

BOLETÍN N.º 03
DERECHO CONSTITUCIONAL Y
PROCESAL CONSTITUCIONAL

**Fundamentos teóricos y perspectiva
comparada para la tutela de los
derechos fundamentales**

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadora:

Bianca Alexandra Zuñiga Siguas

AÑO N.º 02 / ABRIL 2022

Autores de esta edición:

Erick Urbina Lovón

Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

Dilmar Vilena Fernández

Abogado por la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú

Catalina Del Pilar Cardozo Arango

Abogada por la Universidad de Medellín (Colombia)

Henry Eyner Isaza

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiriquí (Panamá)

Fabiola García Merino

Licenciada en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Edgar Garzón Buenaventura

Abogado y Filósofo por la Universidad Libre (Colombia)

Fernando Delgado Alvizuri

Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM

Carlos Antonio Montoya Charris

Director del Centro de Altos Estudios Jurídicos Procesales "CAEJP"

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadora

Bianca Alexandra Zuñiga Sigwas

BOLETÍN N.º 03

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Fundamentos teóricos y perspectiva comparada
para la tutela de los derechos fundamentales

Autores en esta edición:

Catalina Cardozo Arango
Fernando Delgado Alvizuri
Henry Eyrer Isaza
Fabiola García Merino

Edgar Garzón Buenaventura
Carlos Montoya Charris
Erick Urbina Lovón
Dilmar Villena Fernández



2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8302

BOLETÍN DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL
FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y PERSPECTIVA COMPARADA PARA LA
TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

AÑO 02 – N.º 03 – ABRIL 2022

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Cardozo Arango, Catalina
Delgado Alvizuri, Fernando
Eyner Isaza, Henry
García Merino, Fabiola
Garzón Buenaventura, Edgar
Montoya Charris, Carlos Antonio
Urbina Lovón, Erick
Villena Fernández, Dilmar

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zepa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORA:

Zuñiga Siguas, Bianca Alexandra

COLABORADORES:

Anchahua Flores, Valery Rouse
Figueroa Merino, Anyel
Hagei Meza, Mayli Midori
Nolasco Villanueva, Allinson Milagros
Quirhuayo Chumbe, Germán Gonzalo
Sánchez Muñoz, Katherine Sofía

ISSN: 2810-8302

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º XXXXXXXXXX**

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b3-constitucional>

BOLETIN N.º 03

“FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”

I. DIRECTORES:

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I. COORDINADORA:

BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

VALERY ROUSSE ANCHAHUA FLORES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ANYEL FIGUEROA MERINO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MAYLI MIDORI HAGEI MEZA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLINSON MILAGROS NOLASCO VILLANUEVA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GERMÁN GONZALO QUIHUAYO CHUMBE

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

KATHERINE SOFÍA SÁNCHEZ MUÑOZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

ERICK URBINA LOVÓN

Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

DILMAR VILENA FERNÁNDEZ

Abogado por la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú

CATALINA DEL PILAR CARDOZO ARANGO

Abogada por la Universidad de Medellín (Colombia)

HENRY EYNER ISAZA

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Autónoma de Chiriquí (Panamá)

FABIOLA GARCÍA MERINO

Licenciada en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

EDGAR GARZÓN BUENAVENTURA

Abogado y Filósofo por la Universidad Libre (Colombia)

FERNANDO DELGADO ALVIZURI

Magíster en Derecho Constitucional y Derechos
Humanos por la UNMSM

CARLOS ANTONIO MONTOYA CHARRIS

Director del Centro de Altos Estudios Jurídicos
Procesales "CAEJP"



BOLETIN N.º 03
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Constitucional y
Procesal Constitucional

Disponible en:

www.editorialamachaq.com/b3-constitucional

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El Boletín N.º 03 de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional con eje temático “Fundamentos teóricos y perspectiva comparada para la tutela de los derechos fundamentales” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

www.editorialamachaq.com/b3-constitucional

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- Formas de gobierno en perspectiva comparada <i>Erick Urbina Lovón</i>	13
- El contexto de la virtualidad y el aseguramiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos <i>Dilmar Villanueva Fernández</i>	23
- Principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Comparado <i>Catalina del Pilar Cardozo Arango</i>	31
- La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos <i>Henry Eynner Isaza</i>	39
- Los Derechos Fundamentales y el Derecho Internacional <i>Fabiola García Merino</i>	51
- El juez constitucional: poderes, deberes y límites <i>Edgar Fabian Garzón Buenaventura</i>	57

- **La determinación del contenido esencial del derecho fundamental**
Fernando Delgado Alvizuri.....71

- **La Constitucionalización y convencionalización del Derecho Procesal: ¿Solución o quimera?**
Carlos Antonio Monotya Charris.....81

PRÓLOGO

Uno de los fundamentos de nuestra sociedad y Estado de Derecho es la protección de la persona humana y de su dignidad. Esto implica respetar, garantizar y tutelar los derechos de las personas en condición de igualdad y no discriminación, pues consideramos de vital importancia el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y humanos como garantías para un mejor desarrollo y calidad de vida de las personas, así como para un mejor porvenir social del país.

En esa línea, en esta edición hemos aperturado el panorama con un enfoque de derecho comparado para ampliar nuestros conocimientos en la materia y analizar los diferentes enfoques y perspectivas que otros puedan considerar. De esta manera, hemos reunido diversas ponencias vertidas en nuestros eventos académicos para poder proporcionarles a nuestros lectores temas selectos que les permitan repensar y analizar las bases de estos derechos sustanciales.

Así, desde el Área de Derecho Constitucional de AMACHAQ Escuela Jurídica presentamos el Boletín N.º 3 “Fundamentos teóricos y perspectiva comparada para la tutela de los derechos humanos”, el cual recoge diversas ponencias realizadas en Curso Especializado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Litigación de Procesos Constitucionales *“Perspectivas Jurídicas en los derechos fundamentales y litigación en procesos constitucionales”*, el Curso Internacional Especializado en Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales *“Desarrollo de los procesos de tutela de derechos constitucionales: análisis desde la perspectiva del derecho comparado”* y el Curso Internacional Especializado en Derecho Constitucional y

Procesal Constitucional *“Una visión holística de las cuestiones actuales en materia de derechos fundamentales y procesos constitucionales”*.

Este Boletín contiene una serie de artículos que permitirán el estudio de los derechos fundamentales, así como su importancia dentro del ámbito nacional e internacional cuando nos referimos a los derechos humanos; así como un análisis desde el panorama internacional, específicamente latinoamericano.

En primer lugar, abordamos las formas de gobiernos desde la perspectiva comparada con el propósito de lograr un entendimiento acerca de las finalidades que tiene cada Estado según la forma de gobierno que posea. En segundo término, se estudia el aseguramiento de los derechos fundamentales en el contexto de la virtualidad, así como la fundamental tarea de aplicar justicia y protección de derecho a todos en condición de igualdad y no discriminación. Seguidamente se abordarán dos principios esenciales para el cumplimiento de estos derechos, los cuales son el de igualdad y no discriminación —ambos vistos desde el ámbito internacional—.

También, se estudiará desde el ámbito constitucional el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como una posible convencionalización o constitucionalización del Derecho Procesal. Asimismo, consideramos a los jueces piezas fundamentales en el proceso de reparación y/o cumplimiento de las afectaciones a los derechos fundamentales, por ello se analizará los parámetros de su actuación en aras de que puedan cumplir este objetivo de resguardo de los derechos.

Por otra parte, la publicación de este Boletín N.º 3 ha sido posible gracias a los docentes nacionales e internacionales que tan gentilmente han apoyado la producción de este trabajo académico. Hacemos extensivo el apoyo del profesor Erick Urbina León, Dilmar Villena, Catalina del Pilar Cardozo, Henry Eynes Isaza, Fabiola García, Edgar Garzón, Fernando Delgado y Carlos Montoya Charris. De igual manera, agradecemos el trabajo de los colaboradores amachaquinos, el esfuerzo y compromiso de la coordinadora del proyecto, así como a todos quienes contribuyeron y apoyaron esta producción académica.

Esperamos que el presente trabajo académico contribuya una profundización del estudio de los derechos fundamentales, así como de los mecanismos para la real protección y tutela de estos. Esperamos que este trabajo sea un aporte para toda la comunidad jurídica y sea fuente de debate y crítica en pro de la protección y de los derechos fundamentales.

Por último, desde el Área de Derecho Constitucional de AMACHAQ Escuela Jurídica reafirmamos nuestro compromiso de continuar con la difusión del conocimiento en materia constitucional mediante la producción de más trabajos académicos de calidad que orienten y guíen a la comunidad jurídica en beneficio de una sociedad que respete y garantice la igualdad de derechos de todos los ciudadanos.

Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas

Formas de gobierno en perspectiva comparada*

Erick Urbina Lovón**

Universidad Católica de Santa María

SUMARIO: 1. Modos de gobernar según Aristóteles / 1.1. Gobierno de uno/ 1.2. Gobierno de algunos / 1.3. Gobierno de muchos / 2. Cuestiones previas sobre el Estado / 2.1. Elementos del Estado / 2.2. La legitimidad / 3. Teoría política de la división de poderes / 3.1. Teoría de John Locke / 3.2. Teoría de Montesquieu/ 4. Formas de gobierno según la distribución funcional del poder / 4.1. Parlamentarismo / 4.2. Presidencialismo / 5. El caso peruano.

1. Modos de gobernar según Aristóteles

Para lograr comprender a las distintas formas de gobierno que coexisten en la actualidad, se debe acudir a los clásicos, pues influenciaron en estas formas de gobierno contemporáneas vigentes —aplicadas y con adecuación— acorde a su avanzada realidad como al desarrollo del propio Estado y, en ese sentido, es necesario conocer un principio básico que rige en cada gobierno.

Según Aristóteles, es decir, desde una perspectiva griega, había modos de gobernar. Este gran pensador fue pionero al desarrollar formas de gobierno (resaltar que no las llamó como tal ni las desarrolló con la estructura que hoy se conoce) que posteriormente formarían parte de una realidad jurídica palpable. Paralelamente, Aristóteles hizo referencia a la separación de poderes con una doctrina diferente a la moderna.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Internacional Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional “Una visión holística de las cuestiones actuales en materia de derechos fundamentales y procesos constitucionales”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 02 al 05 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctorando en Derecho por la Universidad de Alicante (España). Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima.

Sobre la clasificación de Aristóteles, se deduce que esta se basa en la cantidad y no en la cualidad de los que gobiernan. Así, propone los siguientes modelos: gobierno de uno, gobierno de algunos y gobierno de muchos. Estos modelos tendrían su antípoda dependiendo de si la persona gozaba de virtud —entendida como el buen vivir— con motivo de reflexión por los griegos, y de si la persona padecía de un vicio —una ausencia de virtud, es decir, el mal vivir—; entendiendo que los gobernantes son seres humanos y por ende se acompañaban de virtud o vicio.

1.1. Gobierno de uno

Según Aristóteles, cuando una única persona gobierna con virtud se estaría viviendo una monarquía; sin embargo, si el mando se ejerce con vicio es que se aplicaría una tiranía.

Siguiéndose la línea de lo previsto por el sabio griego, es que el absolutismo aparece en el siglo XV —desarrollándose por dos siglos más— y tuvo mayor presencia que los Estados sociales-democráticos. Este absolutismo surge con una gran aceptación popular y un respaldo teórico-jurídico como fue el del tratadista Hobbes¹; entre tanto, esta aceptación fue porque, entre otras notorias cualidades, algunos reyes gozaban de la virtud en su tiempo de mandato; por ende, perduraron en ese sistema hasta que fueron desplazados por una tiranía que determinó su fin como modelo puro.

1.2. Gobierno de algunos

En relación al gobierno de algunos, Aristóteles precisó que se compuso por un grupo de pocos selectos gobernantes virtuosos forjadores de una aristocracia; no obstante, al trasladarse su virtud a un vicio es que se transformaría el gobierno a una oligarquía.

En la actualidad, no se puede afirmar que en el mundo existen gobiernos aristocráticos de manera pura, pero sí existen algunos rezagos de la aristocracia como forma de gobierno que perdura en sistema como la monarquía inglesa —sin suprimir su carácter demócrata y parlamentario— pues mantiene una Cámara de los Lores a la cual se accede por privilegio de nacimiento y no mediante votación popular.

Ahora bien, ¿qué sistema de gobierno tiene el Papado? Sin hacer juicio valorativo sobre el dogma teológico y lo que representa para creyentes católicos, al encasillar en lo político es que existiría una monarquía ab-

¹ El inglés Hobbes fue uno de los principales ideólogos y un conocido defensor acérrimo del absolutismo, por lo que su pensamiento ayudó a plasmar conceptos y teorías aplicadas de manera política y filosófica.

solutista pues no hay injerencia alguna en el gobierno (probablemente, la última monarquía absolutista aún subsistente en Europa) y a su vez lo acompaña un reducto grupo de cardenales que eligen al “sucesor de Pedro” conformando así una suerte de aristocracia (en medida que eligen al Papa y lo acompañan).

1.3. Gobierno de muchos

Finalmente, aparece un gobierno cuantioso en el cual muchos ejercen poder y si es con virtud, se configuraría una república, mientras que con la presencia de vicio pasaría a conformarse una democracia. A manera de explicar el porqué de una democracia viciada (la cual al parecer promete ser el mejor modelo) es de resaltar que, en la época griega de Aristóteles, esta democracia es distinta de la cual tenemos conocimiento en el presente. La democracia antigua tuvo una formulación, composición y principios distintos en esencia a los de la democracia contemporánea.

2. Cuestiones previas sobre el Estado

2.1. Elementos del Estado

¿Qué se entiende por Estado? En breves palabras, es una forma de organización jurídica y política a la vez que se compone por tres elementos (deben concurrir, en conjunto, estos para que se constituya un Estado).

El primero de los elementos constitutivos del Estado es el territorio, entendido como todo aquel espacio donde rige la soberanía estatal —la propia ley del Estado— que alberga de más (subsuelo, sobresuelo o navíos que posean la bandera nacional de un Estado). El segundo elemento es la población el cual muchas veces se iguala a nación, pues como manifestó Emmanuel-Joseph Sieyès² se podía reducir a estos dos en una misma sola figura; lo cierto es que añadió el hecho de que para ser parte de una nación había que compartir elementos vinculativos, y en sí, se podría distinguir a los dos conceptos de manera apartada para concluir que una sola individualidad presente en un espacio —ya sea físico, geográfico u otro— no determina que una población pertenezca a tal nación pues es la suma de individualidades la que al congregarse vínculos y objetivos comunes construye una verdadera nación (figura que desarrolló el esquema teórico preponderante de la Revolución francesa y dio origen al Estado contemporáneo). Finalmente, el tercer elemento constitutivo es el poderío, entendido como una legitimidad para ejercer la fuerza.

² Sieyès fue un académico notable de nacionalidad francesa el cual además de desarrollar la teoría población-nación se refirió a la teoría del poder constituyente, poder constituido, el tercer estado y el pueblo como soberano; siendo un notable estudioso que contribuyó a la Teoría del Estado en general.

2.2. La legitimidad

Max Weber forjó la idea de que el Estado es el ente encargado de usar la fuerza de manera legítima, exclusiva y excluyente. Hasta hoy —y de manera continua hacia el futuro— es que el Estado se ubica como un ente que tiene el monopolio de la fuerza, de manera legítima.

Sobre la legitimidad mencionada es que también se puede desprender elementos que la comprenden. Según Weber, existen tres tipos de legitimidad: tradicional, carismática y racional (o también llamada legal). Por un lado, la legitimidad tradicional es aquella obtenida a partir de preceptos históricos que se mantienen y generan obligación con vinculación (entendida de esta manera, la sucesión del primogénito del rey). Asimismo, la legitimidad carismática se logra a partir de un carisma o simpatía —además de conciencia de identidad que genera una persona con su pueblo— y se plasma en personajes conocidos como el mismo Papa (líder político-religioso), Winston Churchill, Mahatma Gandhi, Nelson Mandela, y entre otros. Además, el último tipo de legitimidad que es racional, siendo esta la forma más usada y validada pues se legitima de poder quien ha sido elegido en un proceso legal previsto (como una elección de manera directa o indirecta, así como a través del Parlamento).

3. Teoría política de la división de poderes

El Estado empezó siendo absolutista y luego liberal hasta conformarse uno social-democrático; pero en sí, termina de solidificarse cuando incorpora el principio de separación de poderes (inicialmente entendido como teoría o propuesta) hasta considerarse como un principio propiamente.

Son tres los tratadistas que desarrollaron con profundidad y rigor las teorías políticas de división de poderes, siendo el primero Aristóteles (que probablemente influyó en el pensamiento de Locke y de Montesquieu), y aunque no manifestó exactamente una división del poder sí clasificó a la manifestación del poderío en tres maneras (deliberación, mando y justicia).

3.1. Teoría de John Locke

En la modernidad, desde las Islas Británicas es que John Locke empezó a desarrollar de manera profunda a la separación de poderes (mucho antes que Montesquieu) y consideró tres: legislativo, ejecutivo y federativo. Si bien es cierto no se pensó en un poder judicial (no se sabe el porqué), no negó que este existiera por lo que subsumió este en la función ejecutiva tal vez porque los jueces ingleses administraban justicia en nombre del monarca, el cual formaba parte del Ejecutivo.

Locke fue el segundo contractualista, pues el primero fue Hobbes. Este último, de una manera trágica, afirmó que el hombre en su estado de naturaleza es malo por lo que debía presentarse una "bestia" llamada Leviatán que administre el poder y tenga la fuerza para evitar abusos; en resumen, promueva la seguridad. El Estado hobbesiano se mantiene en muchas realidades y en distintos escenarios dado que esta necesidad de un ente que proporcione seguridad aun renunciando a determinadas libertades en aras de la seguridad es algo visto en el mismo caso peruano donde a partir de una emergencia sanitaria es que el Estado limita algunos derechos por la salud.

La posición de Locke es intermedia comparado a Hobbes y Rosseau (este último afirmó que el hombre era bueno en esencia); en efecto, aseguró que el hombre no era malo por naturaleza, sino que al momento de interactuar en la sociedad es que era tentado a provocar actos malos y habría que castigarlo por ello. Este liberal vertió la necesidad de tener un Estado fuerte que genere seguridad, ayude a mantener la propia estabilidad y custodie la propiedad.

Locke fue tajante al decir que el Poder Legislativo no debía tener la función de legislar pues este es el poder supremo del Estado frente al Ejecutivo y Federativo. La posición mencionada es algo que hasta hoy se mantiene pues en el modelo parlamentario su primera función es la del control del que legisla para gobernar. Asimismo, el fundamento de este enunciado sobre la no legislación parlamentaria es que no es conveniente pues al ejercer la actividad legislativa se puede suprimir las consecuencias que conlleve aquello que mandará en las leyes.

La propuesta de John Locke, consideraba que el Parlamento no sesione permanentemente, sino que sea esta una labor circunstancial (una suerte de Consejos Regionales o Municipales donde sus integrantes trabajan en distintas actividades que ejercían antes de ser elegidos) y solo cuando se presente la necesidad de controlar es que se reúnan y actúen excepcionalmente. En cambio, el Ejecutivo sí debe actuar constante y permanentemente para gobernar a partir de las leyes; mientras tanto, el tercer poder (federativo) cumple funciones como firmas la guerra y la paz, evitar que exista algún tipo de trasgresión internacional, mantener la soberanía del territorio estatal, entre otros.

3.2. Teoría de Montesquieu

Montesquieu plantea ideas sobre la división de poderes después de estudiar

a Locke y analizar su exitosa propuesta implementada trasladándolas a la realidad francesa; por ende, realizó una división distinta —no del todo— pero distinta en medida que menciona de manera puntual al Poder Judicial. Para Montesquieu las funciones del Estado podían separarse en tres: legislativa, ejecutiva y judicial (las cuales no podían colisionar entre ellas y representen a su vez un poder). Un Parlamentarismo para Montesquieu era inconcebible porque el gobierno nace del Parlamento; sin embargo, sí era posible entender al Parlamentarismo desde la perspectiva de Locke. No es sorpresa que en el célebre libro “La democracia en América” de Alexis de Tocqueville³ el autor mencione que, la inspiración de tal sistema de gobierno presidencial fue la situación caótica francesa que no planeaban repetir por lo que se guiaron de la división de poderes hecha por Montesquieu.

Entonces, el presidencialismo se organiza —principalmente— a raíz de la propuesta de Montesquieu⁴; sin embargo, las ideas planteadas serían incorporadas en Francia no de manera pura —patrón repetido a nivel europeo— pues probablemente la propuesta de Locke tuvo mayor alcance (probablemente porque subsiste de buena manera una tradición monárquica. Al respecto, García-Trevijano⁵ (jurista reconocido además de controversial) se refiere a la corrupción, pero profundizando en este aspecto, es que menciona datos interesantes sobre cómo la no incorporación propiamente de la teoría separación de poderes de Montesquieu suscitó algunas consecuencias criticables en la Europa continental. Es decir, según su postura, hay dificultades cuando se entremezclan algunas posturas o teorías como la de Locke y la de Montesquieu determinando un escenario fatídico.

4. Formas de gobierno según la distribución funcional del poder

4.1. Parlamentarismo

Este sistema es el que existió primero y fue implementado en gran cantidad de países. Se caracteriza por presentar un Ejecutivo dualista, pues, por un lado, se encuentra el jefe de Estado que representa a la nación y de acuerdo al régimen de su país se le dará mayor o menor potestad, mientras que por otro lado existe un jefe de Gobierno presente. El jefe de Estado además de representar a una nación, es la razón de la estabilidad necesaria para la ausencia de caos pues, como se sabe, en regímenes como el británico

³ Alexis de Tocqueville fue un jurista francés sobreviviente de la Revolución francesa (perseguido por ser un noble aristócrata) que se trasladó de París a Norteamérica para analizar a la democracia americana nacida con una nueva estructura de forma de gobierno desconocida para Europa.

⁴ La propuesta en mención se plasmó en “El espíritu de las leyes” de Montesquieu en 1748.

⁵ Para el párrafo en mención, se tuvo como referencia el coloquio de Antonio García-Trevijano sobre la “Corrupción Política” llevado a cabo el 20 de enero del 2013.

hay un jefe de Estado con un extensivo simbolismo fundamentado por una narrativa orquestada por el pueblo manteniendo así a la figura del monarca. Y si de comparar países se trata, en el Estado Federal alemán, se exige al jefe de Estado que cuando asuma funciones sea poseedor de una total imparcialidad, es decir, se le pide renunciar a su partido. Además, este jefe De Estado luego de promulgar leyes no puede nunca observarlas.

El poder del Legislativo en el Parlamentarismo es mayor al que tiene el Parlamento en el Presidencialismo. En el Parlamentarismo, se afirma con toda naturalidad que el primer poder del Estado es el Parlamento dado que el gobierno surge de y por este. Si bien es cierto, el Gobierno se conforma por el líder del partido político con mayor votación en elección parlamentaria, para poder conformar este Gobierno lo ordinario es que se convoque a otras fuerzas políticas que consiguieron escaños parlamentarios y se unan al proyecto del líder elegido obligándose este a otorgar parte del poder al que se aspira a fin de conformar un Gabinete Ministerial.

Es propio que en el Parlamentarismo se llame "ministro" al encargado de una Cartera porque será el que represente al Ministerio y no al pueblo, dado que quien nombra al ministro es el Parlamento que a su vez es representante del pueblo y es por este que hay un representante al que se le otorgará el voto de investidura. Para que se pueda conformar el gobierno es necesario que el Parlamento valide su plan de gobierno en consecuencia de que los ciudadanos son representados por el Parlamento mismo mas no se puede afirmar que ha ganado el plan de gobierno del partido con más votos. Entonces, es indispensable que todos los ministros den el refrendo de sus actos de gobierno, asumir individualmente y firmar su responsabilidad; resaltando que el monarca nunca podrá ser responsable.

La relación entre el Congreso y el Gobierno se dará de una manera amplia. Por ejemplo, el voto de investidura va a permitir que se conforme un Gobierno y será investido de poder para gobernar. También es de mencionar el voto de censura como una figura de control político surgida en Inglaterra —de la Pre-Segunda Guerra Mundial— y aún persiste, permitiendo que el Parlamento pueda cuestionar a algún ministro (incluyendo al primer ministro) dado que no hay confianza y se desapruueba alguna de sus políticas de gobierno, dando paso así a que se reconformen las fuerzas presentes. Así mismo, coexiste el voto de confianza (origen francés), entendiendo de manera muy natural que en un Parlamentarismo es el Jefe de Gobierno el que puede plantear una cuestión de confianza para que alguno de sus proyectos de ley o iniciativa legislativa sea aprobado por el Parlamento sin que se añada alguna modificación; sin embargo, esta figura se usa muy poco pues al plantarse la cuestión de confianza hay una consecuencia por la

negatoria de esta, entonces se disuelve al Parlamento para conformar uno nuevo y puede que esta nueva constitución parlamentaria prefiera nombrar un nuevo Jefe de Gobierno (tiene que estar seguro de que cuenta con respaldo popular).

Como punto aparte, para cuidar al jefe de Gobierno como mandatario es que después de la Segunda Guerra Mundial se creó la censura constructiva (aplicada por alemanes, españoles e italianos) para que, si en un supuesto que censure al primer ministro, exista la obligatoriedad de presentar a un sustituto para asumir el cargo y evitar un “vacío de poder”. En consecuencia, de esta censura al primer ministro, se debe sumar nuevos votos para un nuevo gabinete, pero si estos no se consiguen probablemente se procesa a la disolución de la Cámara Parlamentaria a fin de conformar una nueva y volver a medir las fuerzas de conformación de Gobierno. Finalmente, la interpelación se considera como un mecanismo muy usado, además de ser conocido pues Winston Churchill fue interpelado más de 18 veces.

4.2. Presidencialismo

Es una forma de gobierno basada en la propuesta de Montesquieu, pues en esta no existe un primero poder del Estado —ni segundo ni tercero— sino que todos cuentan con un mismo nivel jerárquico, además de poseer cada uno sus funciones o facultades que ejercerán acorde a lo que mande su Constitución. El primer modelo aplicado es referente a los Estados Unidos de Norteamérica en el cual se busca separar de manera clara y tajante a los tres poderes que emanan del Estado. Si se caracteriza al presidencialismo, este tiene un Ejecutivo monista pues el jefe de Estado es a su vez el jefe de Gobierno y tiene un poder mucho mayor al jefe de Gobierno propio de un Parlamentarismo; este jefe propone y dispone a sus secretarios encargados de cada Cartera (no se les llama ministros).

Sobre la relación Congreso-Gobierno, esta es más por interdependencia en coordinación. A diferencia del Parlamentarismo (en el cual si el Parlamento aprueba algo es ley y punto), en el modelo presidencialista el presidente puede ejercer el veto legislativo con lo que el proyecto de ley aprobado por el Parlamento se archiva. Entonces, el Legislativo tendrá facultad de legislar y no la delega al presidente, pero ambos se necesitan mutuamente en un diálogo continuo, permanente y fluido para poder gobernar (siendo necesarias las leyes); sí se puede vetar, pero puede que se genera como respuesta una hostilidad parlamentaria para aprobar otras leyes que le interesen al Poder Ejecutivo. Asimismo, el Parlamento puede usar una figura muy singular y poco aplicada como es el impeachment, conocido como un juicio político al presidente para destituirlo (no es vacancia) que obviamente

te, debe tener causales, así como un procedimiento que termina cuando se reúnan los votos necesarios favorables por parte de las dos Cámaras.

5. El caso peruano

El modelo nacional tiene un contenido de Presidencialismo como de Parlamentarismo. Por esencia es presidencialista en medida que el jefe de Gobierno —que además es jefe de Estado— se elige de manera directa (no del Parlamento) por los ciudadanos en voto popular y este tiene potestad tanto de nombrar a sus ministros como de destituirlos. En resumen, la forma adoptada en Perú es una mixtura que, teniendo un presidente, a su vez cuenta con un Gabinete de Ministros con facultad de gobernar aunque el jefe de Gobierno siga siendo el presidente, asimismo el Gabinete debe refrendar los actos de gobiernos (al firmar decretos, resoluciones, entre otros).

Acercando el caso peruano al modelo parlamentarista, es de resaltar que el gabinete debe acudir al Parlamento para pedir el voto de confianza (presente en la Constitución de 1933 no con el nombre de “voto de investidura”) y las consecuencias son las mismas que en la cuestión de confianza (negada dos veces, se puede disolver el Parlamento). Como una crítica, se ha planteado si es necesario el voto de confianza o bastaría solo con una exposición del plan de gobierno pues en el Presidencialismo se entiende que al ganar una persona la elección presidencial se considera obvio que su plan de gobierno ha sido aprobado por la población.

El Poder Ejecutivo tiene iniciativa legislativa e incluso de reforma constitucional, así como puede ejercer una suerte de veto legislativo no aplicado puramente pues, aunque el presidente observe algunas iniciativas legislativas o autógrafas de ley aprobadas por el Congreso, este mismo puede aprobarlas por insistencia como la Ley de Desarrollo Constitucional que regula la cuestión de confianza (caso peruano).

En territorio nacional se incorporó todos los mecanismos políticos que son propios del Parlamentarismo —sin ninguna excepción— tales como el voto de censura, voto y cuestión de confianza, la interpelación, acusación constitucional o antejuicio político, la comisión de fiscalización y contraloría, revisión de las facultades delegadas al Ejecutivo por parte del Legislativo, así como la figura de disolución parlamentaria. Todo lo mencionado no es producto de la Constitución sino de la experiencia buena y mala que se tuvo de los distintos gobiernos y también de las doce constituciones peruanas (contando la vigente) pues muchos de estos mecanismos se incorporaron de manera paulatina ya sea en la forma de gobierno peruano como

a nivel latinoamericano que más figuras de Parlamentarismo ha venido incorporando.

A nivel mundial, Francia es el modelo por excelencia por el cual se han absorbido mecanismos como la disolución parlamentaria; sin embargo, en el país europeo esta disolución es prohibida en el primer año de gobierno a diferencia del Perú que prohíbe esta, en el último año de mandato. La intención del planteamiento francés fue forjar una suerte de cohabitación; no obstante, esto no se logró en el caso peruano y es que es necesario comprender que el modelo actual está sometido a una evolución, así como un proceso de revisión.

El deseo por una reforma constitucional que contemple las figuras que emplea el sistema híbrido nacional sin abandonarlo es constante, además que países como Colombia, Ecuador y Chile con su nueva constitución tienen como referencia la situación nacional para seguramente incorporar algunos elementos parlamentaristas.

El contexto de virtualidad y el aseguramiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos*

Dilmar Villena Fernández Baca**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Conceptos del constitucionalismo digital / 3. Relación de los derechos fundamentales y las TIC / 4. Derecho al olvido / 5. Estrategia procesal constitucional para tutelar el “derecho al olvido” / 6. Derecho de acceso a la información pública / 7. Derecho de acceso a internet / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

La problemática a desarrollar es sumamente actual ya que se encuentra enmarcada en el contexto actual que surge a partir de la pandemia por COVID-19. Es en este marco donde el constitucionalismo digital, entendiéndolo como el ámbito de estudio del Derecho Constitucional que tiene como objeto el entender el ejercicio de derechos fundamentales en un entorno virtual (o a través de Internet), se ve potenciado. De este modo, el ejercicio de los distintos derecho laborales, del derecho a la educación, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la asociación, del derecho a la salud, entre muchos otros, constituyen un “amalgama de derechos” migrantes hacia los contextos digitales. La óptica del presente trabajo gira en torno a entender el fenómeno de la digitalización de distintos derechos desde una perspectiva constitucional.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Constitucional y Litigación en Procesos Constitucionales: “Perspectiva Jurídica de los Derechos Fundamentales y Litigación en Procesos Constitucionales”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 14 de marzo al 17 de marzo del 2022.

** Abogado por la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú especialista en derechos digitales. Director Legal en Hiperderecho. Exmiembro del Equipo de Investigación de Gaceta Constitucional. Miembro de las asociaciones de Derecho Constitucional: Perspectiva Constitucional (Coordinador General en el 2019) y de Constitucionalismo Crítico.

2. Conceptos del constitucionalismo digital

En los últimos diez años, se han desarrollado cuatro concepciones o definiciones de los entenderíamos como constitucionalismo digital:

- Es una construcción supraestatal y extrajurídica.

Según esta concepción, el constitucionalismo digital alude a cómo las grandes empresas transnacionales (como Facebook, Google, etc.) que exceden los ámbitos del Estado, están fuera de su alcance de modo que la regulación jurídica estatal desde una perspectiva clásica del Derecho Constitucional no es suficiente para abarcar dicho fenómeno. Por lo tanto, el constitucionalismo digital abarcaría el concebir como fenómenos constitucionales todos aquellos actos, más allá de las fronteras estatales, tendientes a delimitar el ejercicio del poder en instancias transnacionales. Utilizan este método de ANÁLISIS DEL constitucionalismo digital autores como GRABER¹; SANTANIELLO, PALLADINO, CATONE Y DIANA².

- Es un medio de articulación del poder privado en espacios digitales:

Esta propuesta, desarrollada principalmente por SUZOR³, plantea que el constitucionalismo digital aborda la problemática de las plataformas (como Facebook, Twitter, Youtube, etc) cuando estas pretenden regular el contenido publicado o compartido en estas. Esto, desde el ámbito del ejercicio del poder privado. Es decir, estas plataformas, al momento de acceder a ellas, proponen una serie de Términos y Condiciones que el futuro usuario decide si aceptar o no. Es en estos Términos y Condiciones que la plataforma, como empresa, ejerce su poder privado para determinar qué contenido es aceptable o no en esta.; por ejemplo: se puede realizar un post o compartir libremente, pero cuando tiene un contenido sexual o de violencia explícito, será bloqueado o retirado por la plataforma.

- Como conjunto de instrumentos tendientes a establecer una declaración de derechos en Internet.

Es decir, se entiende al constitucionalismo digital como el conjunto

1 Ver GRABER, Christoph. Loc. Cit.; y GRABER, Christoph. “Bottom-Up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality”. I-call Working Paper No. 01, Zurich: Universidad de Zurich, 2017, p. 10.

2 SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela y DIANA, Paola. “The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments”. The International Communication Gazette, Vol. 80(4), 2018, pp. 320-336.

3 SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism and the Role of Rule of Law in the Governance of Virtual Communities, Tesis para optar por el grado de PhD, Queensland University of Technology, 2010.

de iniciativas tendientes a articular un grupo de derechos, normas de gobernanza y limitaciones del ejercicio del poder público en Internet. Esta propuesta es desarrollada principalmente por GILL, REDEKER y GASSER⁴.

- Es una ideología o rama del Derecho Constitucional.

Este concepto, desarrollado por CELESTE⁵, entiende al constitucionalismo digital como una ideología que tiene como objetivo el establecer y asegurar la existencia de un marco normativo de protección de derechos fundamentales y de limitación del poder en el entorno digital.

De las anteriores propuestas, nos sumamos a la planteada por CELESTE⁵, en el sentido que entendemos que el constitucionalismo digital como la rama del Derecho que estudia la limitación del poder en los entornos digitales y el ejercicio de derechos fundamentales. No obstante, consideramos que es necesario el tener en cuenta, dentro del marco de lo que sería el constitucionalismo digital, la utilización de criterios y técnicas interpretativas de los entornos digitales para brindar respuesta a conflictos iusfundamentales que abarquen la problemática digital.

3. Relación de los derechos fundamentales y las TIC

Para responder a la pregunta: ¿cómo se relacionan los derechos fundamentales y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)?, el análisis parte en identificar que existen tres formas principales en las que se relaciona un derecho fundamental con la tecnología. Primero, un derecho fundamental se presenta como una simple manifestación de un derecho fundamental existente pero que se ejerce en entornos digitales. Por ejemplo, el realizar una opinión en la plaza pública implica ejercer el derecho a la libertad de expresión; del mismo modo, ejercer el mencionado derecho en el ámbito digital, sería el publicar un comentario en Facebook.

Una segunda forma en la que se relacionan las TIC y los derechos fundamentales, es que la tecnología incorpora contenidos adicionales a un derecho fundamental previo. Por ejemplo, en lo referido a la libertad de expresión e inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, cabría preguntarnos si el poder encriptar la comunicación es parte de los mencionados derechos. Al utilizar WhatsApp encriptamos nuestras comunicaciones;

⁴ GILL, Lex; REDEKER, Dennis y GASSER, Urs. “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights”. Berkman Center Research Publication ,No. 2015-15.

⁵ CELESTE, Edoardo. “Digital constitutionalism: a new systematic theorization”. International Review of Law, Computer & Technology, 2019

sin embargo, el ¿Estado podría prohibir la encriptación de las comunicaciones? ¿Es parte de este derecho el realizar encriptado? Estaríamos, pues, ante un supuesto en el que la tecnología añadiría un contenido adicional a un derecho fundamental preexistente: en este caso, la encriptación.

La tercera forma de relacionamiento de los derechos fundamentales con la tecnología es que esta última genera el reconocimiento de nuevos derechos. Esto es a lo que se llamaría derechos digitales en sentido estricto. Es decir, estamos ante un supuesto en el que se torna necesario el reconocimiento de un derecho fundamental nuevo y distinto de los anteriores, como sería el caso del derecho de acceso al internet. Este no encajaría en el contenido de otro derecho fundamental preexistente; en efecto, implica un nuevo y distinto derecho pues surge con la tecnología.

4. Derecho al olvido

El derecho al olvido surge de un derecho fundamental previo: derecho a la protección de datos personales o, como lo denomina el Tribunal Constitucional, la autodeterminación informativa. En su contenido se entiende, de manera general, que se encuentran los denominados derechos “ARCO” (acceso, rectificación, cancelación y oposición). A grandes rasgos, se puede afirmar que todas las personas tienen derecho al control sobre sus datos personales, los cuales son cualquier información que identifica o hace identificable a una persona (pueden ser: el DNI, nombres y apellidos completos, una foto, número celular, el grupo sanguíneo, afiliación política, la voz, etc.). Así, podríamos afirmar que, el primer derecho, en el marco de la protección de datos personales, que nos permitiría ejercer otros derechos sería el derecho de acceso. Esto, pues, para conocer qué datos personales tiene una persona jurídica (pública como privada) sobre uno es necesario, en primer lugar, lograr acceder a la base de datos que esta maneja. Si estos fueran incorrectos, en uso del derecho de rectificación, se podría cambiar la data errónea y actualizarla; si la persona considera que no hubo autorización para el uso de sus datos personales, en ejercicio de su derecho de cancelación, podrá ordenar la eliminación de aquella data y así con los otros contenidos del derecho a la protección de datos personales.

De otro lado, contamos con el derecho al olvido, cuyo contenido implica la exclusión de resultados de búsqueda de un navegador debido a que la información que muestra sobre una persona es irrelevante, perjudicial o desactualizada. Con este derecho se busca la desindexación de un resultado, es decir, la desvinculación del índice de resultados referidos a una persona de los motores de búsqueda en una plataforma o página web (puede ser: Google).

Esto último se diferencia de la baja de contenido o censura de contenido. Es decir, el así llamado derecho al olvido, bajo ningún supuesto, autorizaría a que se ordene eliminar cierto contenido publicado en una página web. Por el contrario, únicamente abarca lo relacionado a los motores de búsqueda: bajo el derecho al olvido no se podría requerir a El Comercio que elimine una nota periodística de su portal web, pero sí se podría requerir que se excluya de los resultados de búsqueda de Google el enlace que dirija a dicha nota periodística.

5. Estrategia procesal constitucional para tutelar el “derecho al olvido”

Partamos de un caso hipotético: una persona dedicada a la venta de automóviles, como vendedor desea que cuando lo busquen en una plataforma no aparezca información desactualizada como puede ser la publicación de artículos de investigación periodística pasados. Él desea que se observe prioritariamente su relación con los autos que vende, de lo contrario, se vería afectado en el correcto desempeño de su actividad económica.

Por lo referido en el apartado anterior, ¿el derecho al olvido conformaría uno de los derechos ARCO? Desde nuestra posición, ello calza en el contenido del derecho de cancelación o, de acuerdo al caso, del derecho de oposición. De esta manera, la estrategia procesal constitucional a utilizar es la del proceso de hábeas data, lo cual implicaría el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, en relación a los derechos aludidos (cancelación y oposición). La cuestión problemática en estos casos, en lo que a Derecho Constitucional se refiere, giraría en torno a balancear y delimitar el derecho a la libertad de expresión e información y el así llamado derecho al olvido.

6. Derecho de acceso a la información pública

De acuerdo a la Constitución y la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, el derecho en cuestión está reconocido en el art. 2.5 de la Constitución Política del Perú e implica, a grandes rasgos, el derecho de la persona a solicitar, sin expresión de causa, la información que esté en poder o control del Estado. Este último está en la obligación de dar respuesta a las solicitudes dentro del plazo legal previsto y, en caso sea denegado, deberá ser justificado conforme a lo dispuesto por ley.

En el contexto de cuarentena, en los dos últimos años de pandemia, muchas labores de la Administración Pública pasaron a realizarse por vías digitales. Ante una solicitud del derecho de acceso a la información pública

hecha mediante Internet, ¿estaríamos ante la adaptación de un derecho fundamental previo o estaríamos ante un nuevo derecho? En mi opinión, es el ejercicio de un derecho fundamental previo (de acceso a la información pública) por vías digitales. Por lo tanto, la negativa de dar respuesta a una solicitud presentada por Internet se tramitaría mediante el proceso de hábeas data.

7. Derecho de acceso a internet

Este derecho posee un contenido propio, el cual significaría que el Estado brinde facilidades de acceso a Internet con tarifas diferenciadas por proveedores o por zonas⁶. No es una simple manifestación de un derecho fundamental previo, no existe una situación jurídica anterior que se asimile.

Del mismo modo, no incorpora un contenido adicional al derecho de protección de datos personales o de autodeterminación informativa y es un derecho nuevo como tal. En la realidad, los nuevos contextos tecnológicos hicieron que los estudiantes y trabajadores migren a un contexto virtual para desarrollar sus actividades. En la medida que, por ahora, estamos frente un derecho innominado, su vulneración se tutelaría a través del proceso de amparo. Este se dividiría en dos fases: argumentar que el derecho de acceso a Internet es un derecho fundamental innominado delimitando su contenido y, posteriormente, argumentar cómo este derecho ha sido afectado.

A modo de conclusión, los mecanismos para tutelar los derechos fundamentales en entornos virtuales tendrán éxito en la medida que se identifique correctamente si el derecho en cuestión es un derecho preexistente, un contenido adicional de otro derecho o estamos ante un nuevo derecho fundamental. Ello determinará la vía procesal idónea para su tutela.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Cómo se manifiesta el impacto diferenciado de la virtualización en el acceso a la justicia respecto de las personas vulnerables?

Respecto de las brechas digitales, los grupos históricamente vulnerados poseen aún mayores dificultades con las herramientas de conexión. Por ello, resulta clave verificar y determinar los orígenes de las brechas digitales que pueden ser de diversos tipos: brecha digital de género, en tanto está documentado que los hombres acceden mayoritariamente al internet

6 Para más, revisar: VILLENA, Dilmar. “Derecho fundamental de acceso a internet: Un acercamiento preliminar a sus contenidos”. Julio, N° 163, pp. 194-204, 2021.

en comparación con las mujeres; brecha digital generacional, en razón de que los jóvenes y niños actualmente tienen facilidad de manejo y uso de la tecnología; brecha digital geográfica; entre otros. Así, una vez identificado el origen de la brecha a cuestionar, se argumentaría que es deber del Estado cerrar estas brechas en virtud del principio de igualdad.

Principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Comparado*

Catalina Del Pilar Cardozo Arango**
Universidad de Medellín

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Marco jurídico internacional y latinoamericano / 3. El caso colombiano y la Constitución Política de 1991 / 4. Contexto político colombiano actual / 5. Reconocimiento al principio de igual y no discriminación en Colombia / 6. Las poblaciones vulnerables colombianas y la necesidad de proteger su derecho a la igualdad y no discriminación.

1. Introducción

El principio, valor y derecho fundamental a la igualdad y no discriminación se encuentra en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Este principio debe interpretarse, aplicarse y ejecutarse de acuerdo a los distintos contextos respetando siempre los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, por ello es importante recurrir al Derecho comparado e identificar cómo es que los cuerpos jurídicos han ido cambiando con el pasar de los años alrededor del mundo.

El caso colombiano cuenta con matices muy importantes, por lo que conocer su desarrollo histórico y su político contexto actual resulta enriquecedor para conocer más acerca de cómo ha ido evolucionando el principio de igualdad y no discriminación.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Internacional Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional “Una visión holística de las cuestiones actuales en materia de derechos fundamentales y procesos constitucionales”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 02 al 05 de noviembre del 2021.

** Abogada por la Universidad de Medellín (Colombia). Experta en Derecho de las Familias, género, sexualidades diversas, discapacidad, enfoque diferencial, entre otros. Abogada litigante por más de 14 años y asesora de múltiples entidades públicas y privadas. También es docente universitaria e investigadora en varias universidades de Colombia. Además, es conferencista internacional.

2. Marco jurídico internacional y latinoamericano

Tenemos un sistema internacional de derechos humanos en donde, por supuesto, Perú, Colombia y los demás países de Latinoamérica han suscrito y además ratificado en los ordenamientos jurídicos. Allí se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU del año 1948 que responde de manera universal a lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial y a lo que los historiadores han llamado “el holocausto nacional-socialista o nazi”.

Después de esto derivan el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Protocolos facultativos sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios. Estos son los convenios internacionales a nivel ONU.

A nivel de Latinoamérica se tiene un tratado especial: la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual proviene de la OEA.

Se tiene —por un lado— los tratados, convenios, pactos, protocolos facultativos y más, pero también se tiene la propia Convención Americana. Esto es lo que se conoce hoy como el Derecho Convencional porque es —precisamente— el derecho de los convenios o tratados internacionales sobre Derechos Humanos que una vez que los diversos gobiernos suscriben tratados a través de sus ministros de relaciones exteriores o cancilleres o directamente con sus jefes de Estado, de Gobierno o presidentes, al llegar a nuestros Estados han sido ratificados por el Congreso o Parlamento. Una vez suscritos y ratificados forman parte de nuestros ordenamientos jurídicos internos; por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento, no solamente por los estados en comunidad, sino también por los Estados (hacia adentro) es decir, son norma jurídica interna.

3. El caso colombiano y la Constitución de 1991

En particular, en el caso colombiano se tiene el artículo 93, el cual dice lo siguiente: “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”. Esta expresión es de trascendental y radical importancia puesto que dice que todos los tratados y los convenios internacionales ratificados y suscritos (la formalidad) sobre derechos humanos (la sustancia) hacen parte de la norma superior, de la norma de normas, es decir, son normas constitucionales.

En Colombia, la Corte Constitucional lo ha llamado “bloque de constitucionalidad”; sin embargo, algunos doctrinantes han manifestado que dicha expresión no les convence por el simbolismo que contiene: “bloque” es —precisamente— por ser pétreo, inamovible, bastión, pero también por no parecer fluir, por ser estática y no dinámica. Este bloque de constitucionalidad parece hacer referencia a aquellas cláusulas pétreas que ni siquiera desde el constituyente primario podrían modificarse y que, por supuesto, la Constitución alemana y algunas otras constituciones europeas las consagran de manera expresa para evitar que un constituyente primario, enaltecido en masa y dirigido por algún dictador como lo fue Hitler en su momento para el pueblo alemán, lograra modificar su Constitución y permitiera la violación de derechos humanos: es la razón histórica de que esas cláusulas pétreas se encuentran en la Constitución alemana y que parecen replicarse en algunas constituciones europeas.

En el caso colombiano y latinoamericano no se encuentran estas cláusulas pétreas, pero, al hablar de “bloque de constitucionalidad” parece que se hace referencia a ellas. Es importante que estén allí porque todos los pueblos latinoamericanos, de alguna forma, han vivido momentos de dictadura, en donde se ha permitido que los dictadores dirijan a las masas populares, al constituyente primario y modifiquen la Constitución en contra de los derechos que son humanos y, por lo tanto, universales; por eso la Corte Constitucional colombiana ha querido llamarle “bloque” con esa significancia de cláusula pétreo, pero —además— por ser esa piedra angular, ese petro sobre el cual se erige el ordenamiento jurídico.

Se entiende al petro como algo que no se mueve, que es estático. Sin embargo, el ser humano, la familia, la sociedad, el Derecho y el Estado, son dinámicos de acuerdo a las realidades cambiantes; entonces, no debería llamarse “bloque”. Precisamente después de la tercera generación de derechos, que son los que consagran las constituciones latinoamericanas, el desarrollo jurisprudencial ha permitido el reconocimiento y nombramien-

to de nuevos derechos fundamentales, que ingresan a los bloques pétreos dinamizándolos y haciendo más fluidas sus existencias. Allí se encuentran derechos tan valiosos como el derecho al aborto, el derecho a la no discriminación, el derecho al reconocimiento de una orientación sexual, el derecho al reconocimiento de una identidad de género, el derecho al internet, siendo estos derechos de cuarta, quinta y sexta generación de los que la doctrina y la jurisprudencia refiere, ingresando a los bloques de constitucionalidad.

Volviendo al artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, este indica que los derechos humanos prevalecen en el orden interno, por lo que están en la norma de normas, son normas constitucionales y están por encima de todas las otras normas legales administrativas y de ejecución que hay dentro de los ordenamientos jurídicos internos.

Seguidamente, el segundo párrafo del mismo artículo trae una expresión aún más valiosa y vigorizante: "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". La Corte Constitucional colombiana, la doctrina y la jurisprudencia, han dado a entender que las normas constitucionales, siendo normas de normas, prevalecen por encima del ordenamiento interno, también están jerarquizadas. Su orden jerárquico es el siguiente: (1) los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados; (2) la Constitución Política en su sentido dogmático, es decir, aquellos principios, valores, derechos y deberes; y (3) la parte orgánica. Es decir, hay jerarquía dentro de las normas constitucionales y, aún siendo ellas prevalentes sobre las demás normas jurídicas, dentro de ellas hay prevalencias.

Entonces, la Constitución Política colombiana, sea en su parte dogmática u orgánica, debe ser interpretada conforme a los tratados y convenios internacionales. Por lo tanto, puede decirse que hay normas constitucionales inconstitucionales, puesto que, si su creación o su contenido es violatorio a la Carta misma o a estos tratados o convenios internacionales, deviene en inconstitucional. Cuando la carta magna es creación primigenia a través de una asamblea nacional constituyente, puede decirse que su forma cumple el requisito formal constitucional, pero es importante recordar que hay otros mecanismos de reforma de la Constitución, que en el caso colombiano son el acto legislativo y el plebiscito. Si estos mecanismos no cumplen las formas, estarían entre las normas constitucionales inconstitucionales, pero, además, si violan la misma Constitución o los tratados o convenios, pueden declararse inconstitucionales.

4. Contexto político colombiano actual

Actualmente, en Colombia sufrimos un proceso en el que el Congreso (el Senado y la Cámara de Representantes) modificó la Constitución a través de un acto legislativo para permitir la cadena perpetua en el caso de personas que atenten y/o abusen sexualmente a niños, niñas y adolescentes.

En Colombia, cada cierto tiempo, se utiliza el discurso de la protección de los derechos de los niños, de la prevalencia de ese interés superior, pero haciendo populismo o demagogia. Pareciera que la sociedad civil se olvida que algunos políticos utilizan este discurso para aclamarse, tener fama, hacer publicidad, conseguir votos, demostrar eficiencia y más, aprovechando algo que une a todos los niños, precisamente por su vulnerabilidad. Este discurso es utilizado no tanto protegiendo sus vidas porque en Colombia mueren muchos niños en manos del mismo Estado, para ellos no hay protección, pero sí en los temas de abuso sexual, secuestro, tortura y muerte.

Cada vez que sucede uno de estos hechos que la prensa vuelve rimbombante: aparece un político a aclamar por el derecho de los niños y pensando en una eficiencia simbólica del derecho, promueve como siempre al mejor estilo colombiano "santanderiano" que modificaba la ley, que modificará la realidad. Entonces, con este populismo punitivo siempre se ha buscado que las personas que cometan algún delito de abuso sexual, tortura o muerte contra un niño, deberán recibir o la pena de muerte o lo que la sociedad acepta: la cadena perpetua. No obstante, dicha medida está prohibida por los tratados internacionales y por la Constitución en la parte dogmática.

Entonces, se hace todo este movimiento legislativo, toda esta demagogia y populismo y, finalmente sale un acto legislativo modificando la Constitución. En este caso, la Corte Constitucional, como se trata de una modificación de la Constitución tiene control previo. Antes de que esta reforma sea promulgada por el presidente y entre en vigencia, la Corte Constitucional hace su control preventivo.

Todos los académicos en el ejercicio del Derecho, desde que fue presentado este proyecto legislativo, sabían cuál era su fin; sin embargo, este avanzó durante una legislatura completa por varias comisiones celebrado por muchos colombianos porque por fin se castigaría a los abusadores de niños y con ello se acabaría el abuso. Por supuesto, la Corte Constitucional dijo "no" inmediatamente. No obstante, el constituyente primario a través de sus representantes debidamente elegidos (la Cámara de Representantes y el Senado), siendo el método para la reforma constitucional el acto legislativo y haber cumplido con la forma, esa norma constitucional deviene

en inconstitucional por atentar contra la Carta misma y los convenios y tratados internacionales en primacía de la misma Constitución.

Entonces, se observa que estos tratados y convenios internacionales en Colombia y a nivel latinoamericano hacen parte de nuestros ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, el operador jurídico puede fallar conforme a ellos, llegando a declarar inconstitucionales normas constitucionales si estas iban en contra del contenido sustancial de estos tratados y convenios internacionales. Es decir, a nivel latinoamericano, sí tenemos tácitamente cláusulas pétreas de la Constitución, siendo precisamente aquello lo que se llama derechos humanos. En Colombia, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (el cual es el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria), en los últimos años, han utilizado, ejercido y practicado el derecho convencional como fuente directa en sus fallos de derecho, convencionalizando así todo el ordenamiento jurídico de manera extraordinaria y en particular en este tema: igualdad y no discriminación.

5. Reconocimiento al del principio de igualdad y no discriminación en Colombia

Colombia estrenó una nueva Constitución en el año 1991 producto de un pacto histórico no solamente en resultado por un acuerdo de paz con una de las diecinueve guerrillas que hubo en Colombia, el movimiento M-19. Este movimiento llegó a incendiar la Corte Suprema de Justicia desatando un holocausto, lo cual culminó con un diálogo con el Gobierno, pactando así la reforma constitucional. Esta reforma fue promovida también por otros grupos estudiantiles y económicos (legales e ilegales). La realidad colombiana exigía el cambio de una Constitución octogenaria, la de 1886, conservadora, decimonónica. Se dio el cambio de un Estado de derecho a un Estado social de derecho.

En ese Estado Social de Derecho se permitió, en la Asamblea Nacional Constituyente, la participación de todas las sociedades y poblaciones colombianas participar y co-crear la actual Constitución. Dicha Asamblea Nacional Constituyente tuvo mucha diversidad, pues contó con la presencia de todos los grupos poblacionales y todas ideologías políticas, todo lo que significa Colombia; sin embargo, también contó con muchas incoherencias y contradicciones.

La Constitución Política al crear el Estado Social de Derecho, estableció que este se erige bajo cuatro principios, valores o derechos fundamentales: (1) dignidad humana, por primera vez enunciada y erigida como el bastión o pilar del Estado; (2) igualdad, por influencia de la Revolución francesa; (3) libertades; y (4) solidaridad. Estos son los principios que, como tales,

son un fin, un valor, una meta, un objetivo: son derechos fundamentales; juntos forman la estructura, la raíz del Estado, de la sociedad y conforme a ello debemos vivir y coexistir.

Aquí se encuentra precisamente el principio, valor y derecho fundamental de igualdad, valor del que hablaba Jesús cuando decía que todos éramos hijos de Dios, hechos a imagen y semejanza, idea que revolucionó el Imperio romano. Eso se tradujo en el Derecho como el principio de igualdad: ya no somos iguales ante los ojos de Dios, sino ante los ojos de la ley. Dicho principio ingresó al ordenamiento jurídico a través de las revoluciones burguesas, en particular del *égalité* que exclamaron los franceses.

6. Las poblaciones vulnerables colombianas y la necesidad de proteger su derecho a la igualdad y no discriminación

La igualdad formal no es suficiente porque al ver la realidad, en especial la realidad Latinoamericana, se evidencia que no todos son iguales; por el contrario, somos diversos. Todos somos iguales en cuanto todos somos diferentes. Esto se da en mayor magnitud al tener ascendencia de reinos prehispánicos, europeos, asiáticos y africanos que enriquecieron nuestra cultura. La diversidad formada por estos grupos se ve reflejada en los colores, en la gastronomía, en la cultura en general que hace notar que somos diversos; pero ante los ojos de la ley debemos ser iguales, pero como no lo somos y algunos grupos poblacionales no cuentan con los mismos privilegios que todos para poder ser considerados iguales, el Estado deberá promover que estos grupos (que no llamaremos minoritarios, pues juntos son mayoría) sean iguales que los demás.

Precisamente, estos grupos están compuestos por nuestra diversidad. En primer lugar, encontraremos a las mujeres, quienes históricamente han sido vulneradas por el patriarcalismo y el machismo, y a quienes el Estado debe proteger de manera especial con las leyes y el enfoque de género. En segundo lugar, a los niños, niñas y adolescentes, quienes han sido considerados por el derecho, y todavía por el Código Civil, como incapaces y, además, por su edad son especialmente vulnerables. En tercer lugar, las personas de la tercera edad, quienes han sido fuertemente vulneradas en el contexto actual, teniendo la mayor parte de población fallecida y afectada por el virus del Covid-19 quienes, además, fueron encerradas, aisladas y abandonadas. En cuarto lugar, los grupos indígenas o nativos americanos. Por supuesto, no solamente tenemos una deuda con ellos, sino también, debemos protegerlos por haber sido fuertemente vulnerados y por encontrarse excluidos.

En el caso colombiano se tiene también a todos los grupos afrodescendientes, no solamente los llamados negros en sentido estricto, pues también están los raizales quienes se ubican en las islas del Caribe y Palenque que es una ciudad ubicada al lado de Cartagena La Heroica. Asimismo, la etnia rom, quienes son los gitanos y alcanzan a ser aproximadamente 4000 habitantes. También se debe incluir a las personas con discapacidad física o mental, quienes son protegidas por el Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y, finalmente, a los grupos poblacionales LGBTIQ, que son de orientaciones sexoafectivas e identidades de género diversas.

Todos estos grupos llamados “minorías” juntos resultan siendo mayoría, llegando a ser casi el 95% del censo colombiano y seguramente del censo latinoamericano también. Y, a pesar de ser mayoría, son considerados minorías por su vulneración, la cual radica en una sola cosa: la discriminación.

Por lo tanto, todos debemos exigir que el Estado ofrezca, a través de políticas públicas y herramientas jurídicas aquello que le falta dichas poblaciones vulneradas y discriminadas histórica y jurídicamente, para estar en la misma situación que aquellas personas privilegiadas. Es decir, lograr aquello que llamamos igualdad real para poder obtener la igualdad formal.

La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Henry Eyner Isaza**

Universidad Autónoma de Chiriquí

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Manifestaciones de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos / 3. Primera doctrina: el control de convencionalidad / 3.1. Control de convencionalidad concentrado / 3.2. Control de convencionalidad difuso / 3.2.1. La importancia de los diferentes modelos constitucionales / 3.2.2. Los roles del control de convencionalidad difuso / 4. Segunda doctrina: el margen de apreciación / 5. Tercera doctrina: la concordancia práctica / 6. Cuarta doctrina: normas *ius cogens* / 7. La búsqueda de un Derecho Constitucional común en las Américas / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Hay un cambio de paradigma actualmente respecto al Derecho, por lo que es importante entender desde cuándo existe una referencia a la constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Es a partir del siglo XX cuando muchos países empezaron a conocer y referirse sobre la internacionalización del Derecho Constitucional, y más recientemente, de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos.

¿Qué es esta constitucionalización? En sí, es establecer en cada una de las constituciones de los países latinoamericanos cuál es el valor que debe tener la norma del derecho interno en relación con la norma de derecho internacional para poder determinar cuál de estas prevalece en caso de que

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Internacional Especializado en Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales “Desarrollo de los procesos de tutela de derechos constitucionales: análisis desde la perspectiva del derecho comparado”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 22 de octubre del 2021.

** Es director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá. Es Doctor PhD en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Así mismo, posee una Maestría en Derecho Procesal y otra en Administración en Institución de Justicia. También posee dos Post grados: uno en Derechos Humanos y otro en Docencia Superior. A su vez, tiene una Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos.

ocurra un conflicto entre ambas. La respuesta a esta interrogante es simple, pues cuando colisionan la norma del derecho interno con la norma del derecho internacional debe prevalecer siempre la que sea más favorable al principio *pro homine* (o pro persona).

2. Manifestaciones de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De manera clara, se debe entender que constitucionalizar el derecho internacional de derechos humanos es la posibilidad de otorgar jerarquía constitucional a esta, por lo que lo anterior mencionado es considerado como la primera manifestación del fenómeno constitucionalizador. Por ejemplo, en Panamá la norma internacional posee un rango legal, pero en otras constituciones —como en caso de Colombia, Ecuador, Venezuela, México y República Dominicana— se les otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos.

La segunda manifestación es entendida cuando los Estados incorporan los tratados de derechos humanos a través del bloque de constitucionalidad. Entiéndase bloque como el que está o hace parte de todos los parámetros, lineamientos y principios que utilizan tanto tribunales, cortes y salas constitucionales para determinar si una norma es o no constitucional. En el caso de Panamá, pate de ese bloque de constitucionalidad son conformados por algunos Convenios Internacionales que han sido ratificados por esta República; así mismo, esta situación se estableció por la Corte hace muchos años a partir de una sentencia del ex magistrado Jerónimo Mejía que enfatizó —de manera muy clara— a los tratados que forman parte del *Corpus Iuris* Interamericano como parte del bloque de constitucionalidad.

Como un punto a parte, se asimila al *Corpus Iuris* Interamericano como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el cual posee instrumentos para estructurar sistemáticamente esto. El primer instrumento es la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica; el segundo instrumento, la Convención para la Abolición de la Pena de Muerte; el tercer instrumento, la Convención para la Desaparición Forzada de Personas; el cuarto instrumento, la Convención contra la Tortura; el quinto instrumento, la Convención de Belém do Pará para la Violencia contra la Mujer; el sexto instrumento, el Protocolo de San Salvador de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; finalmente, el sexto instrumento es la Convención para las Personas con Discapacidad.

La tercera manifestación se dio cuando los Estados incorporaron los sistemas penales acusatorios con los cuales se añaden principios rectores como

la constitucionalización del derecho y la constitucionalización del proceso. En el caso panameño, el sistema penal acusatorio se incorporó con la Ley N° 63 del 2008; y además, a lo largo de su Código Procesal Penal es posible notar la incorporación de los tratados de derechos humanos y la Constitución como instrumentos aplicables a ese nuevo modelo de enjuiciamiento penal. Es así que, en un Código está presente una serie de artículos diseminados que establecen —de manera categórica— que el nuevo sistema penal acusatorio no solo debe ser abordado desde el punto de vista penal —o procesal penal— sino desde un punto de vista constitucional y de los derechos humanos.

3. Primera doctrina: el control de convencionalidad

Con el reciente fenómeno de la constitucionalización de derecho internacional de derechos humanos, se acompaña con igual paso, al fenómeno del control de convencionalidad cuya importancia radica en que hace parte de una nueva rama del derecho que es el derecho convencional.

Definiendo este control de convencionalidad, se logra entender a este como un mecanismo procesal creado por la misma Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), que anticipa su uso en el evento de que el derecho interno de un Estado sea incompatible con la Convención Americana de los Derechos Humanos o cualquier otro tratado que forme parte del sistema interamericano. Es en sí, un tema de confrontación normativa; confrontar el derecho interno de los Estados con los tratados de derechos humanos; y en palabras más rigurosas, hay una antípoda entre el derecho interno estatal con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos o una colisión del derecho interno estatal con las opiniones consultivas que emite la Corte para poder lograr una adecuación y armonización de estándares, principios y lineamientos interamericanos.

Entonces, ¿existe una supremacía constitucional o convencional? Lo que existe es una protección multinivel que procura una armonización y adecuación para prevalecer al principio *pro homine* que es a favor de los seres humanos.

3.1 Control de convencionalidad concentrado

El control de convencionalidad se clasifica en dos tipos, y uno de ellos es el control concentrado —o en sede internacional— que ejerce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al momento de conocerse un caso contencioso, por lo que ordena modificaciones al Estado para que adecúe ese derecho interno a los estándares, principios y lineamientos interamericanos.

Se tiene el fundamento de este control de convencionalidad en el presente artículo:

“Artículo 1

Obligación de Respetar los Derechos

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 éste 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 artículo citado establece la obligación de respetar los derechos de la Convención. Así mismo el siguiente artículo induce al deber de adoptar disposiciones en el derecho interno:

“Artículo 2

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”.

Ambos artículos citados son parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos y forman en conjunto, el pilar del control concentrado de convencionalidad.

Hay varios ejemplos si se indaga en la practicidad de la aplicación del control y cómo la Corte Interamericana ha ordenado modificaciones al derecho interno. Un caso conocido es el suscitado en Panamá, titulado “Heliodoro Panamá versus Portugal” en el cual, la Corte Interamericana condenó al país centroamericano por violación a la Convención para la Desaparición Forzada de Personas, y a su vez, le ordenó modificar su derecho interno con relación a la implementación o tipificación del delito de desaparición forzada en su Código Penal pues hasta esa época (2008) no lo estaba. De igual manera, en Chile se solucionó un caso emblemático titulado “Olmeda Bustos versus Chile” (también conocido como “La última tentación de Cristo”) el cual propició que la Corte ejerza mandatoriedad de la mo-

dificación de la Constitución chilena, específicamente en una norma que permitía la censura previa con respecto a la publicidad de una película cuyos derechos habían sido comprados por el empresario mencionado, puesto que esta era contraria a la Convención Americana que refiere al derecho de libertad de expresión. Por último —respecto también al tema de libertad de expresión—, se menciona al caso titulado “Herrera Ulloa versus Costa Rica” dado que la Corte dispuso que Costa Rica modificase su Código Procesal Penal con el efecto de que se implementase el recurso de apelación (puesto que no se encontraba añadido en su jurisdicción procesal penal).

3.2. Control de convencionalidad difuso

El otro tipo de control es el difuso —o en sede nacional— que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana, a través de su jurisprudencia y el desarrollo de diversos casos. Uno de estos casos tuvo lugar en el año 2003 y se titula “Myrna Mack Chang versus Guatemala”, el cual motivó a que el ex presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, por primera vez utilice el concepto “control de convencionalidad”. Así mismo, es de mencionar el emblemático caso titulado “Almonacid Arellano versus Chile” porque la Corte decretó que los jueces y el Poder Judicial —obviamente de Chile— aplicasen una especie de control de convencionalidad. En caso peruano, aconteció el caso “Trabajadores cesados del Congreso versus Perú” en el cual se establece que el control de convencionalidad opera de manera oficiosa, y a su vez, se ejerce conforme al marco de competencias y regulaciones procesales de cada uno de los Estados.

Lejos de la atmósfera peruana, la Corte emite el caso “Cabrera García y Montiel versus México” por el cual esta dispone que el control de convencionalidad es complementario al control de constitucionalidad. Igualmente, el caso que replantea esta figura —la del control de convencionalidad— es el titulado “Juan Gelman versus Uruguay” del 2011 donde se pide obediencia a que el control de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades públicas (tanto Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial). También tuvo lugar el caso “López Mendoza versus Venezuela” y el caso “Karen Atala Rifó versus Chile” (2012) los cuales son motivo de remitir que las interpretaciones judiciales y las interpretaciones administrativas deben responder a los estándares, lineamientos y principios fijados por el sistema interamericano. Finalmente, se sojuzgó el caso titulado “Gudiel Álvarez versus Guatemala” en el 2012 para determinar que el parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano; es decir, no solo a la Convención Americana de Derechos Humanos sino a todos los tratados que forman parte del *Corpus Iuris* Interamericano.

3.2.1 La importancia de los modelos de justicia constitucional

Siguiendo con el recopilado de casos acontecidos, es peculiar el caso “Liakat Ali Alibux versus Surinam” (2014) pues la Corte menciona —de manera bastante entendible— que la Convención Americana de Derechos Humanos no impone un determinado control de convencionalidad porque se entiende que los Estados latinoamericanos funcionan con diversos modelos de justicia constitucional, entonces es el Estado —a través de su modelo— el que debe buscar cómo se implementa el mecanismo de convencionalidad.

Una revisión breve de estos modelos nos proporciona los siguientes datos: El primer dato es que hay Estado que implementaron Tribunales constitucionales (tal es el caso de Bolivia, Chile, Perú, República Dominicana y Guatemala); un segundo modelo lo conforman países que implementaron Cortes Constitucionales (como fueron los países de Ecuador y Colombia); el tercer modelo se caracteriza por la existencia de Salas de Garantías Constitucionales (situación de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Venezuela y Paraguay); así mismo, hay un cuarto modelo de países los cuales su máximo Tribunal de Justicia también ejerce el control de constitucionalidad (como en Argentina, Brasil, Uruguay, México y Panamá).

Si bien es cierto no es considerado como un modelo oficial, se podría mencionar un quinto modelo que es el que adoptan algunos países latinoamericanos que fueron colonizados, el cual recoge el mismo modelo de justicia constitucional del país conquistador. Tal es el caso de la Guyana Francesa (que adopta el modelo francés), Guyana Inglesa (poseedor del modelo inglés) y Surinam (funcionando con el modelo holandés).

3.2.2 Los roles del control de convencionalidad difuso

El control difuso —o de sede nacional— es abordado desde dos roles. Primero, un rol escrutatorio en el cual el juez no aplica una norma por ser contraria a la Convención, o en todo caso, puede excluir una norma por ser inconstitucional; y cabe preguntarse qué instancia judicial de cada Estado puede excluir una norma por ser inconstitucional, pues tal es el caso del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Panamá o el Tribunal Constitucional en Perú, entendiéndose que estos ejercer el rol mencionado. Segundo, un rol constructivo por el cual el juez aplica la norma más favorable a la persona humana y es esta la que siempre debe primar sobre las demás normas —y así se aplica el principio *pro homine*—.

4. Segunda doctrina: el margen de apreciación

El control de convencionalidad surge a raíz de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos, pero también nace otra doctrina importante llamada como “el margen de apreciación”. Es un margen de apreciación que establece un desarrollo jurisprudencial de parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en virtud de lo cual los Estado parte de la Convención Europea de Derechos Humanos pueden definir — en principio— los límites y restricciones de los derechos contenidos en el Tratado (siempre sujeto a revisión internacional).

Esta doctrina fue creada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a raíz del caso “Handyside versus Gran Bretaña” por el cual se definió que el margen de apreciación es un instrumento de interpretación que concede a los tribunales estatales una posibilidad de aplicar los derechos consagrados a nivel internacional, pero con una interpretación nacional.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha utilizado los límites de esta doctrina del margen de apreciación para justificar tratos desiguales, posicionándose a favor de los pueblos indígenas por su diversidad cultural. Tales son los casos “Yatama versus Nicaragua” y “Kichwa de Sarayaku versus Ecuador” en los cuales relució el trato a favor de los pueblos indígenas, y el margen de apreciación se limita a la protección y empoderamiento de los grupos menos favorecidos.

Este margen también ha sido usado en el caso “Herrera Ulloa versus Costa Rica” en el cual la Corte Interamericana debía decidir si la condena por difamación que sufrió un periodista constituye o no una violación a la libertad de expresión —protegida por la propia Convención Americana de los Derechos Humanos—, y el resultado fue que la misma Corte reiteró el papel fundamental que cumple la libertad de expresión para el Estado democrático. Tal apertura mencionada implica una reducción en el margen de apreciación del Estado para poder —en algún momento— restringir esa libertad de expresión y que los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio, así como establecer restricciones o requisitos que infrinjan el derecho a la libertad que tiene una persona sobre sus ideas y pensamiento.

5. Tercera doctrina: la concordancia práctica

La tercera doctrina que se desarrolla a raíz de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos es la concordancia práctica. Esta doctrina fue creada por el Tribunal Constitucional peruano y se en-

foca en una aparente tensión entre las disposiciones constitucionales que deberá ser resuelta optimizando su interpretación; es decir, sin sacrificar ningún valor, derecho o principio.

La concordancia práctica se sitúa en el supuesto de tensión entre dos derechos fundamentales y elige a la proporcionalidad o ponderación de derechos como la solución (teoría explicada por el Profesor Robert Alexy y Luis Prieto Sanchis). El mismo Tribunal Constitucional español abordó la concordancia práctica y aclara que no se trata sobre una jerarquía de derecho ni una prevalencia *a priori*, sino conjugar —desde la situación jurídica creada— ambos derechos o libertades para ponderar —o pesar— cada uno de ellos en su eficacia recíproca.

En síntesis, la concordancia práctica permite establecer que cuando dos derechos colisionan, es uno el derecho que se debe aplicar por encima de otro; pero no es que uno pese más que el otro en sí, sino que se argumenta el porqué de la aplicación de un derecho jerárquicamente “por encima de” otro derecho. Tal situación fue acontecida en el caso “Kimel versus Argentina”, el cual fue señalado por la decisión de criminalizar la expresión de opiniones e información para que sea analizada con cautela por los Estados parte, ponderando la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor (el dolo con que actuó y las características del daño injustamente causado) y además de otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de utilizar —en forma verdadera y excepcional— medidas penales. Así también, la concordancia práctica se ha desarrollado en el caso “Castañeda Guzmán versus México” en el que se analizó el tema de los registros de candidaturas independientes dado que no se permitía postular a la Presidencia de la Pública si no se realizaba mediante algún partido político, entonces se utilizó la concordancia práctica para permitir que este ciudadano pueda aspirar a la Presidencia de la República por libre postulación.

6. Cuarta doctrina: normas *ius cogens*

La cuarta doctrina que hace parte de este fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos es el de las normas *ius cogens*. Estas son normas aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional de imperativo cumplimiento, que no admite exclusión ni alteración de sus contenidos. Es así que cualquier tratado contrario a la norma *ius cogens* sería nulo y la consagración de estas normas fue en la Convención de Viena que dispuso en su artículo N° 53 que los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general —como las *ius cogens*— son nulos.

Según el profesor Jairo Herrera Pérez (colombiano), a partir del desarro-

llo e implementación de las normas *ius cogens* como parte del fenómeno de constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos es que se han reconocido algunos derechos. Parte de este catálogo de derechos son el debido proceso, la igualdad de los derechos y libre determinación de los pueblos, las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos, igualdad de todas las personas frente a la ley, la prohibición de la fuerza y obligación de arreglar controversias internacionales, prohibición de la desaparición forzada de personas, las normas del derecho internacional de derechos humanos y derecho humanitario, y finalmente, el acceso internacional a la justicia.

El primer caso por el que se usaron las normas *ius cogens* —además de incorporarla en su sentencia y aplicable a nivel de derecho interno— fue el titulado “Jiménez López versus Brasil”, y esta sentencia fijó que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la integridad personal como un bien jurídico cuya protección engloba la prohibición imperativa de la tortura, así como penas a tratos crueles e inhumanos, y que el tribunal considera —de forma constante— en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece al dominio de las normas *ius cogens* (el derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia).

La segunda sentencia fue el caso “Almonacid Arellano versus Chile” que motivó a que la Corte Interamericana determinara que los crímenes de lesa humanidad y dicha prohibición de estos crímenes son normas *ius cogens*, por lo que la penalización de estos debía ser conforme al derecho internacional general como además su imprescriptibilidad surge como una categoría del derecho internacional —es decir, como norma *ius cogens*—. De igual manera, en el caso de “Penal Miguel Castro Castro versus Perú” la Corte estableció que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma *ius cogens* y nuevamente ratifica que la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

Adentrando a las situaciones de desapariciones forzadas, existe una cuarta sentencia donde la Corte Interamericana aborda este tema con el caso “La Cantuta versus Perú” (2006) y ordenó la prohibición de la desaparición forzada de personas, y en correlativo, el deber de investigarla, así como sancionar a los responsables —por lo mismo del carácter de *ius cogens*—. Finalmente, en otro ámbito, la Corte se refiere al derecho de acceso a justicia en el caso “Goiburú versus Paraguay” para situarla como parte de las normas *ius cogens*, y es ese mismo derecho el que hoy se conoce como “tutela judicial efectiva” que complementa al debido proceso.

7. La búsqueda de un derecho constitucional común en las Américas

Como conclusión, el fenómeno llamado la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos se acompaña con las diversas doctrinas que hacen parte hoy en la formación de un profesional de Derecho y en la aplicación en la administración de justicia. Dichas doctrinas son: el control de convencionalidad, el margen de apreciación, la concordancia práctica y las normas *ius cogens* que permiten un mayor catálogo de derechos a favor de la persona humana; las cuales nos posibilitan —como corolario— pensar en un derecho constitucional común en las Américas.

¿Cómo lograr el objetivo deseado? Aplicando las doctrinas en materia de derechos humanos porque van a permear el derecho interno de los Estados; así como los sistemas constitucionales de estos, y esto se podrá lograr a través de la búsqueda de mecanismos para construir un Derecho Constitucional aplicable en todo el continente americano. Es de suma importancia que se provoque un diálogo jurisprudencial entre jueces nacionales y jueces interamericanos, con lo que los jueces nacionales serían jueces convencionales y los funcionarios públicos, funcionarios convencionales.

Entonces, se debe apostar por las constituciones convencionalizadas y —como expresa el profesor Sagüés— transitar de garantías constitucionales a garantías convencionales; intentar apostar a la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos estableciendo con precisión en las diversas constituciones cuál es el deber que debe tener la norma del derecho internacional con respecto a la norma del derecho interno, y sobre todo, que se considere que esa norma de derecho internacional posea rango constitucional.

No se debe olvidar el principio *pro homine* para su internacionalización en derechos humanos; así como provocar que se implementen códigos procesal constitucionales; finalmente el verdadero cambio —en materia constitucional— para pensar en una futura supremacía constitucional y una supremacía convencional (ambas armonizadas y adecuadas) está en cada persona, mucho más en los que participan en eventos académicos especializados en el derecho internacional de derechos humanos. No hay duda de que hoy en día, la supremacía convencional necesita una armonización y adecuación con la supremacía constitucional, siempre a favor del principio *pro homine*.

Todas las personas tienen un deber de transformarse en defensores en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, consolidar procesos,

buscar mecanismos o medios para la tutela y lograr la protección de los derechos fundamentales y humanos. El verdadero cambio —en materia constitucional— depende de cada uno de los que habitan el planeta, desde los diversos roles que ejerzan se deben provocar estos cambios en materia de justicia constitucional. Se reafirma que el hablar sobre el tema constitucional no es solo para estudiantes de Derecho, abogados o universitarios, sino de todos como sociedad para lograr un mejor país y mejores personas.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Considera usted, que es clave que la constitucionalización se acompañe de campañas de concientización sobre la importancia de la tutela de los derechos humanos —como las colombianas— para una mayor efectividad de los derechos internacionales?

Por supuesto que sí. Al referirse a la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos es que en cada una de las constituciones latinoamericanas se encuentre una norma que establezca rango constitucional a los tratados. Al incorporarse los tratados de derechos humanos en las constituciones, se incorporan consigo un mayor catálogo de derechos a favor de la persona humana y con ello todos —tanto universidades vinculadas a la administración judicial y demás— permitan concientizar a las personas de la importancia de que los derechos humanos formen parte de las constituciones. Se pretende lograr un mayor catálogo de derechos, siempre a favor de la persona humana, y eso requiere campañas para que cada persona entienda cuáles son sus derechos fundamentales, los mecanismos para protegerlos y cómo pueden hacer para exigirlos cuando se vean vulnerados o violados.

8.2. Rea Granados manifiesta que, no obstante, las numerosas implicaciones a favor de constitucionalizar derechos y libertades de la persona humana contemplados en los tratados internacionales, no basta con tenerlos garantizados en el texto de la Constitución, sino que también deben encontrarse e inspiren todo el ordenamiento jurídico interno y el actuar mismo de la administración. ¿Considera usted lo mismo?

Sí. La doctrina, en materia de derechos humanos, es un reto para los vinculados a la administración de justicia y para los tres órganos de poder del Estado. A partir del caso “Gelman versus Uruguay” la Corte Interamericana estableció que el control de convencionalidad debe ser aplicado por toda autoridad pública, por lo que surge la interrogante: ¿cómo uno puede

lograr consolidar los derechos humanos si no se tiene idea de cómo, y sobre todo, si se desconocen los parámetros, lineamientos o principios? Es importante pues, que efectivamente, cada funcionario público estatal asuma ese rol activo a fin de implementar los derechos no solo desde el Poder Judicial, sino desde el Ejecutivo y Legislativo para una consolidación en materia de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos.

8.3. Sobre el derecho constitucional común en las Américas: ¿considera que hay un panorama alentador ante este reto propuesto o que aún priman los obstáculos para lograrlo? Esto en vista de que, incluso la Unión Europea que se encuentra más uniformizada en materia jurídica, aún lidia con problemas para lograr un derecho común dado que colisiona con valores adoptados por países con diferente régimen (como el caso español que cuenta con una monarquía).

El camino por el que se está avanzando es el correcto. Lograr un derecho constitucional común es posible si en todos los países se concientiza sobre la norma aplicable y su relación con el principio *pro homine*. Y, además, cada uno de los jueces debe tener en claro que no hay una elección entre supremacía constitucional o supremacía convencional, sino se pretende una armonización y adecuación, un diálogo que al final pueda suprimir que se le otorguen más derechos a un tratado que a una persona. Se debe aplicar la norma que más derechos otorgue a la persona, y bajo esa premisa *pro homine*, sí se puede lograr un derecho constitucional común. Así mismo, apostar por las constituciones convencionalizadas es de urgencia y avocarse a reformar el texto constitucional siempre bajo la luz de la primacía de derechos humanos. Se quieren constituciones impregnadas de derechos humanos y con garantías convencionalizadas, y así se permitirá un verdadero cambio constitucional y convencional del Derecho.

Los Derechos Fundamentales y el Derecho Internacional*

Fabiola García Merino**

Universidad Femenina del Sagrado Corazón

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Derechos Humanos / 3. Sistema de Protección de Derechos Humanos / 3.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos / 3.2. Derecho Internacional Humanitario / 3.3. Derecho Penal Internacional / 4. Respuestas a las preguntas del Público.

1. Introducción

La intención del presente artículo es brindar un conocimiento global acerca de los Derechos Humanos a nivel internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Asimismo, se busca dar una presentación de estos sistemas.

Para ello, se debe tener en cuenta la diferencia entre Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos. Los Derechos Fundamentales y los Derechos Constitucionales son dos términos que van de la mano, ya que cuando se contempla el conjunto de derechos que se encuentran plasmados en nuestra Constitución hacen referencia a los Derechos Fundamentales. Cabe precisar que no todo derecho constitucional es un derecho fundamental, ya que estos tienen un carácter más general. La diferencia más marcada entre estos términos se encuentra en el significado e impacto de los Derechos Humanos. Estos son un conjunto de derechos de carácter más globalizado.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Litigación de Procesos Constitucionales “Perspectivas Jurídicas en los derechos fundamentales y litigación en procesos constitucionales”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 14 al 17 de marzo del 2022.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Cuenta con un postgrado en Regulación Bancaria y Derecho Bancario. Tiene estudios avanzados en Derecho Político. Docente universitaria.

2. Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son los derechos inherentes a los seres humanos, estos tienen características resaltantes. Son inherentes a todos los seres humanos ya que se efectúan sin distinción alguna. Son universales ya que demuestra la ausencia total de discriminación; en consecuencia, no hay posibilidad de que los seres humanos tengan distintos derechos, es decir, todos gozan de lo mismo debido a la igualdad ante la ley. Otra característica es su inalienabilidad, quiere decir que no hay supresión de derechos, estos pueden ser reclamados siempre. Además, existe interdependencia, quiere decir que los derechos no se pueden suspender a costa de otro derecho: todos debemos gozar de los derechos que están cohesionados entre sí, por ello, todos debemos gozar de los diversos tipos de derechos que son atribuibles a todo ser humano.

Un aspecto importante de los Derechos Humanos es que también son obligaciones, es decir, se debe reconocer la titularidad de las demás personas respecto de los derechos inherentes de otro individuo.

En el ámbito internacional se menciona el término “Derechos Humanos” con una mayor frecuencia. el término “Derechos Fundamentales” se usa en ámbito local debido a que se encuentra ligado a la Constitución.

3. Sistema de protección de Derechos Humanos

El Derecho Internacional Público tiene como objeto de estudio a los Estados. El reconocimiento de los Derechos Humanos está ligado a las normas *ius cogens*, estas son las normas imperativas o valores que se aplican en la comunidad internacional; por ello, son el fundamento de la comunidad para mantener el *estatus quo*. En base a ello, todos los Estados saben qué hacer y cómo comportarse. Los mismos Estados participantes rigen la comunidad internacional; de esta manera, formalizan y utilizan su propia forma de participación para regir la comunidad en base a una estabilidad.

Entre las normas *ius cogens* se encuentra la libre determinación de los pueblos y la autodeterminación internacional, por ejemplo. En este punto, es importante señalar que existe una discusión ligada a los Derechos Humanos y su reconocimiento como normas *ius cogens*. Los Derechos Humanos al ser inherentes a las personas otorgan una respuesta positiva a su reconocimiento absoluto en el futuro a pesar de las posturas adversas que expresan que no todos los Estados reconocen los Derechos Humanos en los diversos tratados o instrumentos internacionales.

El individuo es reconocido como sujeto del Derecho Internacional Público para la defensa y protección de los Derechos Humanos en las diversas instancias internacionales; además, es creador de Derecho y se le puede imputar responsabilidad internacional, esta es una novedad planteada desde el Estatuto de Roma, ya que antes esta característica era exclusiva de los Estados. Lo anterior es una arista a considerar para concluir que los Derechos Humanos serán reconocidos como norma *ius cogens*.

Los siguientes subtemas son ramificaciones del Derecho Internacional Público y su sistema de protección.

3.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Un punto importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son los principios que lo rigen, entre ellos están la *libertad pública* que pugna por que los individuos que forman parte de una Nación deben acceder a sus derechos generalmente contemplados en su Constitución. Por otro lado, está la *igualdad*, este puede ser concebido como un principio filosófico del cual se desprende el derecho a la no discriminación de las personas al acceso de los derechos. Por último, la *solidaridad* se refiere a que los Estados deben cooperar en la aplicación de estos principios.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos necesita de la manifestación de voluntad de los Estados de ser parte del Sistema Universal de Derechos Humanos a través de los tratados, es decir, se necesita de la solidaridad de los Estados para cubrir y actuar ante la vulneración de los Derechos Humanos.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra conformado por los tratados de Derechos Humanos firmados por los Estados en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos o de sistemas regionales, como el sistema europeo, africano e interamericano, que se desprenden de la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU donde se exige que todo aquel Estado adherido también debe aceptar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Facultativo y Segundo Protocolo. Cabe señalar que los Derechos Humanos giran en torno a la dignidad intrínseca del ser humano que recoge nuestra Constitución en su artículo 1.

Los mecanismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refieren a que órganos existen para activar los derechos. Entre ellos tenemos a la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

Humanos, el Consejo de Derechos Humanos, los Procedimientos Especiales de la Comisión de Derechos Humanos y la Supervisión de Cumplimiento de los Tratados de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra concebido por dos organismos. De un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que consulta cómo deben interpretarse los tratados de los Derechos Humanos y, de otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que emite sentencias. Ambos evalúan la responsabilidad de los Estados en cuanto al cumplimiento de los compromisos adoptados en el Pacto de San José de Costa Rica. Además, previenen o reparan los daños ocasionados por la vulneración de los Derechos Humanos respecto del incumplimiento de los compromisos plasmados en el Pacto.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra referido a la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Su ámbito de aplicación se da en todo momento. El Estado por voluntad propia es parte del tratado siendo el sujeto de obligaciones otorgadas por las mismas. En este ámbito del Derecho, son sujetos activos los agentes de Estado o los particulares.

La violación de los Derechos Humanos es un término muy utilizado en la actualidad, configurándose como la denominación de los atentados a este tipo de derechos. Cuando existe la vulneración de estos derechos, los organismos encargados de la investigación y sanción de la violación de los Derechos Humanos son la justicia nacional en su sistema jurídico y los sistemas universales y regionales de protección de los Derechos Humanos.

3.2 Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra basado en tres principios: la *humanidad* que señala que los conflictos deben ser humanizados, es decir, las cuestiones bélicas deben estar libres de ensañamiento hacia los civiles. El principio de *distinción* pugna por separar las personas civiles e inocentes de la fuerza militar adversaria y, por último, el principio de *necesidad militar* que reconoce que los países pueden optar por la guerra, pero esta debe ser humanizada.

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra referido a la aplicación de las cuatro Convenciones de Ginebra, los cuales se aplican durante conflictos armados internos o externos; por ello las partes de dicho conflicto armado son los sujetos de obligaciones. Los sujetos activos son las personas que se encuentran en un ámbito hostil de manera directa.

La denominación de estas personas que encuentran sus derechos vulnerados se encuentra referida a las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Entre los organismos encargados de investigar y sancionar las infracciones de estos derechos se puede dar en el ámbito nacional e internacional. En este último caso, la Corte Penal Internacional (CPI) realiza la investigación y el juzgamiento que se da en casos de crimen de guerra, de no ser ese caso necesariamente se deberá recurrir al Sistema Universal de Derechos Humanos de la ONU.

3.3 Derecho Penal Internacional

El Derecho Penal Internacional se encuentra basado en tres principios: la *extraterritorialidad* que es vinculante al territorio del país donde ocurrió la vulneración del derecho. Los otros dos principios son los de *legalidad* e *imprescriptibilidad*.

El Derecho Penal Internacional se encuentra referido a la aplicación del Estatuto de Roma. Cuando se comete un crimen a nivel internacional, las personas que en presunción cometieron un crimen son los sujetos de obligaciones; además, cualquier persona puede ejercer como sujeto activo. Cuando se atentan contra sus derechos se denominan crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes de agresión y genocidio.

Los organismos encargados de la investigación y sanción de los crímenes antes mencionados dependen del ámbito en el que se encuentren, pudiendo ser a cargo de la justicia nacional o en el marco internacional a cargo de la Corte Penal Internacional y sus diversos tribunales o el Sistema Universal de Derechos Humanos de la ONU.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1 En nuestro país gran parte de la población está de acuerdo con la pena de muerte; sin embargo, en el Sistema Interamericano esto no podría darse —entonces—, ¿qué sucede cuando el clamor popular es contrario a los derechos fundamentales?

Hoy en día, nuestra Constitución no tiene enmiendas generacionales a comparación del sistema jurídico que maneja Estados Unidos. Con enmiendas generacionales se hace referencia a que las constituciones acompañan a las sociedades del momento, es decir, constituciones que están en constantes modificaciones. Esto resalta la importancia del análisis a las constituciones. Por ejemplo, como consecuencia de un cambio generacionales, una generación moderna puede cuestionar los principios en los que se funda su Constitución; asimismo, pueden decidir transformar la Constitución.

Por otro lado, cuando la pasibilidad de modificar o no está sujeta a un acuerdo o compromiso internacional, en materia del derecho internacional público se menciona que un Estado puede comprometerse a respetar un acuerdo internacional de forma perpetua, y si bien el país puede optar por salir de ese pacto, la percepción e imagen internacional se perjudicará.

4.2 Luego del nuevo cambio del Nuevo Código Procesal Constitucional, en el artículo octavo—en el caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos— ¿existe una norma constitucional que tenga un ámbito de protección mayor que alguna norma convencional?

No podría darse el caso, pues en todo el desarrollo en materia de Derechos Humanos no puede haber una mejor aplicación del derecho interno frente al derecho internacional. Esto, principalmente, debido a que la aplicación del control de convencionalidad resulta más relevante que la aplicación del derecho interno.

El juez constitucional, poderes, deberes y límites*

Edgar Garzón Buenaventura**
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Discrecionalidad judicial de los jueces / 2. Límites aplicados al juez constitucional / 3. Sentencias ejecutadas por tribunales constitucionales / 4. Respuestas las preguntas del público.

1. Discrecionalidad judicial de los jueces

Para iniciar esta disertación se debe retomar una vieja discusión planteada desde el círculo de Viena entre dos grandes filósofos: Hans Kelsen y Carl Schmitt, la cual giraba en torno al poder del juez constitucional y se plantea una pregunta acerca de cuándo nacen los tribunales constitucionales y acerca de quién debe ser el defensor de la Constitución.

Esa discusión entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, discute la defensa de la Constitución y la problemática de si el juez puede crear o no derecho. En relación a ello, Francesco Carnelutti menciona una importante frase: *“No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Mas bien pensad en el juez que es verdaderamente la figura central del derecho.”*

Es así que deberemos enfocarnos en la cuestión de si los jueces en los casos difíciles o graves puede crear bajo su discrecionalidad judicial el derecho. La posición kelseniana del positivismo metodológico señala que el juez no puede crear derecho porque su función es administrar justicia ya que —de lo contrario— se vulneraría el principio de la separación democrática. De

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Internacional Especializado en Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales “Desarrollo de los procesos de tutela de derechos constitucionales: análisis desde la perspectiva del derecho comparado”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 22 de octubre del 2021.

** Abogado y Filósofo por la Universidad Libre (Colombia). Magister en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad Libre. Profesor Universitario de pregrado y postgrado. Conferencista nacional e internacional. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

otro lado, otros juristas como Schmitt, Ronald Dworkin o Robert Alexy indican que existe una discrecionalidad judicial cuando los jueces deben desempeñarse en casos urgentes y graves de materia constitucional.

La ley posee tres acepciones importantes: las leyes son abstractas, impersonales y generales, es por ello que se debe precisar algunas posiciones desde la Corte Constitucional colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Existen tres tipos de controles constitucionales en el mundo; el primero es el control francés o político que nace de la cuestión prioritaria de constitucionalidad en 2008, donde se recuerda que por materia francesa el Consejo de Estado o el Consejo Constitucional que, actualmente es un control político de nuestros presidentes.

Por ejemplo, cuando una ley llega al Consejo Constitucional y el presidente de la República determina si esa ley es válida o no, se materializa un control político de la ley. El segundo control es el kelseniano o europeo, donde se vuelve a replantear la vieja discusión de la Constitución austriaca de 1921 y la constitución Checoslovaquia de 1930. Más adelante apareció el Tribunal Federal Alemán de 1949 y el Tribunal Italiano de 1947, es así que Kelsen se cuestiona si la norma es norma de normas o, en todo caso, quién es el guardián de la Constitución, por lo que Kelsen sostiene que debe existir un Tribunal Constitucional concentrado que permita proteger la constitucionalidad de la norma jurídica. Eso que quiere decir que cuando se promulga una ley debe existir un control, el cual es incidental, automático y solo de forma. Kelsen señalaba que la Corte solamente puede establecer si se respetó las órdenes de los debates que se han dado en el Congreso de la República y si él mismo dictó directamente bajo los mismos estipulados de la norma jurídica la normal legal; eso quiere decir que es un control meramente aritmético.

Después no solo se buscaba que se desarrolle un control de forma sino también de fondo. Kelsen tenía una posición contraria frente al control de fondo de constitucionalidad. Por ejemplo, puede haber casos en que la ley no responda acerca de la constitucionalidad de la norma jurídica; en ese sentido, el juez constitucional puede crear normas de derecho en casos como el aborto, adopción de parejas homoparentales; es decir, situaciones en las que no hay respuestas en el derecho ya sea porque la norma es ambigua o porque existen dos normas, etc. El juez puede crear derecho, y es ahí donde se sitúa la preocupación de Kelsen acerca de quién controla al controlador, es decir, acerca de quién controla la Corte Constitucional.

El último control es el norteamericano-judicial que se origina en tres casos paradigmáticos en el mundo. El caso más importante el caso del Dr. Bonham de 1610 y el caso de Marbury contra Madison de 1803, un caso acerca de la educación que se encuentra directamente en la Suprema Corte de Justicia de la nación norteamericana.

Este control judicial es un control *inter partes* donde cualquier juez puede declarar la inexecutable de una norma jurídica, y donde no corresponde esa decisión a un Tribunal último como pretendía Kelsen; lo más importante de este control es que todos los jueces son jueces constitucionales; por eso, el control privilegia el principio de la supremacía constitucional a cualquier juez.

Estos típicos controles de constitucionalidad se tienen en la Argentina donde existe la Suprema Corte de Justicia. Cabe resaltar que Argentina es un sistema federal y estos tres tipos de controles privilegian la facultad de que exista un juez constitucional; por eso, tienen tres tipos de modelos que privilegiaban los límites y los poderes del juez constitucional, los cuales son la justicia transnacional, la justicia constitucional y las acciones constitucionales.

También hay que resaltar que hubo una reforma del Código Procesal Constitucional donde privilegia la justicia constitucional y las acciones constitucionales; sin embargo, hay que recordar que en la Constitución peruana de 1979 existía un fuerte apego al concepto de justicia transnacional y, al juez constitucional se le establecía un límite que es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Existen distintos tipos de control de constitucionalidad, en Argentina usan más el sistema difuso; en Paraguay, los sistemas concentrados y; Bolivia y Colombia les dan un mayor uso a los sistemas de control difuso. Además, este último permite que todos los jueces sean jueces constitucionales en materia de acciones de amparo o en acciones de tutela.

En Argentina no sucede así ya que los jueces constitucionales tienen la facultad propiamente dicha de declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio o a petición de parte. Por ejemplo, en un sistema como España, Alemania, Austria o Bélgica dónde se puede mandar una acción inconstitucionalidad. Asimismo, en el ordenamiento jurídico colombiano se tiene el artículo 243° de la Constitución Política colombiana que fue erradicado por el Decreto N° 206791, donde se aplicó una acción pública de inconstitucionalidad.

Cuando el tribunal constitucional ve que la norma está atentando contra la Constitución Política la expulsa del ordenamiento jurídico. En contraste con ello, otros países como Argentina, Suecia o Irlanda no declaran el procedimiento de efecto suspensivo y aparece el poder legislador de carácter positivo. En relación a ello el filósofo Isaías Berlín en su texto sobre la libertad indica que actualmente es el poder del legislador, donde el juez puede declarar la institucionalidad de una norma o una norma jurídica.

Ahora, en cuando apareció la Constitución Política de 1991 que fue inspiración de la Constitución española de 1978 y la Constitución de Portugal del 1976 aparece una corriente del neoconstitucionalismo, en la cual se plantea que los tribunales constitucionales tienen las facultades para que apliquen el derecho, ya que los jueces constitucionales no deben estancarse solamente en la descripción de las normas sino se debe analizar también los principios.

2. Límites aplicados al juez constitucional

Existe una fuerte discusión en la cual se indica que el derecho no solamente está compuesto por reglas o normas taxativas como pretendía el positivismo metodológico, sino también por principios; es así como Ronald Dworkin indica que los principios están determinados por la calificación cualitativa y poseen una dimensión ética y política. En ese orden de ideas, Robert Alexy fundamenta en base a la teoría de los derechos fundamentales que los principios son mandatos de optimización que están dictaminados por posibilidades fácticas y jurídica; por eso se dice que el juez constitucional determina la ductilidad en casos difíciles, urgentes o graves.

Por ejemplo, casos acerca de la eutanasia, del matrimonio, del aborto, donde se debe tener en cuenta no solamente lo que se estipula en las reglas sino enfocarnos en los principios; por ejemplo, en los casos de aborto debe haber una ponderación entre el bien jurídico de libertad personal y el derecho a la vida, por lo que no existen derechos absolutos. Otro ejemplo es el matrimonio igualitario donde se enfrenta el derecho de igualdad y el concepto de familia entre un hombre y una mujer y la diversidad sexual, entre otros.

El juez constitucional ya no solamente puede quedarse en su lógica argumentativa —como diría Ronald Dworkin— se tendría que convertir en un juez “Hércules” que encuentra respuestas correctas en el derecho a través de la teoría de los principios y, por eso, debe apegarse a la realidad social.

Asimismo, se tienen discusiones importantes donde se debe cuestionar qué sucede frente a situaciones cuando el juez constitucional está conociendo

acciones de amparo o tutela. Se pregunta si se podría ordenarle al Poder Ejecutivo realizar funciones de órdenes independientes a su creación jurídica. Por ejemplo, en el Perú actualmente el Tribunal Constitucional independientemente de la decisión del Congreso puede restituir a un presidente de la República, en este caso el juez constitucional estaría invadiendo el espacio legislativo del Congreso o del poder parlamentario.

En ese sentido, hay tres paradigmas: primero, el juez constitucional bajo la teoría sobre el constitucionalismo consolida los procesos constitucionales por encima de las acciones ordinarias como las acciones administrativas o acciones civiles; el juez constitucional desplaza y ordena directamente al juez ordinario y al juez contencioso-administrativo; es allí donde se puede encontrar la tipología de la sentencia constitucional, por lo que sus decisiones constituyen efectos del precedente de la lógica argumentativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos; por tanto, debemos cuestionarnos hasta dónde llegan los límites interpretativos sobre el constitucionalismo.

Por otro lado, las acciones de amparo no pueden ser mecanismos subsidiarios de carácter ordinarios como se ilustra en el caso de Colombia, donde en una sentencia de amparo se sostuvo que los celos posesivos podrían ser una causal adicional de divorcio según el artículo 154° del Código Civil colombiano, y la Corte Constitucional interpretando la Convención de Belém do Pará ordenó al juez de primera instancia a través de la discusión en base al enfoque de género que los celos posesivos sí podían ser una causal de divorcio.

Cabe resaltar que cuando los tribunales constitucionales se constituyen, se exige una verdadera ética del juez constitucional, pero los inconvenientes surgen cuando los jueces constitucionales se convierten en legisladores positivos; por ejemplo, en el caso de Bolivia cuando se eligió la manera de elección de magistrados mediante voto popular, el juez ya no sería un juez constitucional son un juez político. Por tanto, se deben establecer los límites a los poderes de los jueces constitucionales, es allí donde surge una discusión respecto al ejercicio constitucional y al control de constitucionalidad.

La Constitución de Francia 1958 comenzó a hablar del bloque de constitucionalidad, el cual incluye normas de carácter implícitas o cláusulas de recepción de normas de carácter internacional; dicho bloque de constitucionalidad permite recepcionar distintas interpretaciones.

En la convención de Viena de 1969 surgieron tres debates importantes, y las soluciones se aplican para la Corte Internacional de Justicia, para la Corte IDH, donde predomina el control de convencionalidad. En la primera situación —como define la profesora Susana Albanes— el control de convencionalidad es la recepción de normas de carácter internacional en materia de derechos humanos en los ordenamientos constitucionales y, por eso, el control de convencionalidad fue creado por el gran maestro Sergio García Ramírez. También el voto razonado de Ecuador fue referenciado en la sentencia *Myrna Mack Chang vs Guatemala* que, según el artículo segundo de la Corte debe existir un fundamento dialógico entre lo que esta dice y recepcionarla en materia constitucional a través del principio *pro hominem* del derecho interno. Esto también lo establece el presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac Gregor, con el voto razonado; por tanto, en la facultad del juez constitucional debe haber un fundamento dialógico.

También se puede mencionar el caso *Gelman vs. Uruguay* o el caso *Cabrera García y Montiel vs. México* del año 2010. En estas sentencias se desarrollan dos características importantes: la *res iudicata* y la *res interpretata*; esta última —dice Ferrer Mac Gregor— son las interpretaciones que hace la Corte en casos concretos donde se debe enfocar la atención no solamente en los casos que se administra contra el Estado sino contra otros. Por ejemplo, el caso *Barrios Altos vs. Perú* donde Corte Internacional ordenó modificar la Constitución peruana bajo la cláusula de recepción porque no se podía permitir amnistías en materia de derechos humanos.

La *res interpretata* y la *res iudicata* constituyen cosa juzgada internacional para el efecto y las garantías de los derechos humanos y más en materia constitucional. Un ejemplo de esas cláusulas de recepción y las cláusulas de integración del cuerpo constitucional se tiene en el caso *Gelman vs. Uruguay* donde el juez constitucional puede decir que —en principio— “*la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido considerado incluso por la propia carta democrática Interamericana*”. Eso quiere decir que uno puede ser muy democrático y muy claro en sus decisiones constitucionales, pero si se violan el límite de los derechos humanos, el juez constitucional podrá revalidar hasta un referéndum, hasta la misma Constitución porque respeta la cuestión inquebrantable de los derechos humanos en los casos concretos.

Dos casos importantísimos son el caso del voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde la Corte IDH desarrolla dos situaciones importantes del control concentrado, donde establece un deber de atención, donde —de todos los jueces— los funciona-

rios jurisdiccionales y los funcionarios públicos deben aplicar el control de convencionalidad a sus decisiones constitucionales, pero lastimosamente eso es una descripción meramente formativa ya que actualmente el Tribunal Constitucional de Colombia, bajo interpretación falaz, bajo la sentencia C-941 de 2010 dijo que la Corte Constitucional no es juez convencional por lo que no está llamada a verificar los derechos humanos a nivel interno, aunque ha admitido precedentes donde existen criterios diferenciadores que no se aplican en materia interamericana, como la sentencia C-1189 de 2005, la C-225 de 1995 y la T- 740 de 2011, donde la Corte Constitucional dice que el juez convencional se convierte en legislador positivo.

Así, se vuelve a la discusión de Kelsen, donde se pregunta si un juez bajo su concepción ideológica es conservador y solamente aplica la supremacía constitucional que sucede frente a los derechos humanos. El poder de legislador positivo puede llegar a inaplicarlo, por tanto, Kelsen tenía razón en primera premisa acerca de que los jueces no puede ser legisladores positivos en sus decisiones constitucionales.

3. Sentencias ejecutadas por tribunales constitucionales

En Colombia es recepcionado bajo la Ley N° 16 de 1972, diferentes casos como *Caballero Delgado Santana* de 1995, caso *Palmeras Colombia vs. Colombia* de 2001, caso *diecinueve comerciantes vs. Colombia* de 2002, entre otros. Estos son muchísimos casos desarrollados en esa teoría del control de convencionalidad.

En relación, a las funciones constitucionales en esas decisiones importantes se encuentra la sentencia de C-047 de 1999. Actualmente, el juez constitucional bajo la Corte Constitucional, bajo toda esa teoría, existe un poder donde el juez constitucional puede crear derecho, esto porque se debe dar coherencia al sistema jurídico y proteger el desarrollo económico de las decisiones. Debe aplicarse la igualdad en todas las decisiones constitucionales independientemente, respetando el principio de separación democrática de poderes y debe también respetarse el principio del precedente.

Así las cosas, lo que ha señalado Carlos Ramón Núñez, quien hablaba de la transversalidad de la Constitución, los fallos de la Corte Constitucional, como jueces legisladores positivos proponía a Carlos Ramón Nuñez y a Espinosa Saldaña, magistrado también del Tribunal Constitucional peruano, que actualmente en los tribunales constitucionales se debe aplicar los derechos con una coherencia normativa con todas las ramas del derecho.

Existe un problema importante que se encuentra en la teoría general del derecho, un problema de materia constitucional porque la mayoría de nues-

tros ordenamientos jurídicos aplican una teoría fuerte de la ley, e indican que el legislador es el único que crea la ley, y no la puede crear una Corte Constitucional. Además, en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional, las sentencias de Alejandro Martínez Caballero, de Carlos Gaviria Díaz, de Vladimiro Naranjo Mesa, de Rodrigo Escobar Gil, en estas sentencias se habla de ley (debe entenderse como Constitución) y como Corte Constitucional debe ser la guardiana de esta.

Es así como se cuestiona al juez como creador positivo del derecho, se habla de las tipologías de las sentencias constitucionales, la mayoría de ellas pueden ser declaradas asequibles o inasequibles, pero muchas veces las cortes constitucionales manipulan sus decisiones en sus efectos y se encuentran sentencias como manipulativas donde la Corte Constitucional realiza una interpretación extensiva a la norma jurídica. Por ejemplo, en relación al aborto no se aplica en Colombia, excepto en tres situaciones: malformación del feto, cuando la vida de la mujer corre riesgo o cuando graves defectos en el feto que afectan el derecho de vida de la mujer.

Existen distintos tipos de sentencias como las sustitutivas de una norma o una premisa constitucional, apelativas o exhortativas como las sentencias C-577 del 2011 que ordena al Congreso regular una materia jurídica; como el matrimonio igualitario; sentencias retroactivas o *ex tunc* donde los efectos del Tribunal Constitucional pueden a futuro generar efectos hacia atrás como la sentencia C-221 de 1997. La inconstitucionalidad diferida, que es otro tipo de tipología de sentencia constitucional, donde las Cortes constitucionales declaran inconstitucionalidad, pero mantienen la ley hasta que el Congreso regule el tema.

Dentro de la modulación de los derechos de los jueces, hay un texto muy importante llamado *Derecho y los jueces* del autor colombiano Eduardo López Medina, que desarrolla cómo se tiene que realizar una línea jurisprudencial. Por ejemplo, con el tema de la Corte Constitucional cuando cambian a los magistrados, cambian los factores ideológicos de los precedentes.

Asimismo, se puede hacer referencia a una primera sentencia que cambia el balance jurisprudencial en un tema de jurídico concreto en base a principios, se tienen también a las jurisprudencias *pop*, que es cuando otros tribunales constitucionales recepcionan de ciertas jurisprudencias de otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, el *estado de cosas inconstitucionales* fue derivado de la Suprema Corte de Justicia de la India, donde se constituía como una forma de violación ilícita de administración generado efectos

masivos a los derechos fundamentales y qué fue derivado a la jurisprudencia constitucional a través de la sentencia T-025 de 2004.

Hay otra situación muy importante u otro tipo de las sentencias constitucionales que se denominan “omisión legislativa”. Uno recordará que las omisiones legislativas es cuando el legislador no regula un tema en un caso concreto; en ese sentido, hay dos clases de funciones: absolutas y relativas. Las omisiones legislativas pueden cubrirse mediante el uso de principios, pero no las omisiones legislativas absolutas; por tanto, las cortes constitucionales cuando encuentran omisiones legislativas pueden llenar estas lagunas mediante interpretación constitucional.

Acerca de los límites del juez constitucional se puede mencionar los poderes y las deficiencias de las situaciones, estos son por dos casos precedentes en el mundo del ordenamiento jurídico. Una de ellas es acerca de las cuestiones políticas no justiciables. El maestro argentino Carlos Alberto Bianchi en su texto *El control de constitucionalidad* desarrolla casos paradigmáticos: el caso de *Laffite* y el caso *Marbury vs. Madison*. El caso Lafitte es un caso impresionante del derecho francés, donde Laffite era un banquero que prestaba muchísimo dinero; entonces, le prestó dinero a un integrante de la familia Bonaparte; sin embargo, Napoleón perdió la batalla de Waterloo, de donde podía obtener dinero, y la familia bonapartista declinó y volvió al poder la familia borbónica.

Laffite reclamó su deuda a Luis XVII y pese a que tenía un pagaré firmado por la familia bonapartista, el Consejo de Estado dijo que eran situaciones políticas que no le correspondían, por lo que no eran justiciables ya que lo que los tribunales no intervienen ni en política interior o exterior.

El segundo caso muy conocido es de *Marbury vs. Madison*, allí es donde se concretizan dos teorías. una del juez como creador del derecho, como legislador positivo cuando encuentra problemas jurídicos o cuando es una cuestión política no justiciable, por lo que el tribunal no se puede inmiscuir.

Los jueces constitucionales con base en un concepto aristotélico acerca de la justicia distributiva y la justicia conmutativa, desarrolla la *phronesis*, que es el acto de prudencia que debe tener presencia en el juez constitucional. Se trata de la discrecionalidad, el juez no puede inhibirse en sus fallos constitucionales; por eso, se mencionaron dos postulados. El principio de la justicia de seguridad jurídica donde el juez debe encontrar una respuesta jurídica en el derecho mismo ya que no debe convertirse en un juez Legislador positivo, sino aplicar la *phronesis* y encontrar en los mismos principios argumentativos los límites constitucionales para brindar las respuestas correctas en el derecho en casos urgentes o graves.

Ronald Dworkin y Alexy tienen razón cuando encuentran que es insuficiente las normas en el Derecho; en ese sentido, estos juristas indican que la respuesta correcta del juez constitucional se encuentra en los principios porque en la teoría alexiana existe la tesis de ponderación y autonomía de Derecho, donde se encuentran los principios formales y materiales de este y las labores argumentativas que se deben realizar a través de la prudencia y respetando el principio de separación de poderes. Por eso, el carácter vinculante de las decisiones no debe privilegiar ni convertir en legisladores a los jueces porque eso rompería el principio de separación democrática de poderes públicos, se quebraría un esquema democrático y un esquema de decisión judicial.

En ese sentido, se debe recordar lo dicho por Malcolm X (ministro estadounidense): “*No se puede separar la paz de la libertad porque nadie puede estar en paz a menos que tenga su libertad*”. Los jueces tienen que ser jueces éticos, claros y deben privilegiar el ordenamiento jurídico positivo.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. ¿Cómo calificaría usted el sistema constitucional venezolano?

Existe una discusión muy fuerte en relación a que el Tribunal Supremo de Venezuela no tiene una Corte Constitucional, por lo que no se puede privilegiar el principio de supremacía constitucional. Cabe resaltar que en los tribunales constitucionales se desarrollan dos principios muy claros: el principio de autonomía y de imparcialidad, el maestro Alvarado Velloso dice que son las cuestiones más importantes en los jueces.

Lo que sucede en Venezuela es que el Tribunal Supremo está sometido a las políticas gubernamentales; entonces, es muy difícil que la Corte IDH se comporte como legislador positivo y exija la cuestión constitucional en materia de derechos humanos. Por eso, muchas veces en casos contra Venezuela, el Tribunal Supremo no se comporta como parcial o imparcial, sino que hay una subrogación de poderes públicos del Poder Ejecutivo frente al Judicial y, en ese sentido, no hay un principio de autonomía judicial ni un control de constitucionalidad concentrado que privilegie el principio de supremacía constitucional ya sea kelseniano o norteamericano.

4.2. En el Perú, muchas veces la función del Tribunal Constitucional no se limita solamente a la declaración de vulneración de un derecho en alguna instancia judicial, sino también a declarar un estado de cosas inconstitucional que es una técnica que ha sido tomada de la Corte Constitucional colombiana, y muchas

veces mediante estas sentencias motiva o exhorta la declaración de políticas públicas, ¿considera usted que en esos casos se está excediendo el rol que debería tener el juez constitucional en una acepción diferente a la del juez legislador?

El problema es que el estado de cosas inconstitucional se crea de un trasplante de la corte suprema de justicia de la India; en ese sentido, la corte de los tribunales constitucionales muchas veces en base a la teoría de los núcleos esenciales de los derechos humanos y de los núcleos esenciales de los derechos fundamentales, se convierten en jueces legisladores positivos.

Podemos ilustrar el caso de los sistemas carcelarios. En Colombia encontramos un hacinamiento carcelario muy grave por lo que la Corte Constitucional ha hecho un seguimiento a las políticas públicas de la función especial ordenando privilegiar el derecho de las personas privadas de la libertad, pero veces esos criterios son insuficientes y es donde resaltan las omisiones legislativas.

En el caso del trabajo sexual de las cortesananas en materia de prestaciones sociales, se cuestiona si las trabajadoras sexuales tienen prestaciones sociales, en estas situaciones las cortes constitucionales deben orientarse hacia la protección de los derechos fundamentales de las personas; por tanto, deben comportarse como jueces legisladores positivos y deben hacerlo en base a la *phronesis* o prudencia judicial. Y el estado de cosas inconstitucionales es una medida o metodología interpretativa que han hecho las cortes constitucionales para privilegiar derechos constitucionales, pero siempre debemos estar atentos a que no se configure un control político.

4.3. Se hizo referencia a la función que puede tener un Tribunal Constitucional con los jueces constitucionales para poder subsanar una comisión legislativa cuando esta acción se podría considerar en contra de las que ejerce el mismo Poder Legislativo, ¿esto generaría una tensión entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.?

En el marco de las omisiones legislativas, las cuales son situaciones jurídicas con un defectuoso funcionamiento, en Colombia lo que sucede es que se ordena el estatuto de trabajo en la Constitución colombiana, pero el legislador no ha desarrollado el estatuto del trabajo, por lo que las cortes constitucionales no pueden llenar las omisiones legislativas absolutas, pero ¿qué sucede frente a las omisiones legislativas relativas? Cuando el congreso reguló la Ley N° 380 en el 2010 y reguló el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes, pero establecía cuestiones como

la cesación de pagos como mecanismo de conciliación de carácter privado, pero no se establecía los formatos, por lo que si uno presentaba su solicitud ante un centro de conciliación no se sabía cuál era el procedimiento a seguir y, en ese sentido, era necesaria una tutela porque a veces el legislador es insuficiente ya que se puede llegar a elegir a nuestros representantes no por la sapiencia de que tengan del derecho, sino que son elegidos por voto popular de afinidades o el poder carismático. Ahí son peligrosas las decisiones judiciales. Entonces, en principio las omisiones legislativas relativas se pueden llenar en materia administrativa, en materia de contratación estatal, los convenios interadministrativos, en materia de contratación estatal, etc., pero deben existir límites a las de decisiones judiciales porque encontramos las omisiones en materia civil, penal, administrativa, familia, penal.

4.4. El Tribunal Constitucional peruano señala que en la acción de inconstitucionalidad los legitimados activos no promueven la defensa de interés particulares sino el interés general es la defensa de la constitucionalidad de las leyes; por ello una vez habilitada la competencia del Tribunal Constitucional se debe pronunciar sobre el fondo y resolver la controversia, ¿este mismo criterio puede ser utilizado para establecer la revisión del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes?

Estas son situaciones particulares y concretas de cada país, y respecto a Perú frente a la acción de inconstitucionalidad y la revisión de oficios, solamente poseo una aproximación, pero yo creería que sí se pueden velar intereses de carácter general porque la defensa de la supremacía constitucional defiende el interés general.

4.5. De manera general, ¿cuál considera usted que debió haber sido el rol de los jueces constitucionales ante la pandemia? Sobre todo, ante las denuncias que se presentaron por las faltas injustificadas de los costos sobre todo en servicios de salud y educación derechos sumamente básicos.

La cuestión podemos extenderla acerca de cuál sería el papel del Tribunal Constitucional en la tardanza de las vacunas, por lo que la cuestión gira en torno a cuál sería la responsabilidad del Tribunal Constitucional ya que todos conocemos, así sea de manera somera a personas que han fallecido por el COVID-19.

Las decisiones de carácter constitucional deben amparar los derechos fundamentales y en relación a las cuestiones políticas no justiciables. Recor-

demos que la decisión constitucional tiene que estar amparado por una relación de derecho y economía al hablar de los impactos económicos de las decisiones. Y, ¿qué sucede si estas decisiones pueden negar acciones de amparo si las políticas públicas e internas dependen directamente de la función ejecutiva? Esas cuestiones de salud o la tardanza de las vacunas no dependen tanto de una decisión constitucional de amparo sino de una responsabilidad administrativa y hasta internacional de la función ejecutiva.

En el caso de las personas que han fallecido por falta de vacunas, no sería responsabilidad administrativa del juez constitucional por la tardanza o negligencia de vacunas, debería ejecutarse acciones de reparación directa del Estado o debería haber una responsabilidad internacional ante la Corte Internacional de Justicia, incluso hacia el Estado chino por negligencia e imprudencia.

La determinación del contenido esencial del derecho fundamental

Fernando Delgado Arbizuri**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Algunas consideraciones previas / 3. 3. Sobre una definición institucional del contenido esencial del derecho fundamental / 4. Como se determina el contenido esencial del derecho fundamental / 4.1. Pasos para determinar el contenido esencial / 5. Aspectos complementarios a tomar en cuenta en la albor de la determinación del contenido esencial.

1. Introducción

El desarrollo del contenido esencial resulta siendo el día de hoy un tema trascendental en la dogmática de los derechos fundamentales, y asume un contenido adicional cuando se vincula con la presencia e implementación de los mecanismos de protección de los mismos, por su concepción los derechos fundamentales resultan siendo concreciones complejas que contienen una amplio haz de contenidos y que por su naturaleza deben ser protegidos e interpretados.

En esa labor los tribunales constitucionales y su desarrollo jurisprudencial han venido perfilando en doctrina bastante compleja el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales, nuestro órgano de control no ha sido ajeno a ello quien sobre el conocimiento de diversos procesos ha desarrollado desde la expedición el sentencia recaída en el Expediente N°

* Conferencial virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Litigación de Procesos Constitucionales "Perspectivas Jurídicas en los derechos fundamentales y litigación en procesos constitucionales", organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 14 al 17 de marzo del 2022.

** Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Cursos de Postgrado en derechos fundamentales y garantías procesales por la Universidad Castilla - La Mancha (España). Se ha desempeñado como asesor jurisdiccional especializado de Tribunal Constitucional, asesor Ministerio de Justicia Comisionado de la Defensoría del Pueblo, jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la Defensoría del Policía Ministerio del Interior, secretario técnico del Consejo Nacional de Derechos Humanos Docente Universitario. Docente de la Academia de la Magistratura, Universidad. Mayor de San Marcos, Universidad Cesar Vallejo y Las Américas. Consultor, docente y abogado litigante Correo electrónico: delgadoconsultor@hotmail.com.

14:17-2005-PA/TC Manuel Anicama Hernández, ha sentado un criterio al respecto en un tema de naturaleza pensionaria optando por una tesis más bien bastante amplia al respecto, siguiendo esa línea de desarrollo el órgano de control ha venido realizando esta labor de concreción de contenidos esenciales en diversos derechos fundamentales con una finalidad brindarles a estos un mayor nivel de protección y que por tanto tenga una ampliación de la justiciabilidad, casos como la determinación del contenido esencial en materia del derecho al trabajo¹ y al acceso de información pública entre otros².

Debemos advertir que si bien el tema objeto del presente artículo pueda estar resuelto en el plano de la jurisprudencia constitucional local, no es menos cierto que su debate en las ciencias jurídicas sigue abierto e indeterminado, ello por varias razones, pero principalmente por una que consideramos implícita en atención a su denominación, nos referimos a la compresión de las diferencias existentes entre los contornos del derecho fundamental y las probables injerencias en los mismos, en este caso la delimitación de los derechos, para ello es absolutamente necesario determinar el contenido esencial del derecho y las intervenciones en su desarrollo.

2. Algunas consideraciones previas

Una de las características de un estado constitucional en el que nos encontramos se caracteriza por una actividad judicial en la que el juez sin distinción alguna de su especialidad pondera y no subsume, esta labor desemboca ineludiblemente en la resolución de una controversia en la necesaria obligación a que el operador tenga que identificar el contenido esencial del derecho en debate, determinar sus contornos y a partir de ello efectuar la labor de protección, por ello consideramos que no es posible ponderar, si es que antes no se ha desarrollado la técnica de la ponderación.

La finalidad de esta tarea de definir el contenido esencial del derecho fundamental consiste en tratar de buscar lo que en doctrina producto de una visión tradicional el denominado nuclear “núcleo duro” o “médular” del

1 El contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y, por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. “Caso Pedro Antonio Baylón Flores STC 206-2005-PA/TC.

2 El derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, (...) no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. (STC Exp. N° 0950-2000-HD/TC, P. f. j. 5.

que alude aquella parte que resulta intangible al legislador y debe quedar absolutamente reconocido, caso contrario se desconocería el contenido esencial cuando un derecho fundamental en específico queda librado o expuesto sometido a limitaciones que lo convierten en impracticable, dejando al derecho desprotegido.

Ciertamente la determinación del contenido esencial dijimos que no era un tema exento de discusión, existen a la fecha diversas teorías para su determinación que siendo un tema apasionante y sumamente ambicioso abordarlos y sin ánimo de entrar en el desarrollo de los mismos citaremos al Maestro Bernal Pulido citando al maestro Ignacio de Otto cuando propone un método subjuntivo sin la aplicación del método de la ponderación³.

“A causa de los problemas conceptuales de la teoría absoluta del contenido esencial en un conocido texto, Ignacio De Otto propuso renunciar a su aplicación y optar por una teoría interna de los derechos fundamentales, inspirada en la teoría lingüística de Friedrich Muller. La propuesta de De Otto fue acogida y aún es seguida hoy día por algunos autores. Esta teoría propone un modelo subsuntivo puro para la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, un modelo de subsunción sin ponderación. Con todo, desde 1995 el Tribunal Constitucional se ha inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estructurales para determinar el contenido de los derechos fundamentales.”

Otra de las características consustanciales del denominado contenido esencial del derecho mas en cuanto a su identificación tiene que ver con los mecanismos previos para identificarlo precisamos que esta labor tiene que efectuarse en el caso en concreto y no en abstracto, no a priori, sino en concordancia con los bienes principios y valores superiores que informan la constitución tal criterio lo ha precisado nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC.

“Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones”

Debemos entender que la determinación del contenido esencial resulta siendo en el diseño procesal instaurado en un primer momento en el có-

³ Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? Carlos Bernal Pulido Universidad Externado de Colombia Revista Doxa 2007

digo anterior Ley N° 28237 artículo 5.2 y en el código actual artículo 7.1 la causal de improcedencia aplicable a los procesos constitucionales esta incorporación a nuestro modo de ver resulta siendo una ratificación legislativa de que los procesos constitucionales son mecanismos de defensa de derechos fundamentales y que en todo caso coincido con algunos colegas que su incorporación fue innecesaria pudiendo esta ser únicamente precisada y desarrollada vía jurisprudencia, tal criterio ha sido expresado en la sentencia recaída en la sentencia N° 1417-2005PATC fundamento jurídico 8.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (C.P.Cnst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5 que los procesos constitucionales no proceden cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38 del C.P.Cnst., establece que este no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del C.P.Cnst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan solo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza.

3. Sobre una definición institucional del contenido esencial del derecho fundamental

En el acápite anterior habíamos adelantado algunas referencias en torno a la determinación del contenido esencial, precisamos a modo de resumen que el contenido esencial no puede establecerse a priori si no en el caso en concreto y como consecuencia consideramos que una labor de ponderación y su determinación estaba vinculada a los valores supremos y superiores que la constitución establece, ahora nos ocupa abordar una definición institucional acerca de ese contenido comenzaremos precisando que no hay criterios uniformes, la Constitución Española de 1979 establecía por un lado en su artículo 53

“la obligación de respeto del contenido esencial de los derechos regulados en el capítulo II, del Título I (arts. 14 al 38), por tanto, esta garantía del desarrollo legislativo de los derechos no se refiere a la totalidad de los derechos constitucionales ni legales, sino tan solo, a un grupo específico de

derechos en su momento el Tribunal Constitucional Español precisaba en la sentencia 11/81 que el de modo que constituyan el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”.

Al respecto y con relación a la concreción del contenido esencial y su correcta identificación el Profesor Luciano Parejo en su artículo El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981 Luciano Parejo Alfonso pág.175⁴, establecía la necesidad de fijar ciertos límites a efectos de determinar el contenido esencial a saber.

- a) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta «establece por sí misma». Es el caso, por ejemplo, de los artículos 16.1 (limitación de la libertad ideológica, religiosa y de culto por las necesidades de mantenimiento del orden público protegido por la Ley), limitación de los derechos de libre expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones; y
- b) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales

Estos dos tipos diferenciados de límites (pues el primero lo es del propio derecho fundamental, mientras que el segundo lo es de la Ley que regule este derecho señala Luciano Parejo.

La citada sentencia del 8 de abril de 1981, todo el punto 8.º de sus fundamentos jurídicos de alguna manera aclara el concepto sobre su determinación en la que precisa;

«Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

No se trata, pues, de cualquier contenido atribuible a los derechos subjetivos en general, sino de aquella parte que resulta siendo intangible al legis-

⁴ Luciano Parejo Alfonso a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981 pág.175.

lador y que le permita al derecho ser reconocible en los ámbitos el interno y el externo nos referimos a las facultades de cada derecho y básicamente su contenido.

La Constitución Helvética establece una variante al contenido esencial y lo denomina “contenido nuclear” («Kerngehalt») de los derechos fundamentales, conforme a la constitución federal Suiza 36.4 de la Constitución suiza debe ser “inviolable” no queda claro si este término alude a la garantía del contenido esencial, sin embargo, el contenido nuclear hace referencia al núcleo duro.

En su momento el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecía que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales debe estar establecida por ley y respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 19 precisaba que cuando según ley fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial.

La carta española de 1978 en su artículo 53.1 citaba que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 22 vinculan a todos los poderes públicos, solo por ley que en todo caso deberá respetar el contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

La tan mentada sentencia N° 1417- 2005 PA/TC Manuel Anicama Hernández precisa en palabras del profesor Manuel Medina Guerrero en su fundamento jurídico 20 en relación a los elementos integrantes del contenido esencial (STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, P, f. j. 20)

Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”.

En relación al contenido constitucionalmente protegido. El fundamento 21 complementando al fundamento 20 precisa “Todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor

o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. (STC Exp. N° 01417- 2005-AA/TC, P, f. j. 21)

4. Como se determina el contenido esencial del derecho fundamental

Difícil tarea la pendiente en el presente caso, en los títulos anteriores desarrollamos las características y consideraciones previas en la labor de determinación del contenido esencial, debo preciar que la respuesta a la pregunta, además de contar con diversas teorías para la identificación de ello cito; la teoría relativa, absoluta e intermedia, el desarrollo lo encontramos en la jurisprudencia constitucional que complementó en su momento el artículo 5.1 del Código derogado, que entendía esta cláusula en términos en modo negativo; es necesario determinar cuándo se configura una situación que reúna esta condición directa e indirectamente, implícita o explícitamente, pero aclarando en este caso resulta siendo pues una condición previa para su admisión.

4.1. Pasos para determinar el contenido esencial

En esa labor pendiente de determinar el contenido esencial el Tribunal Constitucional ha desarrollado una suerte de test aplicable al caso en concreto a partir de una serie de fases o etapas.

El primer paso de esta tarea es establecer las pociiones iusfundamentales garantizadas del derecho, dando respuesta de quien o quienes son los sujetos pasivos tomando en cuenta la condición específica y en particular del titular del derecho.

Segundo paso; esta segunda fase implica determinar si los actos constituyen una intervención en el ámbito normativo del derecho y en que medida esta situación constituye una injerencia al derecho, si se advierte que los actos señalados no significan una injerencia y/o afectación al derecho invocado, el test en esta etapa concluye, caso contrario de advertirse la afectación del derecho se acude al siguiente paso.

El tercer paso consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. En esta parte del test es evidente que resulta necesario establecer si la intervención es muy grave, grave, leve y muy leve, ello es necesario para establecer la constitucionalidad o no de la medida⁵.

⁵ Principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de

5. Aspectos complementarios a tomar en cuenta en la labor de la determinación del contenido esencial

Luego de lo dicho y a modo de conclusión debo reiterar que la construcción del contenido esencial del derecho fundamental se ha venido construyendo jurisprudencialmente a lo largo de estos años, pero como consecuencia de haberse precisado en el Código Procesal Constitucional derogado Ley N° 28237, las causales de improcedencias generales aplicables a los procesos constitucionales, comentamos en su momento que consideramos que esta es un ratificación legislativa de lo que los procesos constitucionales siempre han sido; mecanismos de tutela urgente diferencia destinada a la protección de derechos fundamentales y que la jurisprudencia en su momento estableció las condiciones para determinar el contenido esencial del derecho.

Recordemos que en los procesos constitucionales no se dilucida la titularidad de los derechos sino se reestablece su ejercicio, por ello la titularidad debe quedar debidamente acreditada, presupuesto como señala la jurisprudencia constitucional resulta un requisito indispensable para evaluar el fondo el asunto con la finalidad de determinar si el acto reclamado incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado⁶.

En esta muestra de activismo judicial encontramos una serie de criterios importantes complementarios para la identificación del contenido esencial, tales criterios han sido precisados en la sentencia (STC Exp. N° 00375-2000-AA/TC, P, f. j. 2).

“La finalidad de los procesos constitucionales, como el amparo, es la de proteger derechos de naturaleza constitucional y no de otra clase. Para estos efectos, se entiende por derechos constitucionales los derechos subjetivos que, o bien han sido reconocidos expresamente por la Constitución, o bien se tratan de atributos que, por su carácter esencial y desprenderse de principios jurídicos medulares del ordenamiento, pueden considerarse como tales, aun cuando la Constitución no los haya reconocido expresamente, conforme lo dispone el artículo 3 del Texto Constitucional”. (STC Exp. N° 00375-2000-AA/TC, P, f. j. 2).

proporcionalidad, etc. (STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC, P, f. j. 5).

6 Código Procesal Constitucional (C.P. Cnst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5 que los procesos constitucionales no proceden cuando “[L]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38 del C.P. Cnst., establece que este no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”

La obligación de argumentar por parte del justiciable, tanto el código procesal como la jurisprudencia han establecido la necesidad que quien acuda a un proceso constitucional tenga necesariamente que acreditar urgencia en la tutela jurídica y necesidad de tutela por tanto se exige que el justiciable argumente y precise cual es ese ámbito protegido del derecho fundamental que resulta siendo afectado en la controversia de conformidad a los establecido en el caso (RTC Exp. N° 0506-2005-PA/TC, P, f. j. 5.).

De conformidad con el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, es deber del justiciable no solo identificar el derecho cuya protección solicita, sino también determinar las razones por las cuales considera que los hechos y su pretensión están referidos al contenido constitucionalmente protegido de este. Esta última exigencia, que constituye una carga argumental en manos del justiciable, le impone la tarea de identificar ese ámbito garantizado del derecho alegado, puesto que, de conformidad con el artículo 38 del mismo Código Procesal Constitucional, el amparo no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo”, sino también cuando “no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. (RTC Exp. N° 0506-2005-PA/TC, P, f. j. 5.).

La Constitucionalización y convencionalización del Derecho Procesal: ¿Solución o quimera?*

Carlos Antonio Montoya Charris**
Universidad Católica de Colombia

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cortes Superiores en Colombia y evolución / 3. Sistema Judicial Transitorio en Colombia / 4. La acción de tutela aplicada en Colombia riesgo / 5. Surgimiento del bloque constitucional en Colombia.

1. Introducción

El Derecho Procesal Constitucional debe establecer una respuesta frente a la constitucionalización o convencionalización del Derecho, el cual es un tema trascendental y actualizado. En un principio se quería tratar, en este trabajo, el tema del salto al vacío de la constitucionalización al Derecho Procesal; sin embargo, eso generaba una percepción negativa. Es así como se llegó al título final de “La constitucionalización y convencionalización del derecho procesal ¿solución o quimera?” que genera una posición favorable y con expectativa.

En Colombia, los legisladores asumen una posición enaltecida frente a la expedición de las normas, incluso de las normas superiores como la Constitución. La Constitución colombiana de 1991 tuvo un efecto grande sobre la sociedad ya que estableció un Estado Social Democrático de Derecho que generó una tendencia a la protección de varios derechos fundamentales y garantías a los ciudadanos; y reacomodó la figura del ser humano como centro del ordenamiento jurídico.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Internacional Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional “Desarrollo de los procesos de tutela de derechos constitucionales: análisis desde la perspectiva del derecho comparado”, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 02 al 05 de noviembre del 2021.

** Director del Centro de Altos Estudios Jurídicos Procesales “CAEJP”. Docente de posgrado en las universidades Libre, Seccional Bogotá, Barranquilla, y Cartagena, de la Universidad Sergio Arboleda, Universidad Católica de Colombia, Santo Tomas Bucaramanga y Tunja Autónoma de Colombia. Miembro de la Asociación Colombia de Derecho Procesal Constitucional-ACDPC. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal-ICDP.

Las normas se encontraban al servicio de los ciudadanos, esto conllevó a que la Constitución colombiana incorporara muchos derechos fundamentales que generara la protección al ser humano. Lo que se pretendía era generar la igualdad frente a la ley de todos los ciudadanos a pesar de las diferencias y que cuando una persona ingrese a un proceso, el juez tuviera la función de exterminar cualquier desigualdad que pueda existir en el juicio.

2. Función de los jueces en el derecho procesal constitucional

A veces los legisladores de Colombia tienen la tendencia de que las normas que establecen son utópicas ya que cuando se busca aplicarlas no existe una concordancia entre ellas y la realidad. Por lo que se analizará si esa tendencia a la convencionalización y constitucionalización de nuestro Derecho ha sido bien recibida por la sociedad, pero no solo a nivel teórico sino también a nivel práctico; y para ello es necesario dotar a los jueces de instrumentos que les permitan garantizar esos derechos constitucionales. Se verificara mediante la jurisprudencia cual ha sido la recepción de los jueces frente a la subsunción de la legalidad de la norma a un derecho iusnatural que no necesita estar consagrado para que se respete; esos tipos de derechos están ejemplificados en los artículo 93 y 94 de la Constitución colombiana, los cuales son parte del bloque de constitucionalidad que implican que todos los mandatos constitucionales, que todos los tratados internacionales ratificados por Colombia son parte del ordenamiento interno del país por lo que se evidencia que estos derechos que deben ser protegidos son parte del *numerus apertus*.

Entonces, por un lado se tiene a las normas constitucionales estipuladas en la Constitución colombiana en la que se tocan los temas de derechos humanos y derechos fundamentales que deben ser respetados, lo que conlleva a la dicotomía de que el Estado Social de Derecho posee el deber de garantizar esos derechos a través de instrumentos que permitan su materialización.

Otro punto importante que se debe tener en cuenta es que la Constitución colombiana posee la acción de tutela que se encarga de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos; sin embargo, en nuestra realidad la justicia ordinaria no lo cumple y no garantiza los derechos fundamentales.

De manera esquemática se podría decir que la justicia ordinaria de Colombia persigue funciones nomofilácticas en cuestión de legalidad; por otro lado, la acción de tutela se encarga de alcanzar la justicia. Ya que la legalidad y la justicia no son iguales es necesario que los jueces cumplan la

función de jueces "hércules" que se encuentran más allá de la legalidad; sin embargo, existe el peligro de que brindar demasiada libertad y demasiado poder a esos jueces ocasione que se tomen todo tipo de decisiones, por lo que debe haber un balance.

Se tratará de establecer problemas jurídicos, sobre todo acerca de la constitucionalización del derecho procesal, la cual se considera una estructura cerrada y formalista. En la actualidad, el derecho procesal ha dejado de ser tan hermético gracias al derecho constitucional, esto se puede evidenciar en las nuevas figuras jurídicas y los pronunciamientos que se realizan en las cortes colombianas.

En Colombia, los legisladores con el afán de estar al lado de la novedad, incorporan en la legislación positiva figuras que suenan agradables para las personas, pero cuando las aplican colisionan con la estructura rígida de las instituciones procesales y se vuelven impracticables.

Los problemas a tratar serán acerca de cuál es el papel del legislador y de la jurisprudencia en la constitucionalización y convencionalización del proceso. Y la hipótesis establecida indica que, en términos generales, se está de acuerdo con la constitucionalización y convencionalidad del derecho debido a que gracias a ella se ha logrado avances importantes; sin embargo, se hace un llamado de atención frente a los legisladores para que cuando implementen valores constitucionales en instituciones procesales se dimensionen los efectos prácticos y operativos que su materialización podría ocasionar. Esto en relación a que a veces para cumplir con esos tratados internacionales se intenta de manera errónea implantar esas instituciones que rigen por todo el mundo, pero no exactamente en la legislación nacional.

Cabe resaltar que se ha encontrado una respuesta positiva en la actividad de nuestros jueces respecto al manejo del desafío en la materialización de la constitucionalidad y convencionalidad del derecho procesal constitucional. Lo que sucedió es que cada momento posee sus propias condiciones económicas, culturales y sociales que generan la necesidad de que nuestros legisladores absorban esas condiciones y las plasmen en una norma. Hoy el mundo es diferente por lo que se debe abrir la mente y el espíritu a una nueva conceptualización del derecho y aceptar que nos encontramos frente a una nueva sociedad y con ella nos encontramos ante nuevos paradigmas, nuevas formas de desarrollar las relaciones entre seres humanos, por tanto, si las personas se cierran y rechazan lo novedoso se quedarán atrás. En la actualidad frente a las nuevas realidades se deben crear unas nuevas necesidades y de ellas unas nuevas regulaciones legales.

Existen nuevas realidades sociales como el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción por parte de parejas homosexuales, el aborto legal, la eutanasia, la prohibición de castigo físico a los hijos y la regulación de la inteligencia artificial. En el caso de la eutanasia se busca poner fin a distintos sufrimientos que puede padecer una persona. En Colombia se trató de efectuarla a través de un comité médico. En el caso de una persona que no tiene una enfermedad terminal, pero sí una enfermedad que le causa mucho dolor y es irreversible y a través de la eutanasia podría terminar de convivir con ese sufrimiento por lo que la eutanasia es un debate latente en muchos países.

En relación a ello existen dos posiciones radicales; los garantistas absolutos de estos derechos y; por otro lado, algún sector religioso que indican que nadie más que Dios puede disponer de la propia vida. Todas estas situaciones son realidades que no se deben desconocer, por lo que se busca que haya esa coherencia entre lo que está sucediendo en la realidad social y los ordenamientos jurídicos tanto los constitucionales como los convencionales. Tenemos que respetar todas esas realidades.

3. La acción de tutela efectiva

Existen también unos derechos que están consagrados con la finalidad de proteger todos esos nuevos paradigmas como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el derecho a la verdad, el derecho a la prueba, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad. Cabe precisar que la dignidad es el mínimo vital que toda persona posee y que el Estado se debe encargar de proteger. Entonces, si todos tienen estos derechos que son básicos y necesarios, debemos tener un sistema que garantice la materialización de estos principios.

En Colombia hay un código general del proceso que entró en vigencia en el 2016, el cual materializa las nuevas tendencias de la sociedad, ese código influye sobre derechos constitucionales. Dicha tutela judicial efectiva comprende el acceso a la justicia, es decir, que para cada persona debe ser fácil acceder a la justicia no debe haber obstáculos. Por ejemplo, en los casos donde no se posee el título ejecutivo, donde se comienza un proceso monitorio y luego en un proceso declarativo para convencer al juez de que existe una obligación de pago, la justicia no debe imponer muchos trámites.

También se encuentra el derecho al debido proceso, el derecho al proceso efectivo y eficaz que significa que con la utilización de los menores recursos se logre los mejores resultados; y en Colombia los instrumentos de materialización se encuentran en el artículo 121 del Código General del

Proceso, donde en Colombia se sorprendieron por la rapidez con la cual se debían resolver los casos según lo establecido y los jueces sintieron esa presión social ya que si no lo hacían perdían su competencia y recibían una sanción disciplinaria; como no fue posible, la Corte colombiana se pronunció y dijo que la no ejecución de estos procesos no generaría la nulidad de pleno derecho sino simple nulidad por lo que se puede observar que esa idea general convencional del que proceso fuera rápido. No se cumplió ya que no era congruente con la realidad; asimismo, el proceso debe servir para lo que fue diseñado ya que la justicia que tarda no es justicia, por lo que es necesario crear unos instrumentos de materialización para que se garanticen los derechos sustanciales.

En Colombia se creó las medidas cautelares innominadas, por ejemplo, el embargo. Si se está en un proceso declarativo de pertenencia y las medidas cautelares son el registro de la demanda, la norma establece qué es lo que se debe hacer. Estas medidas no están consagradas en ningún ordenamiento por lo que el demandado le propone al juez que las analice y la conceda, y esto se realiza a través de un análisis constitucional de ponderación con base en la apariencia del buen derecho que es la justificación de esa petición; se debe motivar las sentencias mediante respuesta oportuna con una duración razonable, el juez técnico debe ser imparcial en el procedimiento establecido, sin embargo, en la práctica no sucede.

Si nos enfocamos en la constitucionalización del derecho procesal constitucional por lo que se mencionara algunas instituciones procesales que están bajo influencia del derecho constitucional, tales como la prueba ilícita que está sustentada en derechos constitucionales y convencionales en base al derecho a la intimidad; sin embargo, actualmente se realiza una ponderación en la que se enfrentan dos derechos constitucionales donde se hace prevalecer uno sobre el otro, como el derecho a la intimidad de una persona y la moralidad pública, donde gana esta última; por lo tanto, la prueba se mantiene en el proceso. En Colombia aconteció un caso en el cual un oso llamado Chucho, el cual se encontraba en peligro de extinción fue trasladado a una zona no adecuada para él con un clima diferente que le ocasionaba problemas de salud por lo que un abogado interpuso una acción pública de Hábeas Corpus, la cual sirve para amparar las detenciones ilegales en favor del oso Chucho. La Corte de Colombia falló a favor del oso y se determinó que existe una responsabilidad del hombre frente a su entorno ecológico; por tanto, el hombre tiene la obligación de brindar a los animales las condiciones dignas para vivir, es así como podemos evidenciar que el derecho procesal constitucional se adapta frente a distintas realidades y acontecimientos.

La carga de la prueba la tiene quien debe probar dentro de un proceso. Existen dos teorías que se encargan de explicar esa situación jurídica; la primera, la teoría objetiva donde se establece que el demandante tiene la carga de la prueba, es decir, el que afirma debe probar. Por ejemplo, en un accidente de tránsito el demandante debe probar que el sujeto acusado fue quien ocasionó el accidente y habría una responsabilidad civil extracontractual, pero hay casos donde quien afirma tiene dificultad probatoria, por ejemplo, en la responsabilidad médica cuando se demanda a un galeno se debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad que pueden ser la acción u omisión, el daño o perjuicio y el nexo causal. En ocasiones es difícil probar estos accidentes por el desconocimiento del campo médico, por eso los legisladores al notar ese problema establecieron la carga dinámica de la prueba que consiste en que al que le sea más fácil probar, en este caso, el médico, debe hacerlo.

4. Casos emblemáticos en Colombia

En Colombia se usó la segunda teoría por primera vez en el año 1988 en el caso de una persona que poseía un dolor en el oído, y cuando finalmente lo atendió el médico después de 3 meses, se le diagnosticó una infección en el oído y se le recetó un medicamento. Después de dos años acudió al mismo médico que le informó que tenía una infección grave que requería una operación inmediata pero no realizó todos los exámenes que la *lex artis* determina; y en plena cirugía se dio cuenta de que su nervio facial estaba muy contaminado, esto lo pudo haber detectado con un examen más especializado, pero no lo hizo, y en plena cirugía cortó el nervio que agravaba la infección, empero la decisión que tomó el médico ocasionó una parálisis en el rostro del paciente.

Por tanto, el paciente inició un proceso cuando en Colombia se aplicaba la teoría objetiva por lo que debía probar lo que demandaba sino se fallaba en contra de él. En primera instancia trató de probarlo, sin embargo, no logró el objetivo de probar el nexo causal. Entonces, en la sentencia el juez dijo que a pesar de que veía el daño no se podía establecer ese vínculo nexo causal y según las leyes debía fallar en contra del demandante por lo que exoneró al médico de toda responsabilidad. El demandante recurrió a segunda instancia y el juez a pesar de saber que la primera sentencia era conforme a ley dijo que observaba que ese fallo era injusto porque determinó que se debería cambiar para hacer respetar el derecho sustancial de la salud por lo que se pronunció y pidió una indemnización de los perjuicios por el daño ocasionado al demandante.

En ese caso se aplicó la excepción de inconstitucionalidad que aplica un juez cuando se considera que la decisión de la sentencia viola el ordenamiento constitucional. Asimismo, se aplicó una teoría jurisprudencial que es la teoría dinámica de la prueba por lo que en este caso la carga debe ser impuesta al médico ya que para él sería más fácil probar que actuó bien. Consecuentemente, ya con las pruebas se falló en contra del médico. En este caso se concretizó la constitucionalización y convencionalización del derecho procesal específicamente en la materia probatoria.

Existe otro caso en Colombia de una familia en la que la hija nació con muchos problemas de salud como epilepsia, cuadriplejia, entre otros, que la hacía absolutamente incapaz y dependiente. El papá falleció y la mamá recibió la sustitución pensional de su esposo; eventualmente falleció también la madre así que se hizo petición de la pensión a través de otra persona, pero como no había una ley que permitiera una doble sustitución de la pensión se la negaron y la niña quedó desamparada.

Luego de tres años se interpuso una tutela amparando la dignidad humana y la salud de la afectada, y en primera instancia se dijo que la tutela no cumplía con todos los requisitos ya que había pasado más del tiempo establecido y tampoco se había agotado toda la vía ordinaria por lo que se le negó ese derecho fundamental. Se apeló a segunda instancia y también se negaron al amparo. Finalmente, lo que sucedió es que en Colombia existe una revisión de fallos de tutela en la cual se escoge ciertas decisiones para analizarlas, en este caso la sentencia N° T-378/97 se analizó cuál era el límite vital -la dignidad humana, por lo que la Corte se pronunció y dijo que no es el órgano competente para amparar esos derechos fundamentales pero lo que hizo es que decidió que la Corte Constitucional no podía aceptar que en un Estado Social Democrático de Derecho una persona no viva en esas condiciones, así que se le proveyó temporalmente la protección de los servicios de salud y le ordeno a la entidad encargada que revoque esa decisión para que a esta persona se le conceda su derecho de salud mediante su respectiva pensión en virtud del mínimo vital y la dignidad.

En esos casos la constitucionalización y la convencionalidad aterrizaron en el derecho positivo y esto sería una herramienta muy eficaz para materializar dichos derechos.