancia, posee también un diplomado en Gerencia Social y Políticas de la Juventud y una licenciatura en ciencias públicas y sociales.
- Fue asesor jurídico del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, organismo rector del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes de Ecuador, asesorando al pleno del Consejo, su Secretaría Ejecutiva y coordinando los equipos de asesoría jurídica y de vigilancia y exigibilidad de derechos. Su trabajo le mereció el reconocimiento del organismo.
- Ha sido también profesor universitario y ocupado otras funciones institucionales.
- Desde 2010 es Coordinador del Área Jurídica del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), organismo especializado de la Organización de Estados Americanos. Área que tiene a cargo la implementación del Programa Interamericano para la eliminación de todas las formas de violencia contra la niñez y la adolescencia y el Programa de promoción y protección de derechos ante situaciones críticas y en diferentes momentos del desarrollo.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Entrega de Certificado al Expositor Luis Esteban de la Torre Ribadeneira, por la Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas.

# **Derechos de la Niñez y Adolescencia, sus Principios Rectores y el Acceso a la Justicia**

---

*Luis Esteban de la Torre Ribadeneira*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Este artículo examina la relevancia del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes en la protección y ejercicio de sus derechos, destacando la importancia de la Convención Sobre los Derechos del Niño como guía fundamental. Explora los principios de interés superior del niño, no discriminación y participación, además de identificar algunas barreras para garantizar un acceso efectivo al sistema judicial

## **2. ANÁLISIS Y DESARROLLO**

### **2.1. Importancia del Acceso a la Justicia para el ejercicio integral de derechos de niñas, niños y adolescentes**

La protección de los derechos de la niñez y adolescencia representa un tema relevante en las sociedades democráticas contemporáneas; es un pilar fundamental en dichas sociedades y, en el contexto de los derechos humanos, adquiere importancia para asegurar la protección integral y el pleno ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Garantizar un acceso efectivo a la justicia para niñas, niños y adolescentes no solo logra evitar la impunidad en casos de violación de derechos, sino que, principalmente, posibilita la adopción de acciones o medidas apropiadas para proteger y restituir sus derechos. Además, les empodera para involucrarse activamente en la sociedad y en la toma de decisiones que les concierne y afectan.

La falta de una provisión adecuada de acceso a la justicia podría resultar en violaciones a los derechos de esta población que pasen desapercibidas, con repercusiones graves no solo en su bienestar individual, sino también en el entramado social en su conjunto. Es esencial destacar que la falta o limitado de acceso a instancias judiciales adecuadas conlleva o aumenta el riesgo de perpetuar situaciones de vulnerabilidad y restringir las oportunidades de corrección y reparación en caso de transgresiones a los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia.

En este proceso, la administración de justicia desempeña un papel central. Los tribunales y el sistema de justicia deben asegurar que las personas menores de edad tengan la capacidad no solo de acceder a los procedimientos judiciales, sino de hacerlo de forma adecuada y con sujeción a las características particulares de ellas y ellos, respecto de quienes los Estados parte de la convención sobre derechos del niño, han asumido la obligación de ofrecer una atención y protección prioritaria.

El propósito fundamental de las acciones realizadas por la administración de justicia es prevenir las violaciones de derechos, detener las acciones que los pongan en riesgo o los vulneren, y restituirlos en caso de que hayan sido transgredidos. Esto tiene como objetivo garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En ocasiones, no basta con la intervención familiar, comunitaria u otros órganos del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos; es esencial la intervención de la administración de justicia como parte integrante de este sistema.

Por consiguiente, la administración de justicia y el acceso a la misma juegan un papel crucial en la creación de un entorno seguro y equitativo para las niñas, niños y adolescentes.

## 2.2. Marco normativo internacional

Para comprender la amplitud del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes, es necesario explorar el marco normativo internacional que contine disposiciones pertinentes sobre este tema, así como las que proporciona las bases generales para asegurar los derechos fundamentales, y en contextos judiciales, de niñas, niños y adolescentes. Aunque no se agoten todos los aspectos relacionados ni se aborde la totalidad de los instrumentos, cabe mencionar los siguientes:

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que, si bien varias de sus disposiciones podrían señalarse, quizá cabe destacar que establece el derecho a un recurso efectivo ante vulneraciones de los derechos fundamentales y reconoce garantías procesales.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que asegura las garantías y la protección judiciales.

En un nivel distinto, se encuentran:

La Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda las garantías que tienen niñas, niños y adolescentes en los procedimientos judiciales.

Las Reglas de Brasilia enfocadas en agilizar y hacer más efectivos los procedimientos judiciales, con énfasis en adaptarlos a las necesidades específicas de grupos vulnerables, incluyendo a niños, niñas y adolescentes.

Específicamente en lo concerniente a la niñez y adolescencia, se pueden mencionar:

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, que establecen principios y directrices internacionales para proteger los derechos y promover el tratamiento adecuado y humano de personas menores en conflicto con la ley.



Las Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia de los Niños Víctimas y Testigos, con un objetivo de evitar la revictimización de ellas y ellos al interactuar con el sistema judicial (Conde, M. J. 2009).

Sin embargo, es importante detenerse y abordar desde la Convención sobre los Derechos del Niño varios aspectos que son necesarios tener presentes cuando pensamos en un adecuado acceso a la justicia por parte de niñas, niños y adolescentes.

No es nuevo decir que la Convención sobre los Derechos del niño como marco fundamental que abarca una amplia gama de derechos y establece los compromisos asumidos por los Estados hacia la niñez y adolescencia, trajo consigo un cambio en el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes, un cambio de paradigma de como ellas, ellos y sus derechos eran vistos, asumidos, tratados por la familia, la sociedad y el Estado.

En ese marco tampoco resulta nuevo señalar que un elemento esencial en este nuevo paradigma de la protección integral es la transición del niño, niña y adolescente considerado como objeto de derechos a un sujeto de derechos, lo que representa un cambio significativo en la concepción y abordaje de la infancia en el ámbito jurídico y social. Esta evolución se centra en reconocer al niño, niña y adolescente no solo como receptor pasivo de protecciones legales, sino como un individuo con derechos inherentes y activos, con capacidad de aportar e intervenir en su propio crecimiento y en el de la sociedad.

A pesar del avance conceptual que reconoce la transición de los niños de “objetos” de derechos a “sujetos activos de derechos”, este cambio no siempre se ha arraigado plenamente en la práctica. Esto puede ser relevante también en el ámbito de la administración de justicia. Es esencial que se asuma en las instituciones y por quienes las integran completamente este cambio, ya que forma parte de la base fundamental para garantizar un acceso efectivo a la justicia para los niños, niñas y adolescentes.

Aunque se reconoce su estatus como sujetos de derechos, esta comprensión no siempre se traduce en la implementación efectiva de procedimientos adaptados a sus necesidades particulares considerando la autonomía progresiva, es decir, que su desarrollo se da por etapas y en cada una de ellas hay consideraciones especiales a considerar.

Aceptar esta transformación es crucial para entender y aplicar los procesos especiales requeridos para su acceso eficaz a la justicia. Si este cambio no se internaliza completamente, se dificulta la toma de medidas efectivas para fomentar un acceso genuino a la justicia para este grupo de atención prioritaria.

Este cambio de perspectiva no solo ha sentado las bases para una visión más inclusiva, sino que también se refleja en los cuatro principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño: Interés superior del niño; no discriminación; Participación

y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; sobre este último no nos referiremos en esta ocasión.

Estos principios no solo han contribuido en la manera en que entendemos los derechos de la infancia, sino que sirven para crear procedimientos que buscan un acceso a la justicia más adaptado y respetuoso hacia niños y adolescentes.

### **2.3. Interés superior del niño**

En la administración de justicia, es un principio fundamental para lograr decisiones y acciones adecuadas en los procesos que salvaguarden de forma integral los derechos. Su implementación exige un enfoque basado en derechos en la toma de decisiones, alejándose de ser un simple recurso retórico, es decir, requiere de un análisis y de una argumentación adecuada de como se ha valorado el interés superior considerando su bienestar integral y dignidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha subrayado como un regulador esencial de la normativa de los derechos del niño, basado en la dignidad humana y en la necesidad de fomentar su desarrollo completo (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002).

En sus distintas dimensiones, el interés superior del niño se manifiesta como un derecho, una norma jurídica interpretativa y un procedimiento.

Es derecho del niño, niñas o adolescente que su interés superior sea la consideración fundamental en las decisiones relacionadas con su vida, no meramente una guía, sino que su contrapartida es la generación como obligación para quien deba tomar decisiones.

Como principio jurídico interpretativo, es primordial, cuando la norma admite más de una interpretación jurídica y su aplicación debe dar como resultado la elección de la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Y como procedimiento su determinación no debe tener base en opiniones subjetivas, estimaciones o apreciaciones de parte de quien debe tomar la decisión, sino que requiere una evaluación detallada para cada caso. (Comité de los derechos del niño, la niña y adolescentes).

Su determinación requiere un proceso formal con indicadores que incluya la participación activa del niño y la evaluación de aspectos como su opinión, su identidad, que comprende características como la trayectoria vital, el sexo, la orientación sexual, identidad de género, el origen nacional, la religión, las creencias, la identidad cultural, su personalidad, etc., así como su entorno familiar y comunitario.

También implica que los órganos correspondientes deben establecer y facilitar indicadores y procesos que ayuden al operador de justicia en la determinación del interés superior.

La Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño enfatiza que al tomar decisiones que involucran a un niño, se debe considerar las posibles repercusiones, tanto negativas como positivas, en ellas y ellos.

Esta conexión del interés superior está ligada a los principios de indivisibilidad, que enfatiza la necesidad de cumplir a la vez con todos los derechos para su efectiva materialización, y de interdependencia, donde la realización de un derecho o grupo de derechos depende del cumplimiento de otros. (Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. 2012). La prevalencia del interés superior del niño implica entonces la garantía de todos sus derechos, influenciando la interpretación de los demás derechos de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y requiriendo una atención especial del Estado, esto implica ampliar el espectro del análisis de la situación particular sometida hacia la afectación del resto de sus derechos que tendrá la decisión a adoptarse, es decir, si del análisis del caso se reconocen el no ejercicio o vigencia de alguno o algunos otros de sus derechos, el juez o tribunal debe establecer la obligaciones que correspondan para restituirlos y garantizar su ejercicio.

#### **2.4. Principio de participación**

Sobre este principio señalaremos que la opinión del niño no debe ser un simple procedimiento, sino un factor real de consideración al tomar decisiones, asegurando espacios de expresión libre, una escucha auténtica, activa y desprejuiciada, y el derecho a que las opiniones sean tenidas en cuenta e incorporadas en el proceso y en la decisión de este. Todos elementos importantes que debemos de resaltar y tener sumamente presente cuando estemos ante un caso en donde en la administración de justicia se encuentren niños, niñas o adolescentes involucrados de cualquier forma.

Debemos de ser conscientes que la forma que utilicen para comunicarse estará asociada a su madurez, el grado de su autonomía, su cultura, nivel educativo, entre otros.

Por ello, al definir la estrategia adecuada para escucharlos se deben considerar todos esos factores. Ningún niño es igual a otro.

Finalmente, sobre estos dos principios es importante resaltar la conexión existente entre ellos cuando, entre otros aspectos, hablamos de del acceso a la justicia y que puede pasar desapercibida. Conexión que consiste en que no se puede evaluar correctamente su interés superior si no se escucha activamente al niño, niña o adolescente; esto quiere decir que, para lograr aplicarlo de manera correcta y respetar

totalmente el interés superior se debe de implementar de la mejor manera posible la escucha activa, ya que, con ello, se puede conocer lo que es mejor para el niño o adolescente, y por tanto aporta en su protección. Esta relación ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.

## 2.5. Principio de igualdad y no discriminación

Este principio, arraigado en la Convención sobre los Derechos del Niño, nos lleva a entender que cada niño, niña y adolescente merece el pleno disfrute de sus derechos humanos, sin excepción. Esto significa que no importa origen, idioma, religión, sexo, identidad de género, nivel socio económico o cualquier otra característica personal o de su familia, todos ellos deben tener acceso universal a sus derechos.

Sin embargo, este principio va más allá de la igualdad básica entre seres humanos. Reconoce que ciertos grupos pueden enfrentar desafíos únicos en el ejercicio de sus derechos, entre ellos niñas, niños y adolescentes, por lo que el principio reconoce que algunos grupos pueden necesitar ajustes razonables para acceder plenamente a sus derechos. En consecuencia, se requieren adaptaciones en todo el proceso para asegurar la participación plena de los niños en el sistema judicial.

Entonces podemos decir que la esencia del principio de no discriminación va más allá de solo evitar la discriminación directa en el acceso a la justicia, sino que se trata también de tomar medidas adicionales para asegurar que todos los niños y adolescentes puedan ejercer plenamente sus derechos, eliminando cualquier barrera injustificada que limite ese acceso.

Hay que recordar que los procedimientos legales han sido tradicionalmente concebidos por adultos y orientados a esa población, pero si aceptamos que los niños tienen características distintas a los adultos, entonces los procesos judiciales deberían adaptarse para reflejar las particularidades propias de la infancia (Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. 2012).

## 2.6. Barreras que impiden el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes

Niñas, niños y adolescentes se enfrentan a desafíos y barreras que pueden variar según la jurisdicción y el contexto cultural, pero a menudo incluyen:

**Falta de conocimiento:** Muchas niñas, niños y adolescentes no están al tanto de los procesos para hacer valer sus derechos, incluso pueden no conocer sus derechos, o también desconocer cómo acceder al sistema de justicia. Para aportar en superar esta barrera es relevante implementar desde el sistema de justicia programas de educación legal en escuelas y comunidades para informar a las niñas, niños y adolescentes, e

inclusos a adultos de referencia, sobre sus derechos, como acceder y encontrar soporte en el sistema judicial.

**Barreras de comunicación:** Las barreras de comunicación suelen presentarse en los procesos legales debido a su complejidad y al uso de terminología legal no adaptada para niñas, niños y adolescentes, lo que dificulta su comprensión y expresión efectiva en este entorno. Para minimizar este obstáculo, es crucial desarrollar una escucha activa, caracterizada por la predisposición, la atención y la empatía para captar todos los matices del mensaje que ellos nos transmiten.

Es esencial crear condiciones propicias para un diálogo efectivo y una escucha atenta, incluyendo la actitud corporal, la expresión gestual y lingüística. Adaptarse al grado de madurez, nivel de desarrollo, autonomía, cultura y educación de cada niño es fundamental, ya que cada uno es único. Es crucial establecer un ambiente de confianza y serenidad, evitando cualquier entorno acusatorio o intimidante que pueda alterar sus percepciones. Considerar las experiencias pasadas de los niños es relevante, ya que pueden influir en su sensibilidad o comportamiento.

**Discriminación y estigmatización:** Los prejuicios y estereotipos pueden influir en la forma en que se trata a las niñas, niños y adolescentes en el sistema de justicia, lo que puede resultar en una falta de equidad al acceso. Por ello es importante sensibilizar y capacitar a profesionales del sistema sobre los problemas específicos que enfrentan los niños, niñas y adolescentes. Promover la diversidad y la inclusión en el sistema para evitar la discriminación.

**Acceso limitado a representación legal adecuada:** Que implica no solo la eventualidad de tener acceso a abogados o defensores legales, sino que estos cuenten con entrenamiento que les permita comprender sus necesidades específicas.

**Trauma y estrés:** Los procedimientos legales pueden ser emocionalmente abrumadores para niñas, niños y adolescentes, especialmente cuando se trata de casos que involucran abuso o negligencia. Contar con profesionales que les faciliten un adecuado apoyo psicológico y servicios de consejería puede aportar a superar estas barreras, al igual que garantizar que los jueces y abogados estén capacitados en cómo tratar a niños, niñas y adolescentes que han experimentado traumas.

### 3. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia es un derecho, como lo prevén varias constituciones de países de la región, pero es, además, una vía, un medio para garantizar el respecto y el ejercicio o la restitución del ejercicio de otros derechos. En ese sentido podemos decir que el acceso a la justicia es clave en la construcción de entornos saludables y seguros para que niñas, niños y adolescentes se desarrollen integralmente. Sin embargo, para garantizar la efectividad de este derecho respecto a la infancia y adolescencia, es

esencial abordar las particularidades y desafíos que ellas y ellos enfrentan en este ámbito.

“Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones” (Comité de los Derechos del Niño. 2003).

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General N° 5 - Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General N° 12 - “El derecho del niño a ser escuchado”.

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General N° 14 - “El interés superior”.

Comité de los Derechos del Niño. (2016). Observación General N° 20 - “Implementación del artículo 21 del CDRN: Derecho a la no discriminación en el ejercicio de los derechos del niño”.

Naciones Unidas (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Naciones Unidas. (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing.

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. (2020). Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes del Poder Judicial de Córdoba.

Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. (2012).

Reglas de Brasilia. (2010). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de igualdad.

## **Debilidades Institucionales y Corrupción. Trabas a los Derechos de Acceso y Necesidad de una Agenda Pública Ética en los Conflictos Ambientales**

---



### **Javier Alejandro Crea - Argentina**

Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente

- Es Abogado, egresado de la Universidad de Morón, Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires y Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia.
- Es a su vez Especialista en Derecho y Política de los Recursos Naturales y del Ambiente, también por la Universidad de Buenos Aires y Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Belgrano.
- Desde 2020, encabeza junto a la Dra. María de los Ángeles Berretino un equipo de investigación jurídica relativa a Derecho y Logística Antárticos. Este trabajo que incluyó la investigación de campo en el Continente Antártico, ha llevado a la publicación del primer Tratado de Derecho Antártico en el mundo, realizado en idioma español.
- Actualmente, es Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente (AIDCA), en la cual dirige el Instituto de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y codirige el Instituto de Derecho Antártico y Gestión Polar. Lidera a su vez el departamento de Asuntos Jurídicos y es el Presidente del Grupo Crea Legal.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Participación virtual del Expositor Javier Alejandro Crea, desde Argentina.



## **Debilidades Institucionales y Corrupción. Trabas a los Derechos de Acceso y Necesidad de una Agenda Pública Ética en los Conflictos Ambientales**

---

*Javier Alejandro Crea*

### **1. INTRODUCCIÓN**

Si quisiéramos delimitar temporalmente y analizar la etapa histórica en que vivimos, podríamos hacerlo diciendo que el mundo de hoy posee severos problemas, transversales y profundos, encontrándose signado por numerosas democracias frágiles y considerablemente debilitadas, convertidas en determinados casos, en autocracias que pese a haber nacido mediante el voto popular, han ido virando hacia regímenes autoritarios, enquistados en el poder y por supuesto en el tiempo, con las graves consecuencias que la violencia electoral y la falta de alternancia gubernamental provocan, concluyendo ello en graves deterioros de las instituciones republicanas, tornándose cada vez menos marcada la separación de poderes y desde ese contexto cada vez más arbitrarias las decisiones.

Ya no resulta sorprendente recibir noticias relativas a la persecución y encarcelamiento de opositores y posibles candidatos políticos, denuncias de fraudes invisibles, descalificaciones y ataques a Cortes de Justicia y tribunales electorales, violentándose así los procesos electivos y socavándose aún más la ya frágil institucionalidad de las naciones.

Tampoco sorprenden las indignantes estadísticas que reflejan las cantidades de políticos, activistas e intelectuales asesinados a lo largo y ancho del globo, las que evidencian la crisis profunda que atraviesan gran parte de las regiones y países, acentuándose entonces las dudas y desconfianzas sobre sus democracias y procedimientos. Nuestra realidad temporal nos muestra eventos y sistemas de elección política atravesados por distintas formas de hostigamiento y con escasa legitimidad.

Esta realidad tan preocupante, más notoria aunque no excluyente, en regiones de Asia Central y Pacífico, África, Latinoamérica, marcada por dolorosos antecedentes y tradición autoritaria que parecen reciclarse y en los conflictos bélicos desatados los últimos años en el Este de Europa, e impensados promediando un cuarto del Siglo XXI, en los que volvemos a oír discusiones con palabras que hasta suenan antiguas como “derecha, izquierda, oriente u occidente” y mucho más grave aún, cuando volvemos a poner sobre la mesa cuestiones relativas a invasiones, anexiones y conquistas territoriales, decididas no casualmente, por autoridades que accedieron al gobierno a principios del milenio. El mundo parece haber retrocedido años, siglos en algunos casos.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

Cursamos una etapa en que las democracias son dañadas no sólo por ataques externos perpetrados por Estados autoritarios, sino que están también siendo dañadas desde su interior, por medio de fuerzas tanto opositoras como gobernantes, que en muchas oportunidades, por medio de discursos más relacionadas con la economía que con sistemas de gobierno, atacan y corrompen las instituciones que a ellos mismos han llevado o llevarán al poder. Se trata de una crisis de valores que se evidencia en grandes esfuerzos por causar daño a los cimientos y la reputación de la democracia, debilitándola día a día y con ello a sus instituciones.

El mundo enfrenta una amenaza que poco a poco va convirtiéndose en realidad. Las libertades se han reducido a nivel global y los enemigos de las democracias ya sea por ideología o por simples negociados están incrementando sus ataques. El orden global se encuentra cada día más cerca de alcanzar un punto de inflexión, un punto en el cual los modelos autoritarios de gobierno se tornarían imposibles de detener y ello se ve reflejado en el empoderamiento que en los últimos años han mostrado los líderes autocráticos, desinteresados de las recomendaciones y señalamientos democráticos emitidos por los organismos internacionales y mucho más aún de los derechos humanos.

Estas fragilidades democráticas a las que hiciéramos referencia en oportunidades anteriores sólo pueden ser enfrentadas por medio del fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas, con esfuerzos internos en materia de educación en valores y un férreo sostenimiento de los principios democráticos más básicos desde las esferas más altas de gobierno, que se reproduzca y sea ejemplo, en todas las instancias de cada uno de los poderes.

Yendo de lo macro a lo micro, nos focalizaremos las que hemos llamado debilidades institucionales, atravesadas por corrupciones internas, que repercuten transversalmente en las distintas áreas de gobierno y específicamente en el caso particular que nos atañe, en los conflictos ambientales.

Al hablar de corrupción nos referimos al abuso de una posición o poder ya sea en beneficio personal o de terceros mediante la utilización de diversos medios, como malversación de fondos, extorsión, nepotismo y favoritismo, entre otras, produciendo con ello implicaciones económicas, sociales, políticas y ambientales, que provocan reducciones en el crecimiento económico, instituciones debilitadas, mayor desigualdad y por supuesto daños ambientales. En todos los casos socavando el estado de derecho y los valores democráticos. Debe tenerse presente que la corrupción no se presenta de manera lineal e idéntica en todas las regiones y etapas sino que se da adecuándose a cada Estado y al momento histórico en que se desarrolla. Finalmente cabe agregar que no debe ser entendida únicamente como una problemática de funcionarios estatales o

políticos, sino que incluye a todo individuo o grupo de estos involucrados en debates, decisiones y acciones colectivas.

Encontramos en nuestra región, características comunes que vuelven a las áreas ambientales de gobierno susceptibles de prácticas de corrupción, entre las que destacan, en primer lugar la existencia de instituciones ambientales débiles desde el análisis político estructural, lo que se evidencia en autoridades de aplicación que rotan con el tiempo, estando bajo la órbita de distintas áreas de gobierno, como Secretarías, Subsecretarías, dependientes de, según el caso, de Presidencia, Ministerios, etc. Sin perjuicio de ello, no debemos alejarnos de la idea de que la jerarquización en distintas áreas de gobierno no determina por sí sola la capacidad de diseñar o implementar políticas públicas ambientales eficaces sino la estabilidad y la posibilidad de desarrollar programas y políticas públicas ambientales a mediano y largo plazo.

En segundo término, como lógica consecuencia de lo antedicho, encontramos una severa falta de estabilidad en los cargos de mayor jerarquía política e institucional, tal es así que en Latinoamérica el ritmo de recambio de los funcionarios de áreas ambientales es de aproximadamente uno cada dos años. La corta permanencia de los funcionarios en dichos cargos, combinado con la falta de experiencia de muchos de los perfiles de quienes los asumen genera tensiones inherentes y estructurales entre la política ambiental y los distintos modelos de desarrollo económico.

En último lugar, existe una problemática específica en los cuatro países de la región con sistemas federales de gobierno<sup>18</sup>, toda vez que la errónea concepción de que el Estado Nacional es el único capacitado para regular las cuestiones ambientales colisiona con los sistemas federales de gobierno, avasallándose las autonomías locales y generando superposición normativa y regulación con graves falencias en detrimento de la protección ambiental local.

Todo esto se traduce en encubrimientos para ocultar los impactos ambientales de las actividades (en derrames, contaminación, etc.), omisiones por parte del Poder Judicial en brindar correcta respuesta y atención a denuncias frente a actividades ambientales dañosas y frente a violencia ejercida a líderes ambientales indígenas, campesinos y defensores del ambiente, la utilización de influencias personales en ámbitos de gobierno y empresariales para lograr la aprobación de concesiones, permisos, leyes, etc. y los sobornos a funcionarios públicos e incluso a miembros de la comunidad para adquirir licencias ambientales, aprobaciones de estudios de impacto ambiental, etc.

Estas prácticas favorecen el desarrollo y la impunidad en los delitos ambientales, como tráfico de animales salvajes, tercer tipo de negocio ilícito más importante del mundo, después del tráfico de estupefacientes y de armas, la tala indiscriminada, principal causa de la deforestación en Amazonas en busca de madera para muebles o enseres,

---

<sup>18</sup> En el mundo los Estados Federales son muy pocos en relación a los Estados Unitarios y en específicamente en Latinoamérica sólo 4 (Argentina, Brasil, México y Venezuela).

o incluso para destinar terrenos para el desarrollo de actividades agropecuarias; la mala gestión de residuos electrónicos, siendo que los llamados países desarrollados generan hasta 50 millones de toneladas de ellos, de las que hasta el 75% desaparece del circuito oficial y una buena parte se exporta ilegalmente a África, China o India; la pesca ilegal, ya sea por parte de embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes o reglamentos o por embarcaciones de Estados que son parte de una organización regional pero faenan contraviniendo sus medidas; los vertidos indiscriminados por parte de empresas, industrias y administraciones públicas y los incendios forestales, de los que más del 95% es causado por actividades humanas relacionadas con el avance de la frontera agropecuaria, inmobiliaria y minera, entre otros.

Como respuesta a ello, suele decirse que existen falencias en los Códigos Penales al no regular adecuadamente los delitos ambientales, como sucede con el Código Penal Argentino, cuya última gran reforma data de 1921 con base en un proyecto de 1868. Se trata de un código absolutamente antropocéntrico que no contempla los delitos ambientales sino que los aborda desde la protección del patrimonio, la seguridad y la salud pública (envenenamiento y adulteración de aguas o alimentos destinados directa o indirectamente al consumo humano) con sanciones leves y que se complementa con leyes penales especiales que resultan ser insuficientes.

Las respuestas habituales propuestas como solución a esa problemática van desde la justificación de la falta de persecución a quienes causan daños ambientales por la falta de tipificación de los delitos, hasta a la necesidad de su tipificación expresa y aumentos de penas, en oportunidades ello sostenido en que *las bajas sanciones promueven los daños dado que no desincentivan las acciones dañosas*.

En relación, Eugenio Zaffaroni desconoce el presupuesto de que la pena tenga algún efecto preventivo general y sostiene que *“No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que le podamos hacer los treinta millones que andamos más o menos libres, sino que, simplemente, se tiene encerrados a los 15.000 ladrones más torpes y rudimentarios de todo el país (...)”*, terminando por afirmar que *“Es claramente inmoral la legitimación de la pena sobre el más torpe y vulnerable como precio para tranquilizar al resto y darle una sensación de seguridad falsa.”*

No es una novedad la vinculación de representantes de las mafias de actividades ilegales con la política. Intereses del narcotráfico, la tala, tráfico ilegal de flora y fauna y la minería ilegal, merodean la política desde hace tiempo, penetrando no sólo en los partidos políticos y las distintas esferas del Estado sino en los círculos de poder e influencia. Desde la Revolución Industrial se observa claramente una íntima relación entre las características de las empresas responsables, el rol de los funcionarios estatales y los gravísimos impactos que recaen no solo sobre la naturaleza sino también sobre las personas, en especial, las comunidades más débiles o vulnerables.

Debemos considerar entonces a los delitos ambientales, primordialmente, como delitos de cuello blanco o delitos de los poderosos, es decir, crímenes que involucran a sujetos que poseen posiciones privilegiadas desde el punto de vista económico, político, social y en muchas ocasiones, también mediático. Por lo general marcado por fuertes dosis de organización, persistencia en el tiempo y con una sólida capacidad para asegurarse impunidad.

La corrupción, por su parte, juega un papel preponderante para la comisión de este tipo de delitos y se da en todos los niveles. Entendemos entonces que detrás de cada delito ambiental, siempre hay un funcionario público corrupto o incumpliendo sus deberes, lo que por un lado permite la concreción de las actividades dañosas y la impunidad de aquellos que las cometen, entramado en el cual, las trabas o limitaciones al acceso a la justicia ambiental resultan fundamentales.

Al hablar de acceso, tomando en cuenta la raíz etimológica del término (acción de llegar, acercarse, entrada o paso) aceptamos que existe un adentro y un afuera. O sea estamos asumiendo la existencia de personas que se encuentran fuera, que no pueden ingresar o bien *encuentran grandes obstáculos para ello*.

En materia ambiental, esas barreras, limitan y ponen en peligro los derechos especialmente de aquellos con menos recursos, quienes a la hora de defender sus derechos e interponer sus demandas se encuentran en una situación gravemente desfavorable en relación a los usualmente demandados generadores o posibles generadores de daños ambientales, por ser en la gran mayoría de los casos meros demandantes ocasionales en oposición a las compañías, muchas veces multinacionales, o el propio Estado, los cuales en su carácter de litigantes habituales se encuentran preparados para enfrentar esas situaciones y poseen el poder económico, político o mediático suficiente para contar con los recursos que sean necesarios para defenderlos.

Todos los conflictos ambientales, se debaten entre dos partes, la reclamante y el reclamado, y es en la gran mayoría de estas discusiones de carácter ambiental en las que existen diferencias relativas a los recursos económicos, políticos, etcétera, con los que cuenta cada una de ellas. Estas diferencias entre las partes tienen incidencia directa sobre las oportunidades que cada una de ellas posea. Pese a la formalidad de la igualdad de los ciudadanos ante la ley no se pone atención sobre las reales diferencias y desigualdades existentes, y que hacen que los actores, no posean en general ni la experiencia ni la preparación necesaria para enfrentar este tipo de casos, lo que les hace muy difícil la recolección y producción de pruebas, partiendo de la base de la habitual imposibilidad de contar con los asesoramientos letrados de mayor prestigio, poder adquisitivo y conocimiento que la materia requiere.

La falta de una adecuada educación ambiental, no sólo de la ciudadanía sino también de los actores jurídicos y políticos, los obstáculos económicos, políticos mediáticos

y procesales como demoras en tramitaciones, la falta de procesos específicos y tribunales especializados), son sólo una parte de las limitaciones a los derechos de acceso que habitualmente vemos en la región, a los que debemos sumar, la sobre legislación y superposición normativa, la carencia de información suficiente, la escasa participación ciudadana consecuyente y finalmente la falta de efectividad de las sentencias, conforman ese “combo espacio-temporal perfecto”, muchas veces voluntariamente diseñado para que las prácticas corruptas se sigan desarrollando.

### 3. CONCLUSIONES

Podemos concluir entonces que la protección ambiental no se logra sencillamente aumentando penas ni desde la enunciación del derechos, sino desde la equidad y mediante la elaboración de políticas públicas acordes, y transversales, con base en valores éticos y morales que protejan y fortalezcan los sistemas democráticos y republicanos, garantizando de esa manera la protección ambiental minimizando las brechas existentes entre las leyes de protección ambiental y su implementación, aumentando la coordinación entre autoridad, responsabilidad y mandatos, afianzando la participación pública, la protección de los defensores ambientales, procurando mecanismos de solución de controversias accesibles y finalmente educando en derechos y acceso a los mismos.

Aumentar la capacidad institucional y la transparencia resulta esencial en búsqueda de procurar no sólo la protección ambiental, sino de afianzar el ejercicio de la totalidad de los derechos humanos y para ello, resulta fundamental elaborar mecanismos que faciliten la solución de controversias de manera equitativa y oportuna, que garanticen la imparcialidad de los mismos, el monitoreo de los recursos disponibles y la ejecución de los acuerdos. El desafío consistirá en desarrollar las estrategias necesarias para que no exista ese “afuera de la justicia” al que nos refiriéramos, debiendo esforzarse los Estados en la remoción real y firme de los obstáculos que limitan su acceso, con el objeto final de garantizar el goce de una existencia justa para todos sus habitantes.

## **Impacto del Acuerdo de Escazú en el Litigio Climático Latinoamericano**

---



### **Mario Peña Chacón - Costa Rica**

Consultor Internacional y Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica

- Abogado graduado de la Universidad Autónoma de Centro América y Máster en Legislación Ambiental de la Universidad para la Cooperación Internacional.
- Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de las Maestrías en Derecho Ambiental, Derecho Público, Negocios Internacionales, y Gestión y Turismo Sostenible de dicha Universidad, donde también es Profesor de cursos de énfasis en Derecho Ambiental.
- Autor de múltiples ensayos académicos publicados por revistas indexadas, de publicaciones mundiales realizadas para la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, entre otras publicaciones.
- Es Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de su Grupo de Especialistas en Agua y Humedales. Vicepresidente de la Asociación Costarricense de Derecho Ambiental, miembro fundador de la Academia Costarricense de Derecho Ambiental, y miembro fundador y coordinador del Capítulo Costa Rica de la Red Universitaria de Derecho Ambiental de Centroamérica y República Dominicana.

# V CONGRESO INTERNACIONAL

DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**“Corrientes Transformadoras  
en la Justicia Constitucional”**



Participación virtual del Expositor Mario Peña Chacón, desde Costa Rica.



# Impacto del Acuerdo de Escazú en el Litigio Climático Latinoamericano

---

**Mario Peña Chacón**

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, a nivel planetario, se ha venido experimentando una ola de litigios climáticos, en la que América Latina y el Caribe es protagonista. Los sistemas jurídicos de esta región ofrecen una serie de fortalezas y ventajas, de carácter tanto procesal como sustantivas, que favorecen la litigación climática.

## 2. ANÁLISIS Y DESARROLLO

Según el *Informe Mundial sobre Litigios Climáticos - Revisión Global 2020*<sup>1</sup> del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), al 01 de julio de 2020 se habían reportado, al menos, mil quinientos cincuenta litigios climáticos en treinta y ocho distintos países. Ello representa casi el doble del número de casos registrados para el año 2017, siendo los Estados Unidos el que lidera la lista de países donde más litigios se han presentado, para un total de mil doscientos procesos, y le siguen: Australia con noventa y siete, Reino Unido con cincuenta y ocho y la Unión Europea con cincuenta y cinco.

En el continente americano, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), a través de su *Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe*<sup>2</sup> ha logrado identificar cuarenta y nueve procesos climáticos en la región, siendo los países con más litigios: México, Brasil, Colombia y Chile<sup>3</sup>.

---

1 UNEP (2020), Global Climate Litigation Report 2020 Status Review, disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado el 01 de Agosto de 2022).

2 Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

3 Algunos casos recientes de litigio son: En Perú, un grupo de jóvenes demandó al gobierno por no haber formulado y ejecutado una política y un plan nacional para frenar la deforestación en la Amazonía peruana (Álvarez et al. vs. Perú). En Colombia, comunidades indígenas Wayuu promovieron una acción para anular el permiso ambiental de una colosal mina de carbón (Cerrejón). En México, Greenpeace interpuso un amparo para detener la contaminación atmosférica y mejorar la calidad del aire en el estado de México (Greenpeace vs. Secretaría de Medio Ambiente). En Argentina, la Organización de Ambientalistas Organizados exigió que el Ministerio de Medio Ambiente detuviera la aprobación de la exploración de combustibles fósiles en alta mar por sus impactos en las ballenas y en el clima (Organización de Ambientalistas Organizados vs. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible). En Ecuador, un grupo de nueve niñas cuestiona al Estado ecuatoriano por autorizar a empresas petroleras a quemar gas en la Amazonía (Caso Mecheros). En Chile, la ONG Defensoría Ambiental demandó al gobierno y a todas las empresas que operan en una emblemática zona de sacrificio por el daño ambiental causado tras años de operaciones (Daño Ambiental en Ventanas). <https://aida-americas.org/es/blog/litigio-climatico-en-america-latina-y-el-caribe-lanzamiento-de-una-plataforma-regional> (Consultado 01 de agosto de 2022).

## 2.1. Constitucionalismo climático en América Latina y el Caribe

El tema climático se encuentra incluido en cuatro de las constituciones políticas del continente americano. La primera constitución en incluirlo fue la de Venezuela en 1999 (artículo 127)<sup>4</sup>, le siguieron Ecuador en 2008 (artículo 414)<sup>5</sup>, República Dominicana en 2015 (artículo 194)<sup>6</sup> y, por último, Cuba en 2019 (artículo 16)<sup>7</sup>.

Aunado a lo anterior, ocho Estados de la región cuentan actualmente con leyes marco o generales sobre cambio climático: Guatemala<sup>8</sup>, Honduras<sup>9</sup>, México<sup>10</sup>, Perú<sup>11</sup>, Argentina<sup>12</sup>, Colombia<sup>13</sup>, Paraguay<sup>14</sup> y Chile<sup>15</sup>.

## 2.2. Protagonistas de los litigios climáticos

Los aún incipientes litigios climáticos poseen una serie de protagonistas que actúan como demandantes, demandados y destinatarios de protección jurídica.

En un primer orden, son protagonistas de primera línea las personas individuales como principales actores de los procesos climáticos, así como las organizaciones no gubernamentales, tanto en el plano global, regional y nacional, las cuales, a través

---

4 Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

5 Art. 414.- El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

6 Artículo 194.- Plan de ordenamiento territorial. Es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático.

7 Artículo 16. - La República de Cuba basa las relaciones internacionales en el ejercicio de su soberanía y los principios antiimperialistas e internacionalistas, en función de los intereses del pueblo y, en consecuencia: f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo.

8 Ley Marco para regular la reducción de la vulnerabilidad, la adaptación obligatoria ante los efectos del cambio climático y la mitigación de gases de efecto invernadero, Decreto 7-2013 del 05 de setiembre de 2013.

9 Ley de Cambio Climático, Decreto 297-2013 del 13 de enero de 2014.

10 Ley General de Cambio Climático, del 04 de junio de 2012.

11 Ley Marco sobre Cambio Climático, número 30754 del 17 de abril de 2018.

12 Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, número 27520 del 28 de setiembre de 2011.

13 Ley por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático, número 1931 del 27 de julio de 2018.

14 Ley Nacional de Cambio Climático, número 5875 del 09 de agosto de 2017.

15 Ley Marco de Cambio Climático, número 21455 del 30 de mayo de 2022.

de coaliciones y especialmente, aprovechando el conocimiento generado de la retroalimentación - fertilización cruzada - entre litigantes y litigios climáticos, juegan un rol primordial en su desarrollo y evolución, en la medida que, en la mayoría de los casos, llevan el peso de los litigios, por sí mismos y/o en representación de individuos o grupos.

También destacan como protagonistas los Estados, así como las grandes empresas generadores de gases de efecto invernadero (GEI), tales como; petroleras, carboeléctricas, automotrices, entre otras; constituyéndose comúnmente en la parte procesal demandada de los litigios climáticos.

Es importante resaltar que los destinatarios de tutela o sujetos de protección de este tipo especial de litigios son tanto las generaciones presentes, las generaciones futuras y la naturaleza, esta última protegida incluso por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un interés jurídico en sí mismo.

Por último, tal como se desarrollará más adelante, surge un “nuevo” bien jurídico de naturaleza común o colectiva, denominado *sistema climático*, eje principal de las pretensiones de los litigios climáticos.

### **2.3. Complejidad**

Como regla generalizada, el litigio climático es complejo. Ello debido, entre otros factores, a la multiplicidad de partes involucradas, ya sea como actores y/o demandados. Entre ellas, sería posible distinguir entidades públicas y sujetos de derecho privado, así como personas y grupos especialmente vulnerables a la degradación del medio ambiente y a los efectos adversos de la crisis climática, tales como: pueblos indígenas, niños y niñas, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, comunidades costeñas y de islas pequeñas<sup>16</sup>.

Otro factor que refleja la señalada complejidad es el hecho de que esta clase de litigios involucra, a la vez, múltiples ramas del derecho, incluyendo derecho internacional público y privado, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional ambiental, derecho constitucional, derecho ambiental, derecho administrativo, derecho agrario, derecho civil, derecho mercantil y societario.

### **2.4. Caja de herramientas**

A efectos de plantear las distintas pretensiones dentro de este tipo de litigios, es común que los litigantes climáticos acudan a las diversas herramientas jurídicas existentes, tanto de tipo legal como jurisprudencial.

---

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017, párrafo 67.

Dentro de las herramientas legales es posible distinguir las de índole constitucional, así como aquellas emanadas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional ambiental, incluyendo *soft* y *hard law*<sup>17</sup>.

Por su parte, como herramientas jurisprudenciales destacan aquellas emanadas del *common law*, como la doctrina del *public trust*, o bien, el *duty of care* y *duty of diligence*<sup>18</sup>, esta última ampliamente desarrollada y aplicada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y más recientemente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

## 2.5. Clasificación

Para fines exclusivamente pedagógicos y didácticos, sería posible diferenciar los litigios climáticos planteados contra los Estados de aquellos interpuestos contra empresas<sup>19</sup>.

Dentro de los primeros es posible distinguir claramente los litigios que se dirigen contra políticas generales y normas climáticas a raíz de su insuficiencia, falta de ambición o incumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos a través de instrumentos internacionales; los que exigen que los actos administrativos habilitadores de actividades, obras y proyectos (licencias, autorizaciones, permisos y concesiones) integren la variable climática, ejemplo: aeropuertos; y por último, los que tienen como fin temas migratorios, tales como desplazamiento climático, refugio, asilo, visados, etc.

Por otra parte, están los litigios de responsabilidad civil contra sujetos de derecho privado, especialmente contra las grandes generadoras de gases de efecto invernadero: petroleras, carboeléctricas, automotrices, etc., o bien, los litigios de carácter societario: accionistas versus empresas por falta de previsión u ocultamiento de los riesgos climáticos con efectos presentes y futuros en el valor de las acciones.

## 2.6. Pretensiones

Algunos de los litigios climáticos buscan obligar a los Estados tomar acciones ante la ausencia o falta de ambición climática (mitigación y adaptación), entre ellos es posible citar: *Juliana vs USA* (2015); *Leghari vs Pakistán* (2014); *Generaciones Futuras*

17 “En ese sentido, tal y como lo expone Sozzo (2021), en la actualidad, el *soft law* y el *hard law* del derecho internacional público ambiental, ya no pueden verse como polos opuestos. En los últimos años diversas cortes a nivel global han estado utilizando el *soft law* ya no solo para interpretar, delimitar e integrar los ordenamientos internos, sino también para resolver casos concretos. De esta forma, el *soft law* ha permitido lograr, en algunos casos, mejores resultados y mayor efectividad en materia de justicia ambiental que el propio *hard law*. A la vez, cada vez es más común la inclusión dentro de instrumentos internacionales de *hard law* de disposiciones y obligaciones flexibles o blandas, similares – *mutatis mutandis* – a aquellas típicas o clásicas de *soft law*.” Peña Chacón, M. (2021), *El Acuerdo de Escazú*, un instrumento internacional de última generación, *Lex Difusión y Análisis*, número 312, junio 2021, México.

18 Torres Schaub, M. (2021) Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: tendencias, oportunidades y obstáculos, *Revista Medio Ambiente & Derecho*, número 37, diciembre 2020, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

19 *Ibidem*.

contra Colombia (2018); Urgenda vs Países Bajos (2020); Greenpeace, Oxfam France, Notre Affaire à Tous y Fundación por la Naturaleza y el Hombre vs Francia (2021) , Klimazaak en Bélgica (2021) y Corte Constitucional de Alemania (2021).

Otros tienen por finalidad obligar a los Estados a incluir la variable climática en actos administrativos habilitadores, o bien, revertir autorizaciones, permisos y licencias previamente otorgadas a actividades, obras o proyectos con impactos climáticos, en este sentido es posible citar los casos de los aeropuertos de Viena (2017); Dublín (2017) y Londres (2021).

También están los litigios cuyo objetivo es establecer la responsabilidad civil de las grandes industrias emisoras de gases de efecto invernadero, tales como: California vs General Motors (2007); Saúl Luciano Lliuya vs RWE (pendiente de resolución); Milieudefensie y otros vs Royal Dutch Shell Reino Países Bajos (2021) cuya sentencia ordenó a la petrolera multinacional Shell reducir sus emisiones de CO<sub>2</sub> en un 45% en menos de 10 años, marcando un precedente y una gran victoria climática a nivel mundial.

Por último, están aquellas pretensiones relacionadas con otras responsabilidades climáticas especialmente en temas migratorios, donde destacan los casos de Ioane Teitiota vs The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment de Nueva Zelanda (2015).

## 2.7. Bien jurídico clima

El primer objetivo de este tipo de litigios es obtener la declaración jurisdiccional de que el sistema climático es un bien merecedor de tutela jurídica, y a partir de allí, lograr medidas adecuadas para preservar el sistema climático para las generaciones presentes y futuras y las demás especies.

Salta entonces la pregunta sobre cuál es actualmente la naturaleza jurídica del sistema climático? Se trataría de un bien jurídico objeto de protección internacional y en algunos casos constitucional, de carácter colectivo o común<sup>20</sup>. Aún es temprano para encasillarlo como un *global common* o un bien planetario, para lo que haría falta instrumentos internacionales que así lo establecieran.

---

20 “De acuerdo con Francisco Verbic (2007), un bien es común o colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Gonzalo Sozzo (2022) los describe como indivisibles e inapropiables; mientras que para Ricardo Luis Lorenzetti (1997), presentan las siguientes características: a) la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es posible su apropiación privada; b) el uso es común; c) el principio de la no exclusión de los beneficiarios significa que todos los individuos tienen derecho a su utilización y no pueden verse limitados; d) uso sustentable: el desarrollo tecnológico no debe consumir bienes no renovables; y e) status normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y protegible.” Peña Chacón, M. (2022) Estatus Jurídico del ambiente en Costa Rica, Revista Ivstia, número 302, año 26, abril-junio 2022, disponible en: <https://ivstia.uci.ac.cr/items/show/2> (Consultado el 01 de agosto de 2022)

Ahora bien, un clima estable es una condición de funcionamiento de los ecosistemas naturales (macrobién) y de la supervivencia de los elementos que los componen (microbién), por lo que no puede darse un ambiente limpio, saludable ni sostenible, sin un clima estable.

Nuevamente cabe preguntarse: ¿podría hablarse ya de un derecho autónomo a un clima estable y seguro, o más bien, este formaría parte del contenido del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible?

Al estado actual de su desarrollo, un clima seguro forma parte esencial del contenido del derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible, junto con: aire limpio, agua segura y suficiente, saneamiento, alimentos sanos y sostenibles, medio ambiente libre de tóxicos y ecosistemas biodiversos y sanos. Ello de acuerdo con los informes y trabajos desarrollados por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente<sup>21</sup>.

## 2.8. Derechos humanos invocados en la litigación climática

El derecho mayormente invocado en los litigios climáticos es el derecho a un ambiente sano. Como ejemplos es posible citar el caso *Urgenda* (artículo 21 de la Constitución del Reino de los Países Bajos); el caso *Klimatzaak* (artículo 23 de la Constitución de Bélgica) y el caso *Generaciones Futuras contra Colombia* (artículo 79 de la Constitución de Colombia junto a la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por su parte, también destaca la invocación del derecho a la salud, como fue en el caso de las *Abuelas Suizas* (pendiente de resolución), así como los derechos a la alimentación y vida (artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la salud y a la vida familiar (artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) en los casos *Urgenda*, *Abuelas Suizas*, y *Klimatzaak*. Cabe destacar que en el caso *Urgenda* el tribunal no aplicó la Convención Europea de Derechos Humanos debido a que se trataba de una persona jurídica.

## 2.9. Dificultades de litigio

Íntimamente relacionado con las complejidades analizadas en la sección 3 de este artículo, es posible enlistar algunas de las principales dificultades, barreras u obstáculos que enfrentan las partes que litigan en esta materia.

Entre ellas destacan, de acuerdo con la jurista española Marta Torres Schaub<sup>22</sup>: el establecimiento del vínculo causal; la delimitación e individualización del daño sufrido o por venir; la diversidad y multiplicidad de derechos invocados y la falta de

21 Disponibles en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment#:~:text=El%20Sr.,un%20periodo%20de%20tres%20a%C3%B1os>. (Consultado 01 de agosto de 2022).

22 Torres Schaub, M. (2021) Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: tendencias, oportunidades y obstáculos, Revista Medio Ambiente & Derecho, número 37, diciembre 2020, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/> (Consultado el 01 de agosto de 2022).

homogenización del derecho climático, apenas en formación; su justiciabilidad, y por supuesto, la determinación de la legitimación activa o *standing to sue* para actuar ante los tribunales.

## **2.10. Fortalezas de los sistemas jurídicos latinoamericanos**

Los sistemas jurídicos de los países de la región de América Latina y el Caribe ofrecen una serie de fortalezas y ventajas, de carácter tanto procesal como sustantivas, que favorecen la litigación climática.

### **2.10.1 Reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano**

Veinte constituciones políticas de América Latina y el Caribe reconocen expresamente el derecho humano a un ambiente sano y equilibrado, mientras que cuatro de ellas abordan directamente la problemática climática.

A nivel de América Latina y el Caribe, treinta y dos de los litigios climáticos recopilados por la Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe de AIDA, están basados en la vulneración de derechos humanos, donde el cambio climático supone una amenaza para los derechos ambientales, siendo que en su mayoría no citan al cambio climático como preocupación principal, sino como un argumento adicional para la protección del medio ambiente. Ahora bien, todos ellos tienen como denominador común la invocación de derechos ambientales sustantivos y procedimentales como fundamento de las demandas<sup>23</sup>.

### **2.10.2 Derechos de la Naturaleza**

Varios países de la región reconocen expresamente derechos a la naturaleza. A nivel constitucional lo hace Ecuador, a nivel legal Panamá y Bolivia, y jurisprudencialmente algunos ecosistemas colombianos han adquirido estatus de sujetos de derechos.

En esos casos, también sería posible fundamentar los procesos climáticos en la tutela de los derechos de la naturaleza, en virtud de que los impactos negativos del cambio climático recaen no solo sobre los seres humanos, sino que también sobre ecosistemas, la naturaleza o la Madre Tierra como entidad jurídica.

### **2.10.3. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Ambiental**

Tanto el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (interpretado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 23/17 y en la sentencia Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs Argentina), como el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen y

<sup>23</sup> <https://aida-americas.org/es/blog/litigio-climatico-en-america-latina-y-el-caribe-lanzamiento-de-una-plataforma-regional> (Consultado 01 de agosto de 2022).

tutelan el derecho humano a un ambiente sano, a lo cual se une el reciente e histórico reconocimiento global realizado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución A/76/300, del 28 de julio de 2022, titulada: *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*.

Aunado a lo anterior, los Estados latinoamericanos son suscriptores de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y del Acuerdo de París<sup>24</sup>, y a la fecha, 13 países de América Latina y el Caribe han ratificado el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y el Acceso a la Justicia Ambiental en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, en vigencia desde el 22 de abril de 2021.

En la mayoría de los Estados latinoamericanos, el derecho internacional es equivalente al derecho interno, directamente aplicable, de obligado acatamiento y plena ejecutoriedad. A la vez, veinte de los Estados de la región reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH y la vinculatoriedad de sus resoluciones<sup>25</sup>.

En muchos casos climáticos se invocan las obligaciones de los Estados derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos y ambientales, así como la jurisprudencia de la Corte IDH. En ese sentido, dicha Corte ha desarrollado estándares de derechos humanos relacionados con el medio ambiente, especialmente en la Opinión Consultiva 23/17 y en la sentencia *Lhaka Honhat vs Argentina*.

La Corte IDH ha expuesto que el derecho a un medio ambiente sano, junto con el derecho al agua y la alimentación, como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), son derechos autónomos y justiciables de forma directa, aún en situaciones de incerteza científica sobre el riesgo a las personas individuales, lo cual, a todas luces, favorece su litigación dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

#### **2.10.4. Mecanismos procesales para la defensa de los derechos humanos**

La mayoría de los sistemas jurídicos de América Latina y el Caribe ofrecen mecanismos, instancias y vías procesales para la tutela de los derechos humanos y control constitucional, tales como: amparos, tutelas y acciones de inconstitucionalidad.

24 “Es importante considerar que las medidas y metas asumidas por los Estados a través de instrumentos internacionales ambientales de *hard law* en materia de cambio climático y derechos humanos, como lo son la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Acuerdo de París, son de naturaleza progresiva y vinculantes, quedando por tanto obligados, ante la Conferencia de las Partes de la Convención, la comunidad internacional y a lo interno de sus países, a su efectivo y fiel cumplimiento, siendo objeto de control jurisdiccional interno, ante su incumplimiento.” Peña Chacón, M. (2018) Vinculatoriedad de los compromisos de París sobre cambio climático, en *DiarioConstitucional.cl*, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/10/12/vinculatoriedad-de-los-compromisos-de-paris-con-el-cambio-climatico/> (Consultado 02 de agosto de 2022).

25 Estados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Corte IDH (2018) ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf> (Consultado 02 de agosto de 2022)



Por ejemplo, el procedimiento o recurso de amparo o acción de tutela está presente en todas las constituciones políticas latinoamericanas. Se trata de un recurso para proteger los derechos humanos que generalmente puede ser presentado contra actores públicos y/o privados, en cualquier momento, sin patrocinio letrado y sin condena en costas.

En el caso de Colombia, la acción de tutela conocida como *Generaciones Futuras contra Colombia*, fue presentada por 25 jóvenes y en sentencia, la Corte Suprema reconoció el vínculo entre la deforestación, el cambio climático y los derechos humanos, ordenando al gobierno colombiano la protección de la Amazonía.

Esta histórica acción de tutela ha tenido un claro efecto multiplicador, impulsando la presentación de acciones similares en otras jurisdicciones latinoamericanas, como Perú, Argentina, México y Brasil, procesos que en su mayoría, aún se encuentran pendientes de resolución.

## **2.11. Litigios climáticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

En el artículo titulado *¿Hacia un eventual litigio climático? A propósito de la Sentencia Lhaka Honhat vs. Argentina*, la jurista colombiana Natalia Castro Niño<sup>26</sup> menciona que si bien, a la fecha, ninguna instancia internacional ha decidido favorablemente un litigio climático, en la OC-23/17 y en *Lhaka Honhat vs Argentina*, la Corte IDH dejó abierto el camino para futuras decisiones relacionadas con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la crisis climática.

De acuerdo con Castro Niño, a partir de la OC-23/17, la Corte IDH podría declarar la responsabilidad de un Estado por afectaciones al medio ambiente como un interés jurídico en sí mismo, aún ante la “ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”.

A criterio de esta jurista, luego de la sentencia *Lhaka Honhat vs Argentina* y partiendo del supuesto que la Corte IDH mantenga la línea jurisprudencial, esta podría pronunciarse sobre afectaciones a individuos o grupos, incluyendo a las generaciones futuras, generadas por acciones u omisiones estatales que agraven o no atiendan suficientemente las causas y consecuencias del cambio climático.

De esta forma, la Corte IDH no tendría que justificar la violación de derechos consagrados expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tales como la propiedad, la vida o la integridad personal, sino que bastaría demostrar la vulneración del derecho a gozar de un ambiente sano, con fundamento en el artículo 26 de la CADH.

---

26 Castro Niño, N. (2020) *¿Hacia un eventual litigio climático? A propósito de la Sentencia Lhaka Honhat vs. Argentina*, disponible en: <https://www.accolidi.org/post/corte-idh-hacia-un-eventual-litigio-clim%C3%A1tico> (Consultado 01 de agosto de 2022).

Sobre la prueba del nexo causal, para Castro Niño, la sentencia *Lhaka Honhat* parece reducir el nivel de exigencia fijado en la OC-23/17, la cual plantea que la obligación de prevención que se integra al deber de garantía de los derechos (art. 1.1 de la CADH) se aplica respecto de daños ambientales “significativos”, es decir, aquellos que pueden afectar la vida o la integridad de las personas. Mientras que la sentencia *Lhaka Honhat* sugiere, en cambio, que esta obligación implica adoptar medidas efectivas para evitar degradaciones ambientales susceptibles de lesionar otros derechos, como los DESCAs previstos por el artículo 26 de la CADH (derecho al ambiente sano, derecho al agua, derecho a una alimentación adecuada y derecho de participación en la vida cultural).

Por lo anterior, la jurista colombiana sugiere que siguiendo la línea desarrollada en la sentencia *Lhaka Honhat vs Argentina*, bastaría demostrar, que el comportamiento estatal no satisfizo el estándar de debida diligencia respecto de la prevención de una “amenaza ambiental” y que esto generó una degradación de los componentes del ambiente que, a su vez, tuvo un impacto en el modo de vida de una comunidad.

De acuerdo con su razonamiento, el cual suscribimos, la Corte IDH estaría preparada para declarar la violación de los DESCAs ocasionada por el comportamiento de los Estados frente al cambio climático, así como para ordenar medidas de cesación, reparación y garantías de no repetición respectivas.

### 3. CONCLUSIONES

Si bien, en América Latina y el Caribe, a través de litigios climáticos, hemos logrado sentencias favorables que son objeto de estudio en las escuelas de derecho a nivel mundial, como es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Colombia en relación con la Amazonía, el principal desafío que enfrenta nuestra región, ya no es solo obtener sentencias climáticas favorables, sino también lograr su cumplimiento efectivo.

En ese sentido, el control y seguimiento del cumplimiento de las sentencias climáticas juega un rol primordial para alcanzar la tan deseada justicia climática.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

AIDA (2022). Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe, disponible en: <https://litigioclimatico.com/es>

Soro Mateo, B. (2021) Reflexiones sobre la hipótesis de un recurso climático en España, Revista Medio Ambiente & Derecho, número 37, diciembre 2020, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/>

Castro Niño, N. (2020) *¿Hacia un eventual litigio climático? A propósito de la Sentencia Lhaka Honhat vs. Argentina*, disponible en: <https://www.accolodi.org/post/corte-idh-hacia-un-eventual-litigio-clim%C3%A1tico>

- Ortúzar Greene, F. (2022), Litigio climático en América Latina: Lanzamiento de una plataforma regional, disponible en: <https://aida-americas.org/es/blog/litigio-climatico-en-america-latina-y-el-caribe-lanzamiento-de-una-plataforma-regional#:~:text=En%20diciembre%20de%202021%2C%20el,Datos%20de%20Litigio%20Clim%C3%A1tico%20Global>
- Peña Chacón, M. (2021), El Acuerdo de Escazú, un instrumento internacional de última generación, *Lex Difusión y Análisis*, número 312, junio 2021, México.
- Peña Chacón, M. (2022) Estatus Jurídico del ambiente en Costa Rica, *Revista Ivstitia*, número 302, año 26, abril-junio 2022, Costa Rica, disponible en: <https://ivstitia.uci.ac.cr/items/show/2>
- Peña Chacón, M. (2018) Vinculatoriedad de los compromisos de París sobre cambio climático, en *DiarioConstitucional.cl*, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/10/12/vinculatoriedad-de-los-compromisos-de-paris-con-el-cambio-climatico/>
- Torres Schaub, M. (2021) Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: tendencias, oportunidades y obstáculos, *Revista Medio Ambiente & Derecho*, número 37, diciembre 2020, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/>
- UNEP (2020), *Global Climate Litigation Report 2020 Status Review*, disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



---

# **V CONGRESO EN IMÁGENES**

---



## **ACTO DE INAUGURACIÓN**



Acto de Inauguración del V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, con la participación de autoridades del Tribunal Constitucional Plurinacional e invitados especiales.



Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora, Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, durante el Acto de Inauguración del evento.



Palabras de circunstancia a cargo del Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Eduardo Andrés Velandia Canosa.



Panel de Expositoras y Expositores que, en las diferentes jornadas, compartieron sus ponencias en la actividad académica.



## **JORNADAS ACADÉMICAS**



Expositoras y Expositores que participaron en las distintas jornadas académicas del evento.



Participación masiva de la Comunidad Académica en el desarrollo del V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional.



Autoridades del Tribunal Constitucional Plurinacional e invitados especiales de la Universidad Aquino de Bolivia, acompañados de las Expositoras y los Expositores.



Entrega de Material a asistentes presenciales del encuentro académico más importante en materia constitucional del país.



Magistradas y Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, al inicio de la capacitación jurídica en los ejes temáticos.



Afluencia constante de participantes en el Salón Auditorio “Martín Cárdenas” de la UDABOL, con sede en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.



## V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional



Expositores del ámbito nacional e internacional debatieron y analizaron las Corrientes Transformadoras en la Justicia Constitucional.



El Público Académico de Bolivia y el resto de países actualizaron sus conocimientos en tópicos sobre Derecho Convencional, Justicia Digital, Constitucionalismo Ecológico y Derechos Humanos.



Presentación de la “Segunda Edición de la Guía de Jurisprudencia Constitucional y Estándares Internacionales con Relación a los Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código Niña, Niño y Adolescente”, de autoría del Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.



Entrega de la Guía a las y los Participantes del V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional.



Presentación del Libro “Sistemas de Control de Constitucionalidad y el Modelo de Control de Constitucionalidad en Bolivia”, por su autor, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano, Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional.



Comentarios del Libro a cargo del Abogado Constitucionalista y Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Jorge Antonio Asbún Rojas.

## **ACTO DE CIERRE**



Palabras de Cierre del evento, por el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ph.D. Paul Enrique Franco Zamora.



Participantes del V Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, a la conclusión de la actividad académica.





Equipo de Registro de Participantes, Recepción de Asistentes y Protocolo que colaboró durante las jornadas de exposición.



Servidoras y Servidores Públicos del Tribunal Constitucional Plurinacional en el cierre del evento internacional.