

Presentación

En su edición vigesimocuarta, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* recopila algunas reflexiones sobre dos de los ejes claves para el diálogo constitucional entre los países de América Latina y el fortalecimiento del Estado de derecho: 1) la participación ciudadana en la creación jurídica, los procesos constitucionales, la formación de opiniones públicas y el control del poder político en una democracia, y 2) la ejecución, el nivel de implementación y cumplimiento de las sentencias de tribunales, cortes, salas constitucionales de la región, y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para 2018, las contribuciones aceptadas aportan valiosos elementos de discusión sobre la doctrina constitucional, sobre todo, la de los derechos humanos, y la jurisprudencia nacional y regional; sobre el marco normativo de nuestros países; los procesos administrativos; la política pública, y los efectos e impactos jurídico-políticos. Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presentamos con agrado y entusiasmo 26 textos de autores, que reúnen la visión de más de 10 países en todo el continente.

Eje temático 1: Participación ciudadana en un Estado democrático de derecho

A lo largo de la publicación se contempla un primer tema en relación con algunos desafíos desde el poder constituyente como fuente creadora de la constitución, pasando por mecanismos de participación ciudadana como plebiscitos, referendos y consultas populares, presentes en las constituciones latinoamericanas como instrumentos para que los ciudadanos participen en la creación, aprobación, cambio o abolición de la ley a través de convocatorias al sentir popular. Algunos textos testimonian la creciente participación ciudadana mediante mecanismos informales alejados de instrumentos constitucionales. En esta edición, el *Anuario* reúne discusiones sobre el papel transversal de los ciudadanos en la formación y transformación de los ordenamientos jurídicos del continente.

En el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer entendemos que la participación ciudadana en la región despierta contrastes teóricos, jurídicos y políticos entre dos nodos: una democracia directa

y una democracia indirecta no participativa a través de representantes, en la que el pueblo interviene solo por medio del sufragio y la militancia en partidos políticos. Los autores han analizado este año cómo mediar entre estos dos extremos y, con un llamado a una mayor participación, han desarrollado teorías contemporáneas de la democracia latinoamericana, en las que la ciudadanía puede participar de manera efectiva en la toma de decisiones, buscando e incorporando nuevas formas y mecanismos de participación; usando, entre otros, el creciente poder de los nuevos media, sobre todo de las redes sociales.

No es un secreto que Latinoamérica ha sido sacudida por una particular relación entre participación ciudadana, constitución y gobernanza por representantes. Los ya conocidos momentos históricos del plebiscito sobre el Acuerdo de Paz en Colombia, el llamado del Gobierno a una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, el referendo del Ecuador para reformar la constitución, el plebiscito no vinculante en Chile sobre el sistema de pensiones, la reciente consulta sobre el megaproyecto de aeropuerto en México, y diversas otras consultas mineras en Bolivia y Perú así lo confirman.

Parte de los temas abordados y de las preocupaciones que motivaron a su reflexión en los artículos este año hacen referencia a la tendencia creciente a la desconfianza de los ciudadanos en la institucionalidad estatal y la democracia como forma de gobierno casi intocable, así como a la flagrante disminución de credibilidad de los gobiernos, parlamentos y partidos políticos, pero también del poder judicial, que ha incentivado nuevas formas de participación no institucionalizada. Estas, difícilmente regulables y controlables, son expresiones colectivas de constantes brotes de protesta civil, en la mayoría de los casos pacíficas; movimientos estudiantiles; grupos de lucha anticorrupción; nuevas y potentes oposiciones fácticas; intentos de periodismo investigativo, e incluso portales digitales de control ciudadano que buscan mejores políticas de acceso a la información y uso de nuevas tecnologías. Se trata de herramientas de transparencia por parte de la sociedad civil que contribuyen al concepto de ‘Estado abierto’, entre otros ejemplos, que se consolidan como mecanismos alternativos para la rendición de cuentas y la participación política.

Los “excesos de participación” también abren un agujero con reticencias y rechazos, producto de lo que algunas reflexiones definen como espacios participativos perversos que atacan y violan los derechos de las minorías. Es por eso que también se ha considerado que “demasiada” participación ciudadana dificulta procesos de toma de decisiones a nivel legislativo y, en casos extremos, incluso bloquea completamente el funcionamiento y orden parlamentario.

De todas formas, el electrocardiograma participativo de la región delata tensiones en relación con los nuevos mecanismos para la promoción y garantía de la participación ciudadana, y las nacientes posturas políticas que limitan estos espacios se convierten en poderosos obstáculos. Este fenómeno mantiene indelebles las dudas frente a si son los partidos políticos colectivos la expresión de la voluntad popular, o si –como sostienen algunos–, más bien, fungen solo como plataformas en pro de las

aspiraciones de esferas políticas de una persona o de un grupo restringido. Algunos otros, más en línea con la posición de la Fundación Konrad Adenauer, no ponen en duda que la democracia queda intrínsecamente ligada a la existencia de partidos políticos, si bien tienen la certeza de que hay que renovarlos, haciendo un esfuerzo por su democratización interna y la búsqueda de formas más transparentes de toma de decisión y haciéndolos menos propensos a la corrupción.

Las diversas reflexiones sobre las formas y la “saludable dosis” de participación ciudadana que forman la primera sección de este vigesimocuarto *Anuario* se organizan en dos partes: una sobre las consideraciones de orden general, como fundamentos teóricos, dimensiones, técnicas y temáticas. En este apartado se analizan la eficacia de los procesos participativos en la toma de decisiones, el equilibrio entre la acción de gobierno y la participación ciudadana, la colaboración abierta para fortalecer la legitimidad en la construcción constitucional, la participación ciudadana como principal mecanismo de protección del medio ambiente, los paradigmas en la participación de los jóvenes, y las relaciones con partidos políticos y administración del poder.

En la segunda parte de la primera sección se compilan textos relacionados con la participación ciudadana en la realidad latinoamericana: actores e iniciativas. Se recogen reflexiones sobre el vínculo entre democracia, participación ciudadana y corrupción; sobre el impacto de la participación democrática y las reformas constitucionales; las audiencias públicas y los diálogos con la ciudadanía, así como sobre el derecho a la participación de los miembros de comunidades no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo.

Eje temático 2: Ejecución, implementación y cumplimiento de las sentencias

Otro de los hilos conductores de la narrativa constitucional y convencional que ofrece esta obra se tejió en torno al cumplimiento y la implementación de las sentencias constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos, y de los mecanismos de ejecución y seguimiento de estos fallos. Históricamente, los ciudadanos, y emblemáticamente distintos grupos de defensores de derechos humanos, han abanderado el llamado de atención para que los poderes constituyentes reconozcan la justicia-bilidad de los derechos fundamentales, especialmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (desca), y también acepten y protejan el principio de igualdad y no discriminación. Este esfuerzo ha florecido en muchos Estados de la región, cuyas constituciones hoy en día consagran estos derechos y su justiciabilidad, sobre todo, por parte de las cortes constitucionales, respaldados en sistemas internacionales y regionales de derechos humanos. El resultado de esta paulatina constitucionalización y convencionalización de derechos fundamentales es evidente en algunos tribunales constitucionales a través del desarrollo de jurisprudencias progresistas y garantistas en los últimos años.

Sin embargo –como lo demuestran los análisis de varios autores de esta publicación–, en algunos casos la carente voluntad política, las restricciones presupuestales, las polémicas políticas de austeridad y los conceptos morales anticuados que aún hacen eco en Latinoamérica, inciden en el hecho de que, en muchos países, el Gobierno, el legislador y la administración no cumplan con el orden jurisprudencial de las altas cortes; lo hacen solo parcialmente o con significativas demoras en su defecto. En este caso, el derecho se queda en el papel.

Esta brecha en la implementación ocasionada por el desequilibrio entre los avances normativos y jurisprudenciales en materia de derechos humanos es abismal y preocupante, prohíbe la efectiva materialización y, por ende, el pleno goce de estos derechos por el justiciable en la mayoría de las naciones latinoamericanas. La gravedad del incumplimiento de las sentencias varía en frecuencia y magnitud, lo que puede obedecer a factores de orden político o técnico. Los primeros tienen que ver con las tensiones que prevalecen en la división de poderes en el interior de los Estados y el control recíproco (o su ausencia) entre quienes los componen. Por otro lado, las dificultades técnicas están relacionadas con la compleja articulación entre las diferentes esferas de protección de los derechos. La implementación de las decisiones sobre derechos fundamentales sigue siendo un desafío, lo que promueve la impunidad y rasguña violentamente la legitimidad del sistema judicial. Reduce el Estado de derecho al absurdo.

Las sentencias de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, sobre todo las de la Corte IDH, no solo se ubican en un constante campo de tensión entre los poderes político y judicial a nivel horizontal, sino que están enfrentadas, además, a un número creciente de diferentes formas de resistencia por parte de sus Estados miembros a nivel vertical, especialmente si en sus casos tratan asuntos políticamente sensibles o que tocan el núcleo de prerrogativas de soberanía estatal. En este sentido, las investigaciones de algunos autores sobre la situación, de cara al cumplimiento de las sentencias de estos tribunales, evidenciaron resistencias con fuertes y legendarios escudos estatales.

Mientras que el grado o la naturaleza de la resistencia tiene mucho que ver con el tipo de medida de reparación otorgada, si se trata de medidas estructurales o de una reparación integral, el incumplimiento de una sentencia se debe en la mayoría de los casos a factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o, simplemente, la voluntad política gubernamental. De igual forma, los artículos muestran que las resistencias judiciales están identificadas en la interpretación hecha por un alto tribunal de un Estado sobre la vinculación o no de las decisiones del tribunal regional de derechos humanos.

Por esto, parte de las discusiones y temas de los textos aquí publicados cubrieron la importancia de pensar y analizar las medidas adecuadas y ciertos mecanismos idóneos de implementación, como los usados por la Corte IDH y otros tribunales

constitucionales nacionales, como la Corte de Colombia con sus mecanismos de supervisión o monitoreo de cumplimiento. En este caso, se solicita información a las instituciones estatales respecto de la implementación de las sentencias o se ordenan medidas especiales, e incluso la aplicación de indicadores o la instalación de comisiones y expertos externos que complementen las capacidades de la Corte.

En consecuencia, las preguntas que este año motivaron parte de las contribuciones para este tema fueron: ¿cuáles son los antecedentes y motivos principales para el incumplimiento de sentencias ligadas a los derechos humanos por parte de los actores estatales? ¿Cómo se puede combatir este fenómeno o contrarrestarlo de una manera más efectiva? ¿Cuál es la solución para superar las resistencias políticas y judiciales mencionadas? ¿Hay que buscar el diálogo o son más efectivos los instrumentos coercitivos? ¿Las preguntas son igualmente pertinentes en un entorno nacional respecto a la ejecución de la jurisprudencia regional en materia de derechos fundamentales, o hay diferencias?

Los artículos escogidos para contestar estas preguntas forman la segunda sección de este *Anuario* y también fueron agrupados en dos apartados: el primero contiene contribuciones sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (características específicas, efectos, cumplimiento e incumplimiento, y mecanismos de supervisión). Otro grupo de artículos trabaja un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, la supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte IDH y algunos aportes para las jurisdicciones nacionales, y el incumplimiento de sentencias del tribunal, así como la efectividad y rapidez de la jurisprudencia interamericana.

En el segundo apartado, y último bloque de textos, la sombrilla temática es la eficacia de la justicia constitucional en los países de América Latina y la ejecución de sus sentencias. Un espacio que ofrece reflexiones sobre el cumplimiento de sentencias sobre reparación de derechos; los retos y las soluciones para el cumplimiento de sentencias constitucionales; la importancia del diálogo entre cortes y entre poderes para la protección de derechos humanos; y las clásicas y renovadas discusiones sobre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Esperamos que esta nueva edición del *Anuario* promueva análisis académicos y técnicos comparados, con crítica científica y, sobre todo, reflexiones propositivas tanto frente a la participación ciudadana y sus nuevos mecanismos como a la dinámica actual en el cumplimiento de sentencias de los tribunales constitucionales y la Corte IDH en la región, temas que se convierten en pilares básicos para las democracias y la solidez del Estado social de derecho en el continente. Los textos publicados son el resultado de un riguroso proceso de selección y curaduría efectuado por el Comité Editorial del *Anuario*. A su vez, la edición incluye ponencias presentadas por magistrados ante el XXIV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, celebrado en Lima del 6 al 8 de septiembre de 2018.

Ejes temáticos para la edición especial 2019

Para el próximo año proponemos una convocatoria sobre dos grandes temas: 1) avances, cambios y desafíos en materia constitucional en los últimos 25 años, y 2) conmemoración de los 70 años de la Ley Fundamental de Alemania y sus resonancias en Latinoamérica, una edición especial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* para celebrar sus 25 años de existencia y contribución al discurso académico constitucional en la región.

Para el primer eje de esta edición especial del *Anuario* nos gustaría motivar contribuciones dirigidas a hacer un inventario constitucional de los últimos 25 años del Estado constitucional de derecho y a compartir sus reflexiones, analizando cómo el desarrollo constitucional latinoamericano ha mantenido vigentes los debates globales sobre derechos fundamentales y, al mismo tiempo, los ha aterrizado desde nociones muy propias. Los proyectos jurídicos que se plantean en las constituciones de los países de la región han buscado responder a problemas específicos que emergen en sus ámbitos, y cuya trascendencia histórica solo es comparable con la fuerza de las transformaciones políticas, económicas y sociales que han sacudido al continente.

En 25 años, impulsos caudillistas y movimientos reformistas han surgido al mismo tiempo que tribunales y cortes constitucionales. En ese proceso, dos factores han sobresalido específicamente en la consolidación de los textos constitucionales de la región: derechos fortalecidos y poderes ejecutivos sólidos. El renombrado constitucionalista Roberto Gargarella ha señalado que las constituciones latinoamericanas que sucedieron la década de los ochenta han estado conectadas con el fortalecimiento o no del presidencialismo como régimen político, en respuesta a la modulación requerida para determinar la concentración del poder en equilibrio. A los aspectos que definen los nuevos marcos constitucionales de esta oleada de constituciones, el también renombrado constitucionalista Rodrigo Uprimny ha agregado la intención de querer superar el carácter confesional de las mismas, heredado de preceptos decimonónicos, y abrir la puerta a grupos humanos históricamente discriminados. Es posible añadir que también se ha consolidado un espacio para la inclusión de otros grupos de derechos, como los llamados desca, y su naturaleza participativa.

En ese orden, la importancia de prever marcos normativos explícitos para una ciudadanía omnicompreensiva, no está alejada de un modelo de organización concentrada del poder, por paradójico que parezca. No obstante, el relacionamiento de estos aspectos no ha sido unívoco, y su comprensión, por el contrario, puede verse fortalecida desde la visualización comparada de las tendencias de los países latinoamericanos.

Otro aspecto fundamental en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano durante estos últimos 25 años ha sido la conformación de tribunales, cortes o salas específicas para la interpretación y el amparo de los preceptos constitucionales. Las salas, cortes y tribunales constitucionales, como continuadores o guardianes de las cartas políticas, han asumido roles considerados por unos como imperantes

y necesarios, y por otros como abusivos. Algunos han afirmado que las sentencias constitucionales han dado lugar a una suerte de “activismo judicial” en el que preceptos progresistas no han tenido eco en mecanismos formales de ejecución de medidas, desatendiendo reglas fiscales, por ejemplo, a la hora de plantear órdenes de ejecución. Del mismo modo, se ha afirmado que esas manifestaciones han restado competencias a órganos del legislativo y del ejecutivo para la proposición y el desarrollo de políticas públicas. Se ha afirmado y evidenciado que los jueces se han convertido en actores políticos.

Desde esta perspectiva, sigue siendo pertinente evaluar el rol y la responsabilidad del juez constitucional. La teoría jurídica plantea que la de los jueces es una labor que se subsume ante las acciones del legislador. No obstante, su quehacer como creador jurídico en un contexto como el latinoamericano también es parte de la tarea de pronunciar el derecho que dirime una controversia; en términos planteados por Diego López, el juez resuelve una disputa, buscando apelar a criterios rigurosos que reafirmen su legitimidad a través de la consistencia de sus decisiones.

Sin duda, la interpretación de la constitución ha sido un ejercicio complejo, y aspectos como la ampliación de los sujetos de derecho y de los mecanismos de participación entran en constante relacionamiento para dar forma a las decisiones constitucionales que han cambiado los rumbos de los países de la región. Por esta razón, conocer la influencia del precedente judicial en el trabajo del juez constitucional sigue siendo una de las temáticas que ha adquirido mayor relevancia durante los últimos 25 años en el continente. La consideración y aplicación de criterios jurisprudenciales, que algunos han llamado el “derecho de los jueces”, como fuente del derecho e instrumento judicial para la promoción del cambio político aún requiere su proyección histórica y comparada. Los frutos que se pueden desprender de estos análisis son más que relevantes para determinar la perspectiva social del derecho constitucional.

En el segundo eje de esta edición especial para el *Anuario* 2019 queremos celebrar los 70 años que cumplirá el próximo mayo la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), carta política de la República Federal de Alemania. Una excelente oportunidad para reflexionar sobre el impacto de las constituciones, y en particular esta germánica, en los niveles nacional e internacional, especialmente en Latinoamérica. Aunque actualmente es evidente que los artículos de la carta fundamental forman la constitución de Alemania, la meta del grupo de especialistas que hace siete décadas formuló los primeros 146 artículos en 95 páginas fue muy diferente.

En 1948, durante el gobierno militar del país por los EE. UU., Francia, Reino Unido y Rusia y la división en cuatro sectores, los aliados occidentales decidieron que había llegado el momento de la reunificación de los bloques occidentales de Alemania y la recreación de un Estado alemán occidental. Así lo ordenaron el 1 de julio de 1948 los 11 ministros de los estados federales occidentales con el fin de convocar una asamblea constituyente y dar origen a una nueva constitución. Del 8 al 10 de julio del mismo año, los ministros discutieron la posibilidad y concluyeron

que sería imposible cumplir esta demanda de los aliados. Los políticos estaban de acuerdo con que la separación en oriente y occidente debía terminar, y rápidamente rechazaron la idea de una constitución para un Estado alemán occidental. En su lugar, querían formular una carta fundamental en un sentido provisorio para impedir la consolidación de la división alemana. Confrontaron a los aliados occidentales con su propuesta y lograron su aceptación. Después de esto, encargaron la redacción de esta solución provisional a un grupo de 30 especialistas políticos y jurídicos. En 14 días, durante agosto de 1948, este grupo elaboró, en el castillo de Herrenchiemsee, una propuesta para la nueva carta fundamental. Finalmente, esta primera versión de la constitución alemana fue promulgada solo con pocas adaptaciones el 23 de mayo 1949.

La constitución alemana debe su carácter amplio y general, pero, a la vez, breve y al punto, a esta historia de su creación. Sin el objetivo de hacerlo, en 1949 el grupo de especialistas escribió la base de una constitución que hasta hoy en día garantiza un Estado de derecho sólido y verdadero en Alemania, que contempla un catálogo de derechos humanos realista, que el ciudadano ve materializado, y asegura el orden liberal democrático del país. Desde entonces, el carácter general de la constitución ha facilitado el desarrollo constante de su alcance por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, y no es exagerado decir que, en su esencia, todavía es moderna y eficaz. Es atemporal en sus fundamentos. No obstante, en los últimos años, en atención al desarrollo digital, por ejemplo, aparecieron nuevos desafíos que provocan el planteamiento de reformas importantes y necesarias.

No solo por esto, sino también por su concepción rigurosa de la separación de poderes y su contemplación de una justicia independiente, la constitución alemana ha servido de referencia y fuente de inspiración para procesos de reorientación democrática que han implicado la adopción de nuevas constituciones en todo el mundo, incluso en Latinoamérica. La constitución y el derecho constitucional brasileños son solo un prominente ejemplo. Sin embargo, desde la perspectiva latinoamericana también ha sido objeto de crítica, entre otros, por la falta de constitucionalización de desca. Por esto, nos gustaría que el aniversario del próximo año motive valiosas reflexiones y análisis comparativos, igual que críticas constructivas, con profundas y visionarias ideas sobre cómo la Ley Fundamental puede seguir siendo referente de modernidad y eficacia en el futuro y sobre formas fructíferas de “*cross-fertilization*” con las constituciones y la dogmática constitucional de Latinoamérica.

Conclusión

Con el propósito de abrir un espacio de reflexión, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer invita a los expertos a participar en la edición especial número XXV de esta publicación con el envío de artículos sobre los dos ejes temáticos arriba desarrollados conforme a los requerimientos del Comité Editorial.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado como una plataforma especializada de debate, una publicación de alta calidad e idoneidad que comparte un diálogo de derechos humanos, donde tienen espacio nuevas voces y más países. Este proyecto editorial nos ha permitido constatar con complacencia su evolución y la estrecha cercanía de abogados, litigantes, estudiantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región. En este sentido, esperamos con orgullo y especial ilusión la edición del vigesimoquinto aniversario de esta obra en el año 2019.

Por último, una vez más, el Programa Estado de Derecho extiende su gratitud y respaldo a los autores, por la calidad de sus trabajos y su disposición constante en la responsabilidad de compartir conocimiento, una convicción que esperamos se propague por miles de lectores a lo largo del hemisferio. Un especial agradecimiento merece también Héctor Fernández, por su arduo trabajo de evaluación académica en esta vigesimocuarta edición del *Anuario*. Seguimos firmes y esperamos que la narrativa y los escenarios técnicos y temáticos que se proponen cada año continúen sirviendo como brújula de las discusiones más relevantes para la región, y que la edición especial sea un documento valioso para la historia del derecho constitucional en Latinoamérica.

Marie-Christine Fuchs y Daniel Alejandro Pinilla
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung