

Tribunales Constitucionales y jurisprudencia

*Casos prácticos:
Cuba, Italia,
Colombia y México*



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

C430

I573i

V.2

Tribunales constitucionales y jurisprudencia : casos prácticos : Cuba, Italia, Colombia y México / [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación , 2016. xvi, 162 páginas ; 22 cm. -- (Interpretación constitucional aplicada ; 2)

Contenido: Jurisprudencia como fuente del derecho en Cuba: Presupuestos para su reconocimiento constitucional / Carlos Justo Bruzón Viltres, Danelia Cutié Mustelier -- El acceso a la justicia constitucional italiana: Consideraciones sobre el estado del modelo incidental a la luz de las sentencias 1/2014 y 110/2015 / Antonia Abbatiello -- ¿Para qué y cómo intervienen las cortes constitucionales en las políticas públicas? / Selene Cruz Alcalá -- La incidencia del llamado soft law o derecho blando en la interpretación del juez constitucional / Diego Andrés Zambrano Pérez

ISBN 978-607-468-893-1

1. Interpretación constitucional – Doctrina – Ensayos 2. Tribunal constitucional – Jurisprudencia constitucional – Casos prácticos 3. Derecho comparado – Colombia – Cuba – Italia – México 4. Fuentes formales del Derecho 5. Derecho de acceso a la justicia 6. Políticas públicas 7. Soft law I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- III. serie

Primera edición: octubre de 2016

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc

C.P. 06065, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México

Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2 SERIE Interpretación Constitucional Aplicada

Tribunales Constitucionales y jurisprudencia

*Casos prácticos:
Cuba, Italia,
Colombia y México*



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Eduardo Medina Mora Icaza

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

CONTENIDO

Presentación	IX
Prólogo	XIII
JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN CUBA:	
PRESUPUESTOS PARA SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL	
<i>Carlos Justo Bruzón Viltres</i>	
<i>Danelia Cutié Mustelier</i>	1
1. A modo de introducción: contexto	2
2. Examen necesario de algunas contradicciones y complejidades en el debate teórico, el caso cubano.....	7
3. Acerca del <i>nuevo mapa de fuentes</i> del ordenamiento jurídico cubano	12
4. En torno al lugar y papel de la jurisprudencia.....	16
5. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente ha estado obstaculizado por profundas dificultades contra-mayoritarias	24

6. La jurisprudencia como fuente constitucionalmente reconocida.	
Planteamiento de algunos presupuestos teóricos y normativos.....	28
7. Conclusiones.....	35
8. Bibliografía.....	37
Hemerografía.....	41
Legislación.....	45
Criterios jurisdiccionales.....	46
EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA.	
CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DEL MODELO	
INCIDENTAL A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS 1/2014 Y 110/2015.	
<i>Antonia Abbatiello</i>	47
1. El sistema de justicia constitucional vigente en Italia: el modelo	
incidental como regla general de acceso a la Corte Constitucional	48
2. El acceso a la justicia constitucional en materia electoral: el caso	
de la Ley Electoral política antes de la Sentencia 1/2014.....	54
3. La Sentencia 1/2014 y la perspectiva de un recurso directo	
a la Corte Constitucional.....	61
4. La Sentencia 110/2015 y la crisis provisional del modelo incidental	
de acceso a la Corte.....	66
5. Las nuevas perspectivas del juicio constitucional en materia	
electoral: el juicio preventivo de constitucionalidad sobre	
la Ley Electoral política.....	72
6. Referencias.....	74
Hemerografía.....	75
Legislación.....	77
Otras fuentes.....	77

¿PARA QUÉ Y CÓMO INTERVIENEN LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?.....	81
<i>Selene Cruz Alcalá</i>	81
1. Introducción	81
2. Las Políticas Públicas y su relación con las Cortes Constitucionales	84
3. La (i)legitimidad de las Cortes Constitucionales para intervenir en las Políticas Públicas	87
4. El modelo de intervención de la Corte Constitucional de Colombia en las Políticas Públicas: la Sentencia T-025-2004 en materia de desplazamiento forzado	90
4.1. La decisión de la Corte Constitucional de Colombia	92
4.2. Respuesta de los poderes públicos a la Sentencia T-025	94
5. El modelo mexicano de intervención en Políticas Públicas: la Sentencia ADR 1492/2007 en materia de farmacodependencia..	98
5.1. La decisión de la Suprema Corte y su incidencia en las PP	99
6. Conclusiones.....	106
7. Referencias.....	111
Sentencias	115
LA INCIDENCIA DEL LLAMADO <i>SOFT LAW</i> O DERECHO BLANDO EN LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL	
<i>Diego Andrés Zambrano Pérez</i>	117
1. Introducción	118
2. Aproximaciones al término <i>soft law</i>	123
2.1. La expresión, sus antecedentes y su aplicación en los ámbitos público y privado.....	125
2.2. Naturaleza, características y funciones atribuidas a la figura del <i>soft law</i>	129

2.3. Algunas diferencias entre el <i>hard law</i> y <i>soft law</i>	131
3. Algunas razones sobre la incursión del <i>soft law</i> o derecho blando en el derecho	133
4. La jurisprudencia de la Corte colombiana y el <i>soft law</i> en la resolución de asuntos de constitucionalidad abstracta y concreta.	142
4.1. La utilización de instrumentos de <i>soft law</i> en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana	143
4.2. Línea jurisprudencial sobre el carácter conferido por la jurisprudencia constitucional colombiana a los instrumentos de <i>soft law</i>	155
5. Conclusiones	158
6. Bibliografía	161
Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia	162

PRESENTACIÓN

La interpretación constitucional aplicada supone el encuentro de dos disciplinas jurídicas que, aunque naturalmente vinculadas, en ocasiones corren analíticamente en paralelo. Encontramos que, por un lado, hay un cuerpo muy importante y nutrido de obras dedicadas a formular las características relevantes del ejercicio hermenéutico, tal y como debería ser realizado por los aplicadores del Derecho. Por otra parte, hay muchos estudios orientados al examen de las decisiones que efectivamente adoptan los operadores jurídicos, particularmente cuando se trata de las sentencias judiciales.

En el encuentro entre estos dos esfuerzos normativos e interpretativos, encaminados a determinar cuál es la mejor lectura del Texto Constitucional, se define en buena medida qué tipo de protección es dada a las pretensiones fundamentales. Ante los desafíos que implica la reforma de derechos humanos de 2011 para un entendimiento y aplicación garantista y coherente del Texto Constitucional mexicano,

todo esfuerzo por construir teorías que sirvan como herramientas útiles para leer realidades jurídicas complejas y ofrecer las decisiones judiciales ante conflictos complejos de derechos, nunca será redundante.

A su vez, la disposición de quienes adjudican derecho para aprender de la riqueza de los casos concretos, y de leerlos con los lentes de las teorías interpretativas más adecuadas, redundará tanto en mejores soluciones a los casos prácticos, como en el desarrollo de teorías de la interpretación constitucional más agudas y sensibles a las situaciones judiciales concretas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consciente de que la tutela de las garantías básicas empieza por una interpretación adecuada de las disposiciones constitucionales que las integran, considera que la publicación de este segundo volumen de la serie *Interpretación Constitucional Aplicada* es de particular importancia. A través del sello editorial del Centro de Estudios Constitucionales, se ofrece a los especialistas en la materia, a los operadores jurídicos y al público en general, un conjunto de trabajos académicos que integran perspectivas concretas de análisis jurisprudencial con modelos interpretativos de normas jurídicas fundamentales.

Cada uno de los artículos comprendidos en esta publicación ofrece un análisis cuidadoso de algunas sentencias centrales producidas por diversos tribunales, que son órgano de cierre en materia constitucional judicial. El análisis jurisprudencial detallado que adelantan está acompañado de un nutrido aparato crítico que facilita la lectura de las sentencias en sus propios términos y que permite pensarlas en un contexto global de protección judicial de los derechos fundamentales.

Hago extensa la invitación a la lectura de estas páginas a todas aquellas personas vinculadas con la protección de los derechos fundamentales y con su

promoción como parámetro de las relaciones sociales. No tengo duda de que con el análisis y discusión de los textos comprendidos en este segundo número de la serie *Interpretación Constitucional Aplicada*, se fortalece la cultura de protección y promoción de los derechos fundamentales. La vida de la Carta Política Fundamental se da no sólo en las Cortes sino, especialmente, en el foro público en el que la hermenéutica de la norma básica es aplicada en la creación y mantenimiento de los lazos comunitarios.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

Uno de los capítulos más importantes y debatidos de la hermenéutica jurídica es sin duda la interpretación constitucional. Además de sus vínculos necesarios con la determinación y el alcance de los derechos fundamentales, irradia las demás áreas del derecho que, por orden superior, deben cumplir los mandatos constitucionales. Esta segunda entrega de la serie *Interpretación Constitucional Aplicada* está orientada a ilustrar en cada uno de los artículos que la integran cómo enfrentan los sistemas jurídicos de diferentes países los desafíos que implica el traducir valores constitucionales fundamentales en decisiones concretas del nivel judicial y administrativo. Por todo lo anterior, es un honor y un gusto para el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contribuir en este segundo número a la reflexión en punto de objetos medulares de la discusión constitucional en su modalidad interpretativa.

El primer texto explora, desde una perspectiva crítica, la situación de la jurisprudencia constitucional como fuente formal de derecho en el sistema jurídico

cubano. Para esto, sus autores abordan las alternativas de integración de determinadas decisiones judiciales, de su *ratio decidendi*, como normas vinculantes para las instancias decisorias del Estado. Carlos Justo Bruzón Viltres y Danelia Cutié Mustelier parten, entonces, de la constatación de un rezago en esta materia en el contexto cubano en el que, por mandato legislativo expreso, la ley es la que encarna el espíritu republicano y democrático. Ellos consideran que, ante el imperio de lecturas ideológico positivistas y dogmático-marxistas sobre el sistema de derecho de la isla, es necesario brindar alternativas más acordes con los avances a nivel regional en teoría constitucional y con la práctica interpretativa de los operadores judiciales.

En ese sentido, consideran que la idea de que las leyes son el punto de partida exclusivo y excluyente del Derecho sitúa a la Constitución como subordinada de la ley. Esta relación de preminencia es inadecuada tanto teórica como prácticamente, según lo dirán los autores. El artículo ofrece, de esta manera, un análisis crítico, cuidadoso y unificado del estado de la jurisprudencia en aquel país y de las alternativas de su puesta al día como fuente constitucional formal de Derecho.

En segundo lugar, encontramos el artículo de Antonia Abatiello que, de manera cuidadosa y dinámica, explora algunas opciones de acceso al control de constitucionalidad de las leyes creadas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional italiana. En particular, considera el modelo incidental de acceso a la justicia en relación con dos sentencias relativas a leyes político-electorales del Tribunal, sobre todo en lo que tiene que ver con nuevas modalidades orientadas a la protección de derechos fundamentales. Abatiello recalca a lo largo del texto que, aun cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha reiterado que es posible plantear la inconstitucionalidad de las leyes sólo de manera incidental y únicamente a través

de algunas entidades taxativamente señaladas, por lo que esas decisiones en materia electoral parecen abrir nuevas rutas de llegada.

El escrito estudia con mucho detenimiento las hipótesis en las cuales, debido a la estructuración de los modelos concentrado y difuso de control de constitucionalidad, algunos asuntos se quedan sin la posibilidad de ser atacados ante el Tribunal Constitucional. La autora lleva a cabo una presentación muy clara de cómo funciona el sistema de justicia constitucional en Italia y qué puntos de fuga ofrece la jurisprudencia en esa materia para la ampliación de hipótesis de acceso en el contexto de alegatos de violaciones graves a derechos fundamentales.

A continuación está un ensayo dedicado al estudio de un tema importante, pero poco explorado, en el contexto de la doctrina jurídica: el derecho suave (*soft law*) como fuente de Derecho y su papel en la interpretación constitucional, específicamente en el caso de la Corte Constitucional colombiana. Andrés Zambrano señala cómo la globalización de las sociedades y su cambio acelerado han provocado modificaciones que el Estado tiene que enfrentar. La cuestión, recuerda el autor, es que éste ente suele rezagarse en responder adecuadamente a esos desafíos. El Derecho sería uno de esos campos en constante evolución pero relativamente reacio a la adaptación. Por esas razones, el derecho suave en el ámbito constitucional es, a juicio de Zambrano, un caso de estudio particularmente fecundo para explorar ese fenómeno. Debido, precisamente, a que no hay claridad en cuanto a qué tipo de fuente de Derecho es (si lo es) y, en relación con eso, cuál es su vinculatoriedad, el hecho de que en la práctica muchas normas de *soft law* sean efectivamente aplicadas en diferentes contextos institucionales, requiere una explicación jurídica especial. El autor ilustra de manera muy convincente la fuerza de fuente vinculante que tiene

el derecho suave en la práctica de la Corte Constitucional colombiana, específicamente en su construcción de precedentes.

Por último, Selene Cruz Alcalá realiza un ejercicio de Derecho comparado encaminado a explorar la incidencia de las decisiones de los Tribunales Constitucionales en las políticas públicas. Para qué y cómo inciden las Cortes en la disposición de recursos públicos a través de sus fallos, son las preguntas que busca responder utilizando las herramientas del método analítico descriptivo. Se enfoca, con esa finalidad, en dos sentencias, la primera de ellas emitida por la Corte Constitucional de Colombia sobre el desplazamiento forzado. La segunda, pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que se ocupa, en una decisión de amparo, del tema de la farmacodependencia y su tratamiento médico. El texto de Cruz Alcalá aborda problemas complejos en relación con el alcance de la competencia de los Tribunales Constitucionales en materia de garantía y reparación por vulneración de derechos fundamentales. La metodología comparada le permite resaltar aspectos de la discusión que no son visibles en el análisis de decisiones aisladas.

Los textos que integran este volumen representan un aporte significativo en la reflexión sobre cómo debe entenderse y evaluarse el trabajo hermenéutico de los operadores jurídicos, en particular de los judiciales en asuntos constitucionales. El Centro de Estudios Constitucionales espera aportar con esta obra nuevas perspectivas y puntos de debate al diálogo en curso en relación con las posibilidades interpretativas más admisibles sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN CUBA: PRESUPUESTOS PARA SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Carlos Justo Bruzón Viltres*
Danelia Cutié Mustelier**

Resumen

El presente artículo aborda críticamente algunos aspectos en torno al posible y necesario reconocimiento constitucional de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba, elemento importante para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, su integración y funcionamiento sistémico. Se plantan presupuestos generales para alcanzar este posible reconocimiento, revisando algunos criterios formulados sobre el tema con anterioridad.

Palabras clave: Constitución, jurisprudencia, fuentes del Derecho, ordenamiento jurídico cubano, sistema judicial cubano

* Profesor de Teoría General del Derecho y Vicerrector de la Universidad de Granma, Cuba. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Oriente, Cuba. Correo: cbruzonv@udg.co.cu.

** Doctora en Ciencias Jurídicas y Profesora Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Coordinadora del programa de doctorado tutelar en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Oriente. Correo: danelia@fd.uo.edu.cu.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONTEXTO

Uno de los aspectos principales que impulsan el presente estudio está relacionado con lo que se ha denominado en parte de la doctrina jurídica interna como "indeterminación normativa de las fuentes formales del Derecho en Cuba".¹ Una situación que, considérense unos u otros criterios, ha dependido manifiestamente de la ausencia no sólo de voluntad constituyente/legislativa, sino además de voluntad política.

El análisis del contexto actual nos obliga a remontarnos a la reforma de la legislación civil cubana, que se produjo en el año 1987, después de casi un siglo de vigencia del Código Civil español. Lo que pudo ser entonces un hito jurídico revolucionario, encontró sin embargo "extremos endebles",² siendo la supresión de los principales contenidos del otrora Título Preliminar uno de los más claros ejemplos. Dentro de los elementos formales que desaparecieron estaba precisamente el relacionado con la regulación del sistema de fuentes.

Cuando en el año 1974, con la derogación de la Ley de Organización del Sistema Judicial, se eliminaba toda posibilidad de consideración de creación jurisprudencial del Derecho (al menos en los efectos propios de los recursos por inconstitucionalidad, que pervivieron durante 15 años de periodo revolucionario),³ también se cerraba el

¹ En Cuba, sobre el tema, puede verse: PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón, "Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 303-322.

² PÉREZ GALLARDO, Leonardo, et al., *Estudios de Derecho Civil cubano*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 276.

³ Resulta interesante la reseña de uno de los últimos recursos por inconstitucionalidad interpuestos en Cuba, cuya resolución aparece en la sentencia No. 78 de 12 de septiembre de 1973, de la desaparecida Sala de Garantías Constitucionales y Sociales del Tribunal Supremo, comentada en: DUJARRIC HART, Rafael Enrique, "Homenaje a propósito de un debate", en ÁLVAREZ-TABÍO, Ana M. y MATILLA CORREA, Andry (coords.), *El Derecho*

debate en torno a la admisibilidad de una fuente formal distinta a la ley. La influencia estaba perfectamente delineada entre el legalismo continental, levantando el templo jurídico de la supremacía de la ley y del legislador, y el dogmatismo de la escuela jurídica soviética, que si bien aportaron —no puede negarse— instituciones y conceptos claves para la organización de la sociedad socialista, determinaron al mismo tiempo para el pensamiento iusfilosófico (y la práctica jurídica) un agónico tránsito desde el voluntarismo ontológico al positivismo ideológico,⁴ reflejo de la pobreza y ortodoxia de algunas de las interpretaciones realizadas a la teoría marxista del Derecho.

Consecuentemente, la acción transformadora sobre las bases teóricas y la praxis jurídica alrededor de estos temas sufriría un serio repliegue, confirmándose desde entonces el retorno a un formalismo acentuado que provocó, entre otros efectos, la imposición del esquema "tradicionalista" de fuentes.⁵ Por ende, la ley,

Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, La Habana, 2011, pp. 153-156. Por cierto, el profesor Álvarez Tabío fue uno de los pocos exponentes de la doctrina jurídica patria que defendió el valor de la jurisprudencia como fuente, a lo largo de su trayectoria científica y académica en tiempos de Revolución.

⁴ CARRILLO GARCÍA, Yoel y MONDELO, Walter, "Del voluntarismo ontológico al positivismo ideológico (una lectura del pensamiento jurídico cubano)", *Revista Crítica Jurídica*, núm. 29, 2010, pp. 181-217.

⁵ López Medina introduce el término «tradicionalismo de fuentes» para describir la forma tradicional de estudiar el problema de las fuentes del Derecho, que se sostiene mediante dos ideas básicas: el tratamiento de este problema desde una perspectiva formalista, asumiendo que se puede resolver predominante o exclusivamente mediante el análisis de las reglas de origen legislativo; la conclusión de que en nuestro sistema jurídico la "pirámide de normas jurídicas tiene una silueta bien delineada", privilegiando la posición de la ley y excluyendo del sistema de fuentes —salvo que el ordenamiento le confiriese carácter obligatorio— a la jurisprudencia (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, décima reimpresión, Legis, Bogotá, 2011, pp. 265 y ss.). A juicio nuestro, el problema se agudiza más en Cuba, desde la perspectiva de la construcción didáctica para la explicación de las fuentes formales del ordenamiento jurídico interno. Es muy común que ésta se haga desde la "pirámide kelseniana" (que ha sido objeto de críticas por su, a veces, exagerado "simplismo" —en este sentido: Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1983, p. 371), que se limita a explicar las distintas manifestaciones de disposiciones normativas desde la Constitución, hasta algunas de carácter organizativo—interno de la Administración Pública. Nunca bajo el prisma explicativo de la posible existencia de otras fuentes formales, ubicadas jerárquicamente por debajo de la norma constitucional y la ley, como la costumbre, los principios generales del Derecho, tratados o la propia jurisprudencia. El préstamo de la descripción gradualista de Kelsen se circunscribe al acto normativo o a la ley, en su sentido genérico, para no equivocar

como genuina expresión de las virtudes republicanas y democráticas, se consagraría no sólo como fuente formal "exclusiva", sino además "excluyente", en lo relativo al reconocimiento normativo del sistema de fuentes. Y con ello, adicionalmente, se fue delineando una clara prevalencia del principio de *legalidad* sobre el de *constitucionalidad*,⁶ restando la capital importancia que, en la construcción teórica y práctica de la noción de unidad del ordenamiento jurídico, posee el reconocimiento de la Constitución como fuente y como reguladora del resto de las fuentes jurídicas.

Esta realidad ha perdurado durante las últimas décadas y tiene un reflejo en el campo formal muy pocas veces apreciado en el discurso jurídico, y menos aún, en el político. Así, el problema de las fuentes del Derecho en Cuba ha recibido un tratamiento fragmentado, impidiendo la elaboración de una auténtica teoría general, con fines explicativos y justificativos, que coadyuve a la comprensión del carácter sistémico de nuestro Derecho.

En esa ecuación se ha ponderado, reiteramos, el papel de la ley y en otro registro, el de las fuentes materiales.⁷ Y, a pesar de que la literatura jurídica y el ejercicio práctico, de algún modo, abren un debate más plural y flexible en torno al reco-

disposiciones y resultados. Esto muestra un acentuado formalismo anclado exclusivamente en los predios de las formas resultantes del ejercicio de la voluntad del legislador y otros actos derivados de los órganos administrativos.

⁶ Hoy la cuestión de la supremacía normativa de la Constitución y su directa aplicabilidad en Cuba es una asignatura pendiente, un problema no resuelto en su totalidad. Ver, al respecto: PRIETO VALDÉS, Martha, "En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 5-18; AZCUY, Hugo, "Análisis de la Constitución cubana", *Papeles de la FIM*, núm. 14, 2000, pp. 9-144.

⁷ Es el caso, por ejemplo, del papel de la revolución social y de las decisiones políticas como fuentes materiales del Derecho, ampliamente abordados en la literatura jurídica soviética y en los libros para la enseñanza del Derecho en Cuba, algunos de los cuales son referenciados en este artículo (v. gr., FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho*, tomo 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004; MATILLA CORREA, Andry, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)", en CASTANEDO, A., *et al.*, *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 33-219.

nocimiento de fuentes distintas a la ley,⁸ continúa ausente su regulación normativa —preferiblemente en sede constitucional, como sostendremos a lo largo del artículo—, mientras se siguen generando tensiones que no hacen más que confirmar la esencia política de dicho problema.⁹

Desde una perspectiva teórica, la situación descrita afecta la articulación de un concepto sistémico de Derecho,¹⁰ al verse reducida su producción e identificación a los límites de la ley escrita, dificultando con ello el uso de recursos alternativos ante fenómenos asociados, por ejemplo, a la existencia de antinomias o lagunas normativas.¹¹ Se torna, por ende, muy compleja la operación argumentativa cuando

⁸ En Cuba podemos citar, como parte de esa perspectiva más plural y flexible en torno al tratamiento del problema de las fuentes: MATILLA CORREA, A., "Comentarios...", *op. cit.*; PRIETO VALDÉS, M., *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", *Revista Jurídica*, vol. 7, núm. 13, 2006, pp. 53-107; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ciro Félix y HERNÁNDEZ, Redis, "La jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho", en *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1997, pp. 39-44; MENDOZA DÍAZ, Juan, *et al.*, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001; SIMÓN, Liana, "Un acercamiento a la jurisprudencia como fuente formal de Derecho: su origen romano y su recepción en Cuba", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 10, 2008, pp. 1-12; ARREDONDO, Isabel, "Tendencia de la jurisprudencia en Cuba", en *Memorias del Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y fiscales de América Latina*, OMPI, Guatemala, 2004, pp. 2-20; y "Los principios Generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano", en *Memorias del III Encuentro Internacional Justicia y Derecho*, La Habana, s/e, 2006.

⁹ Para Gullón y Díez, *i. e.*, "la enumeración y establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político, porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder —poder mandar y poder hacer obedecer— que en última instancia es un poder de naturaleza política" (DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema De Derecho Civil*, octava edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 98). "El problema del origen de las normas es un problema fundamentalmente político —de relación entre el Derecho y el Poder—, pero también de naturaleza sociológica." (MARTÍNEZ, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 157).

¹⁰ Persiste también en el escenario jurídico interno la tensión entre los conceptos de "sistema" y "ordenamiento", para describir el fenómeno jurídico. Sobre el primero, algunos autores, como Mondelo, consideran que "el derecho difícilmente puede ser considerado como un auténtico sistema, ya que ello exigiría un grado de cohesión, de coherencia interna y de plenitud, es decir, soluciones para todos los casos posibles, que no se encuentran en el derecho positivo" (MONDELO, Walter, "La unidad del Derecho, ¿orden o sistema?", *Santiago*, núm. 98, 2002, p. 381).

¹¹ En Cuba, de modo parcial, se han abordado estas problemáticas, cuyo tratamiento es prolífico en la doctrina comparada. Ver, en esa dirección: FERRARI YAUNNER, Majela, "Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y justilosophicas", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 34, 2009, pp. 45-68 y *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba. Tesis presentada en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de La Habana, La Habana, 2010.

se exige resolver, desde premisas teóricas básicas, casos en los que la ausencia de una norma es manifiesta y no existen garantías para el reconocimiento de medios alternativos como los principios generales del Derecho, incluso considerándose que existe un consenso bastante generalizado acerca de su eficacia, amén de su positivización o no.¹²

La dificultad se advierte entonces no sólo en la limitación que conceptualmente provoca el intentar explicar un sistema contando con una "parte", que es a la vez su "todo" —la ley—; sino además en la incerteza que produce el empleo de otros elementos constitutivos de éste —el resto de las posibles fuentes formales que efectivamente operan en el sistema—. Máxime si a ello se suma que, en principio, la directa aplicabilidad de la norma constitucional y su efectiva fuerza como fuente generadora de Derecho no alcanza una realización concreta en la práctica, a partir de las propias distorsiones que introduce la noción de supremacía legal —como se ha comentado líneas arriba—, lo cual de algún modo continúa signando el contexto jurídico cubano actual —aunque afortunadamente comiencen a observarse interesantes cambios de perspectivas.

¹² Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia No. 219 dictada el 31 de marzo del 2006 por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Supremo Popular en el recurso de casación civil número 152 de 2006, mediante el cual se impugnaba la sentencia número ciento cincuenta y cinco de fecha treinta de diciembre del dos mil cinco dictada por la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas. En síntesis, se dilucidaba sobre el valor normativo del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que habiendo sido alegado por la parte favorecida por el fallo de instancia municipal, fue recurrida ante tribunal provincial, desestimando este tal valor. En un recurso de casación, la mencionada sala del Tribunal Supremo, resolvió reconociendo que "si bien normas de vital trascendencia como resultan la Constitución o la propia ley sustantiva se limitan a establecer los órganos con facultades normativas, no existiendo en nuestro ordenamiento precepto que enumere cuáles son sus fuentes y la relación de jerarquía entre estas, es imposible desconocer como fuerza vinculante, sin intentar a su vez contra el principio de legalidad formal, el valor de fuente material e indirecta de los principios generales de Derecho que sirven de basamento natural de la legislación positiva al expresar valores, intereses e ideas rectoras (...)".

2. EXAMEN NECESARIO DE ALGUNAS CONTRADICCIONES Y COMPLEJIDADES EN EL DEBATE TEÓRICO, EL CASO CUBANO.

Puesta en este tenor la discusión sobre el tema de las fuentes y, particularmente, sobre la jurisprudencia, pasa por complejidades y contradicciones a todos los niveles de la teoría del Derecho. Es más visible cuando asumimos que hay mucho de real en el carácter *periférico* que se atribuye a la producción iusteórica en nuestros *sitios de recepción*, empleando la terminología del profesor López Medina.¹³ Aunque, para ser contestes con la realidad, la *alta teoría* nos ha guiado por una senda igualmente contradictoria, carente de uniformidad¹⁴ y muy polémica¹⁵ que facilita, no obstante, el acomodo conveniente en una u otra corriente de pensamiento (lo que favorece y perjudica, según la postura asumida, el escenario de debate y las preferencias de quien escucha, lee y evalúa el argumento defendido).

¹³ Cfr., LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, séptima reimpresión, Legis, Bogotá, 2013, pp. 16-17.

¹⁴ En esto, sin dudas, ha colaborado lo que pudiera denominarse "intensidad variable, no uniforme", con la que se ha asumido el compromiso hacia la explicación (tanto desde una teoría *descriptiva*, como *prescriptiva*) de la jurisprudencia como fuente. Pongamos ejemplos de la doctrina española, fuente natural e inagotable de conocimiento jurídico, de obligada referencia en nuestros estudios. Allí encontramos desde posturas radicalmente opuestas al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente (el caso del profesor Albaladejo es uno de los más ilustrativos, cuando se cuestionaba: "¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho?", y a seguidas concluía: "La respuesta es sencilla e indudable: no lo es". El argumento explícito: "puesto que la función de la fuente jurídica es *crear normas*, y la jurisprudencia no las crea, es claro que no es fuente"); otras que llevan el problema al plano de una discusión "más bien teórica y de nombre" (Vallet de Goytisolet, al margen de las importantes contribuciones que ha hecho a esta misma discusión); y finalmente una que defiende, sin cortapisas, el valor de la jurisprudencia (Tomás Ogayar, *i. e.*, para quien "es la jurisprudencia, más que la ley, la que constituye la *forma viva* del derecho"). Puesto en tres tenores diferentes, a través de tres grandes maestros del Derecho español y universal, se advierte una variedad de enfoques que impide establecer, naturalmente, una línea uniforme, lo que hace del análisis de esta categoría jurídica campo de las más diversas contradicciones. Cfr., ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil (Introducción y Parte General)*, tomo I, decimoquinta edición, Librería Bosch, Barcelona, 2002, p. 139; VALLET de GOYTISOLET, Juan B., "El razonamiento judicial", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, 2009, p. 28 y OGAYAR, Tomás, *Creación judicial del derecho*, Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1975, pp. 37 y ss.

¹⁵ En algunas discusiones teóricas de alto relieve en el ámbito del Derecho español y latinoamericano se pone de manifiesto esta interminable polémica. En la revista *Doxa*, como en otras publicaciones periódicas, es muy común encontrar argumentos y respuestas, *i. e.*, del profesor Atienza, Buluygin, Juan Ruiz Manero, Fernando Atria y otros iusfilósofos de reconocido prestigio, acerca del problema de la creación judicial del Derecho y en general de las fuentes.

Dado que es imposible sustraerse de esa realidad, definiremos algunos puntos en relación a dichas dificultades. En primer lugar, el problema de origen vinculado a la definición de fuentes del Derecho, cuyo intento por mencionar una relación conceptual y clasificatoria en este momento desvirtuaría el motivo central de la exposición, debido a su abrumadora diversidad. Resultaría obligado destacar, no obstante, el peso que posee el binomio fuente formal/fuente material y la comprobada esencia política de su reconocimiento.

Lo que complejiza la cuestión en el Derecho cubano es, a nuestro juicio, el confinamiento a modo de producción jurídica de esta categoría y el carácter secundario —casi irrelevante— de su virtualidad como medio de identificación y mecanismo de validación del propio Derecho interno;¹⁶ lo que ubica su empleo sólo en el discurso descriptivo —cuanto más, justificativo—, pero no en un registro prescriptivo (asumiendo al tiempo una cierta irrelevancia por su reconocimiento normativo expreso). Este es un asidero más para la exaltación de las virtudes de la legislación, que genera una subvaloración del resto de las fuentes —incluida, insistimos, la propia Constitución—, considerándose el uso de estas últimas eventual y carente de relevancia a los efectos de determinar el Derecho válido (aunque esto no coincida estrictamente con lo que podríamos identificar como "punto de vista interno", de los operadores jurídicos, engendrando una nueva contradicción).

El problema así descrito se instala al menos en dos niveles de distinta complejidad. En uno de naturaleza social y, por ende, *de conocimiento* (el ciudadano

¹⁶ Kelsen: "por fuente de derecho puede entenderse también al fundamento de validez (...) de un orden jurídico"; Raz: las fuentes en su sentido formal "son las que establecen la validez del Derecho" (KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 243; RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 67).

reconoce el Derecho normalmente a través del prisma de su dimensión normativa;¹⁷ pero cuando se enfrenta o *conoce* de situaciones cuya solución jurídica no descansa precisamente en una disposición normativa, sino que se invoca un principio general, se recurre a un tratado internacional, o el peso de la decisión recae en un argumento sostenido por una sala del máximo órgano de justicia, expresa en su estado un conflicto que afecta la seguridad jurídica, en el sentido de igualdad de trato al que se refiere, *i. e.*, De Asís Roig).¹⁸

Evidentemente, cuando dicha igualdad de trato, como elemento intrínseco de la obligación promocional de la función judicial, no se garantiza a partir de la certeza de que un supuesto similar podrá ser resuelto con un recurso similar, entonces es muy difícil concluir que se da por satisfecho el principio de seguridad jurídica, y esto tiene un efecto incontestable en el conglomerado social.

En el segundo nivel, la contradicción es de carácter "epistemológico", ubicándose en el terreno de la indagación científica y la especulación teórica. Aquí opera un argumento cuya esencia es ideológica, y que funciona relativamente similar al ejemplo de la realización del principio de seguridad jurídica antes comentado: ¿cómo es posible resolver la ecuación en las que unos afirman que en el Derecho legislado descansa, gracias a su plenitud, la garantía inobjetable de dicho principio; al tiempo que para otros, las propias falencias del legislador han de ser resueltas por

¹⁷ En el sentido en que aborda la cuestión de la "tridimensionalidad" del Derecho, *cfr.*, APARISI, Ángela, "Introducción al concepto de Derecho", en De LUCAS, Javier (edit.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 36-38.

¹⁸ El profesor De Asís Roig afirma que "en relación con el Poder judicial, y concretamente con su actuación, este sentido de la igualdad, impide establecer diferencias de trato entre los ciudadanos; impone resolver de forma idéntica casos idénticos" (De ASÍS ROIG, Rafael, "Imparcialidad. Igualdad y obediencia en la actividad judicial", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994, p. 918).

el judicial, so pena de peligrar, por las carencias o imprevisiones del primero, la seguridad jurídica del conjunto social?

Pues este planteamiento ha dominado el discurso teórico en las últimas décadas, sin arribar a un argumento que contribuya a uniformar —dentro de la inevitable diversidad— las posiciones en torno al reconocimiento del valor de las fuentes formales como medios de identificación del Derecho válido.

Para quien se adentre en esta temática resulta imperativo tomar postura acerca de dos cuestiones dicotómicas, con las que cerramos el epígrafe. Contradictorias, por cierto, e irresueltas en la mayoría de los desarrollos doctrinales patrios.

En primer lugar, si lo que se desea es defender una teoría descriptiva o prescriptiva acerca de las fuentes del Derecho, aunque parezca demasiado elemental y de escasa relevancia científica, la conclusión más próxima que se obtiene de la revisión de la literatura teórico—jurídica cubana de las últimas décadas, es que no existe definición de estas posturas en sus autores. Sin embargo, parece razonable, al tenor de lo explicado con anterioridad, la preferencia sobre los recursos descriptivos, que las propuestas particularmente normativas. Ello confirma el estado de ausencia de reconocimiento expreso del sistema de fuentes del ordenamiento cubano y el débil tratamiento que aún recibe esta temática en la doctrina interna.

En esa dirección debemos precisar que tal estado de cosas conllevan a asumir un posicionamiento ecléctico, debido a que este breve acercamiento a la cuestión de las fuentes del Derecho en Cuba, tiene esencialmente un punto de partida descriptivo, que posee (y por esa justa causa se imbrican presupuestos teóricos y normativos en el argumento que ofrecemos *ad finem*) pretensiones prescriptivas,

pues defiende, por ser una indiscutible necesidad, la ampliación del mapa de fuentes del ordenamiento a partir de su regulación expresa en los marcos de la norma constitucional.

En segundo lugar, si el partido que se toma respecto a la identificación de las posibles fuentes que operan en el Derecho interno es de carácter *oficial* o *no oficial*.¹⁹ Asumir un criterio *no oficial* convendría mucho a la realidad actual: fuentes que alternativamente se emplean —casi sin discusión cuando se ponen a examen desde un punto de vista interno— y que no se reducen a la legislación. Pero lo verdaderamente válido sería definir una postura *oficial* desde presupuestos normativos que indiquen, claramente, las pretensiones de una necesaria teoría prescriptiva sobre las fuentes formales del Derecho cubano. Paso previo a la definitiva formulación positiva del catálogo de fuentes del ordenamiento y sus principios de organización.²⁰

El tránsito hacia el reconocimiento constitucional de las fuentes (postura *oficial*) exige, sin embargo, un serio compromiso, al implicar una voluntad constituyente que no puede desconocer las tensiones políticas e ideológicas de fondo, debiendo sobreponerse a dificultades contra-mayoritarias que, a modo de ejemplo, se mencionarán respecto a una de las fuentes defendidas a través de este estudio: la jurisprudencia.

Las complejidades y contradicciones en torno a este debate iustéorico no se agotan en las líneas precedentes. A lo largo del artículo se retomarán algunas y

¹⁹ Ha sido de mucha utilidad en este punto la entrevista ofrecida al autor por el prestigioso profesor Eric Millard, de la Universidad Paris X-Nanterre (noviembre de 2014), en el marco del VI Encuentro Nacional de Derecho Administrativo.

²⁰ Especialmente los de jerarquía y competencia. Véase, *inter alia*, CRISAFULLI, Vezio, "Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 323-353.

se ampliarán otras, considerando que la dicotomía existente sobre el objeto de estudio presentado, es la nota peculiar y relevante derivada del examen doctrinal y práctico realizado.

3. ACERCA DEL NUEVO MAPA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Independientemente de la ausencia de consenso en torno a la formulación de una auténtica teoría (bien *descriptiva* o *prescriptiva*) de las fuentes del Derecho en Cuba, tanto la doctrina interna como los operadores jurídicos han contribuido a delinear algunas tendencias que favorecen la noción de un nuevo *mapa de fuentes*. El énfasis se colocará en las denominadas fuentes formales que, de acuerdo con Guastini,²¹ deben atender, entre otros aspectos, al procedimiento de formación de un determinado acto, su generalidad y abstracción. Conforme al criterio más extendido en nuestros predios académicos, se trata de procedimientos, métodos, mecanismos y también a los organismos y autoridades que dan nacimiento al derecho, o que legitiman su existencia, siempre que esos actos, procedimientos y autoridades estén a su vez debidamente facultados y legitimados por las normas de reconocimiento y, sobre todo, por las de adjudicación y cambio.²²

El medio de confirmación de la tesis de la existencia efectiva de fuentes formales distintas a la ley en el ordenamiento jurídico cubano se sustenta en elementos

²¹ "La cuestión de si un cierto acto es o no fuente del derecho debe ser decidida *a priori*, sobre la base de elementos formales, como el *nomen iuris* del acto, su procedimiento de formación y así por el estilo, prescindiendo completamente del contenido del acto mismo en el sentido de que todo acto que esté autorizado para producir derecho constituye una fuente del derecho aunque no tenga un contenido genuinamente normativo (es decir, general y/o abstracto)" (GUASTINI, Riccardo, *Concepciones de las fuentes del Derecho* [s/e], [s/f], pp.101-102).

²² FERNÁNDEZ BULTÉ, *op. cit.*, p. 54

adaptados de la doctrina y en algunos instrumentos aplicados entre operadores jurídicos, como parte de un proyecto mayor desarrollado bajo el título *Presupuestos para el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba* (investigación doctoral).²³ La argumentación sustentada en el primero de los medios citados se nutre de diversas posturas teóricas, aunque básicamente retoma el criterio de Hart cuando afirmó: "(...) de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e. g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social)".²⁴ Esta línea doctrinal (teoría de las fuentes sociales del Derecho) encuentra excelentes interpretaciones y acomodos, de las cuales, *v. gr.*, la seguida por el profesor Vilajosana²⁵ ha sido considerada de mucha utilidad.

En efecto, los elementos prácticos y de identificación que se producen en el tracto de las más diversas relaciones jurídicas (cuya base, definitivamente, es de naturaleza social) en nuestro contexto, coadyuvan a confirmar la existencia y validez de fuentes formales distintas a la ley, en su sentido más genérico. Esta realidad se

²³ Los instrumentos metodológicos aplicados (encuestas, entrevistas) han estado referidos a la identificación de posibles fuentes distintas a la ley, especialmente en la práctica judicial y con énfasis en la determinación de aspectos configuradores de la jurisprudencia como fuente formal. La muestra han sido Jueces de distintas instancias, además de otros operadores jurídicos (abogados, fiscales, consultores) y profesores. Tendencialmente, 80% en todos los casos muestreados confirman la existencia de fuentes distintas a la ley, que emplean directa o indirectamente en la fundamentación de sus escritos promocionales y resoluciones judiciales; admiten la existencia de lagunas normativas y antinomias y consienten en que el Juez está en el deber de resolverlas, muchas veces empleando recursos inexistentes en la norma sustantiva o adjetiva; poco más del 90% estima que el reconocimiento normativo de las fuentes formales es importante o muy importante para el ordenamiento jurídico, y 59% opina que este debe operar en el texto constitucional; estableciendo, por último, en una escala de valores, como posibles manifestaciones para completar el mencionado mapa de fuentes, las siguientes: principios generales del Derecho, jurisprudencia, costumbre jurídica, tratados internacionales, contratos e incluso, analogía y doctrina.

²⁴ HART, Herbert L. A., *Post scriptum al concepto del Derecho* (editado por P. Bulloch y J. Raz), UNAM, México, 2000.

²⁵ VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007; MORESO José Juan y VILAJOSANA, Josep M., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons S. A., Madrid, Barcelona, 2004.

aprecia en las distintas soluciones que se afirman en recursos como los principios generales del Derecho, en la costumbre jurídica, en la letra de tratados internacionales²⁶ ratificados por Cuba o en criterios jurisprudenciales de salas del Tribunal Supremo Popular (muchos de los cuales, a pesar de las limitaciones de publicidad de las resoluciones judiciales, son conocidos por clientes y representantes y se toman como argumento fundamental en los distintos procesos).

Gradualmente se va extendiendo, además, el reconocimiento hacia la primordial y necesaria utilidad práctica de los contenidos constitucionales como orientadores de todas las decisiones que pudieran ampararse en los recursos jurídicos antes descritos, reafirmando el carácter de fuente superior que indiscutiblemente posee la Constitución en el Derecho interno.

Desde el punto de vista de los operadores jurídicos —no sin resistencia— se manifiesta una tendencia similar. Existe un reconocimiento hacia fuentes diferentes a la ley, tal como se ha descrito en el párrafo anterior.

Llevado al examen doctrinal, es imposible escapar de referencias obligatorias a estas fuentes aunque sea de modo fragmentario, ramal: nadie se atreve a negar la virtualidad de la costumbre en las relaciones mercantiles o marítimas; la de los principios jurídicos en el Derecho Civil, de Contratos o Laboral; o apartarse de lo que

²⁶ En el particular caso del carácter de fuente de los tratados internacionales existe mucha polémica doctrinal. A nuestro entender, también, algunos problemas conceptuales derivados de la incorrecta identificación de esta condición —la de fuente— atribuida a dichos instrumentos convencionales internacionales (cuando no existe una exacta delimitación de su función en el sistema de fuentes del Derecho Internacional y al momento de transmitirse a recepcionarse los ordenamientos internos). De suma utilidad para aclarar algunos puntos al respecto: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 2, 2014.

primariamente podemos ir calificando como *líneas jurisprudenciales* sentadas por las distintas salas del tribunal superior (aquella "posición inteligente", de la que hablaba el profesor Fernández Bulté cuando, aun concluyendo que "en la Cuba de la Revolución está absolutamente dirimido que la jurisprudencia o la doctrina legal no es fuente formal del derecho", llamaba la atención sobre la exigencia profesional de estar muy al tanto de las consideraciones doctrinales que se van estableciendo por las distintas salas del Tribunal Supremo, aunque solo fuere por la sencilla razón de que cualquier juicio, llevado hasta sus últimas consecuencias, concluye o debe concluir con un recurso de casación.²⁷

Sin embargo, conspira contra la definición de este nuevo mapa de fuentes formales la inexistencia de sistematización de las mismas a través de una norma que les reconozca —o las contenga— y que sitúe, junto a la ley, la costumbre jurídica, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales y la jurisprudencia, sólo por citar un primer y necesario grupo —sin que escapen del debate otras manifestaciones que también se han hecho recurrentes en la doctrina comparada (los contratos, convenios colectivos, sentencias judiciales, etc.). La carencia del presupuesto normativo no sólo ha restado oficialidad a esta pretensión, sino que ha mantenido además una visión "tradicional" del fenómeno, acorralada en los límites de la legislación. Este mapa estaría incompleto, obviamente, si no se reconociese en primerísimo lugar el carácter de *fuentes de fuentes*²⁸ que posee la Constitución, como se viene insistiendo desde las primeras páginas del artículo.

²⁷ FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *op. cit.*, p. 76

²⁸ Sobre el carácter de *fuentes de fuentes* atribuido a la Constitución, norma ordenadora del resto de las normas: TORRES del MORAL, Antonio, *et al.*, *Introducción al Derecho Político (Unidades Didácticas)*, UNED, Madrid, 1997, p. 90; *Principios de Derecho Constitucional Español*, 5a. edición, tomo I, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2004 e *Introducción al Derecho Constitucional*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1996; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 47 y *Las fuentes*

El salto definitivo superador de ese *tradicionalismo de fuentes* ("de fuente", sería más adecuado en nuestro caso), tiene que producirse desde la admisibilidad de algunas propuestas doctrinales que hoy hablan, por ejemplo, de una necesaria *combinación o mezcla* de fuentes en el razonamiento judicial;²⁹ de la *circularidad* y carácter "no—piramidal" en la descripción y uso de las fuentes, desde una perspectiva de "caso a caso", lo que puede ayudar a "establecer patrones sobre la legitimidad que tiene [su utilización] en ciertos ámbitos",³⁰ entre otras nociones.

Pero toda propuesta, en el especial caso del ordenamiento jurídico cubano, debe partir del impostergable reconocimiento normativo de esta pluralidad de fuentes formales, fundamentalmente en la norma constitucional.

4. EN TORNO AL LUGAR Y PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

Para arribar a conclusiones concretas sobre la proposición central del presente artículo, debe enfrentarse el discurso a la compleja definición de la posición y papel de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. Por ende, necesariamente conver-

del Derecho, Tecnos, Madrid, 1984, p. 40.; BILBAO, Juan María, *et al.*, *Lecciones de Derecho Constitucional I*, primera edición, Lex Nova S.A.U., Valladolid, 2010, p. 266; BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, sexta edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005; ÁLVAREZ CONDE, Eduardo, *Curso de Derecho Constitucional*, 3a. edición, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1999, p. 138; de VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, trad. de C. Herrera, UNAM/SEPS, México, 2004, pp. 120 y 159 y ss.; GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. CARBONELL, Fontamara, México, 2001, p. 34 y ss.; VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, UNAM/Cámara de Diputados, México, 2004, p. 72.

²⁹ BERNAL CANO, Natalia, "El poder creador del Juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales", *Estudios Socio-Jurídicos Bogotá*, vol. 12, núm. 1, 2010, p. 32. La autora denomina esta tesis como de *equilibrio de las fuentes del derecho*, encontrando analogías, *i. e.*, con los planteamientos en Italia de Antonio Ruggeri. *Cfr.*, además, BERNAL CANO, Natalia, "Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 28, 2013, p. 372 y nota 3.

³⁰ GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, "El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica", *Universitas*, núm. 112, 2006, pp. 265 y 292. Describe el autor el problema empleando un interesante recurso expresivo en oposición a la tradicional jerarquización de fuentes formales, que define como *pastel de fuentes*.

gen en el análisis elementos históricos, conceptuales y sistémicos, porque pertenecemos a una *familia jurídica* de la que se han heredado modos de pensamiento y actuación de una influencia extraordinaria.

No se pretende en este desarrollo detener demasiado la marcha en los aspectos de la evolución histórica y sus condicionamientos esenciales ampliamente recogidos por la doctrina comparada, que influyó en distintos momentos de forma determinante también en la teoría y la práctica del Derecho en Cuba.

Si acaso, recordar que en nuestro país se recibió el influjo del Derecho español desde los primeros años de la conquista y colonización (siglos XVI y XVII fundamentalmente), expandiéndose y confundiéndose luego con instituciones conformadoras del llamado *Derecho de Indias* (en contraste con el Derecho para Indias que posibilitó replicar muchos de los institutos jurídicos de la monarquía española en los orígenes del dominio ibérico sobre la isla). Este hecho motivó que las grandes transformaciones del Derecho español fueran recibidas, unas de modo más urgente, otras más lentamente, en la realidad jurídica cubana. La influencia fue tal que el Código Civil pervivió por casi un siglo antes de su reforma en 1987; que aún conservamos vigente el Código de Comercio decimonónico; o que por muchos años las leyes de enjuiciamiento civil y criminal replicaran en nuestro contexto procedimientos y figuras típicos de la práctica española, por citar sólo algunos ejemplos.

Pero de igual manera se ha extendido una lectura excesivamente formalista y dogmática del desarrollo de algunos institutos, bajo la presión que supuso el movimiento liberal europeo y la expansión de la codificación. Dentro de estos la función judicial sufrió un duro impacto, implantándose como concepción dominante el desprecio hacia las formas que suponían la participación de los Jueces en la crea-

ción del Derecho,³¹ confinando su actividad a la mera aplicación de las leyes, primando por mucho tiempo como operación lógica la subsunción.

El predominio de lo que François Ost describe como modelo *jupiterino* de Juez³² ha sido la representación más generalizada en nuestra realidad jurídica, sacrificando en favor del *imperio de la ley* los atributos creativos de la función judicial, confiando en la plenitud hermética del ordenamiento y en la capacidad de previsión de una especie de legislador omnipotente. Esta distorsión encontró abrigo en una falaz e incompleta construcción conceptual de los sistemas de Derecho, fundada casi exclusivamente en la preponderancia de una u otra fuente (que ha definido las diferencias entre Derecho continental y *common law* a través de la supremacía de la legislación en el primero de los casos, y del precedente judicial, en el segundo).

Con el tiempo, tal distinción parece haber perdido virtualidad, como afirman algunos autores,³³ pero su efecto ideológico, que se vio relativamente superado bajo

³¹ «Formas» que son diversas, si tomamos como ejemplo los aportes del profesor Pérez Luño, para quien, existen al menos ocho actitudes teórico-jurídicas vinculadas a esta noción de "creación" desde el judicial:

- Crear/juzgar como *demiurgia*: no sólo los Jueces crean Derecho, sino que de ellos procede *todo* el Derecho. Sólo los Jueces son fuente del Derecho;

- Crear/juzgar como manifestación del *arbitrio judicial*;
- Crear/juzgar como capacidad para producir normas *ex ius naturae* o *ex natura rei*: el Juez crea normas jurídicas por exigencias de justicia pero orientando su decisión en un parámetro normativo objetivo: el Derecho Natural;

- Crear/juzgar como capacidad de *integración normativa*;
- Crear/juzgar como capacidad para *completar* el proceso normativo;
- Crear/juzgar como capacidad *excepcional* para producir normas;
- Crear/juzgar como facultad para *elegir* el significado normativo;
- Crear/juzgar como posibilidad de producir *normas individuales*, en este caso representadas por las sentencias.

Finalmente, considera el autor que sólo la primera tesis "reivindica el monopolio judicial de la creación del Derecho". *Cfr.*, PÉREZ, Antonio-Enrique, "¿Qué significa juzgar?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 154-156.

³² *Cfr.*, OST, François, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169-194.

³³ LAFUENTE BALLE, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000, p. 51; DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. J. Sánchez

el influjo del realismo jurídico y la *sociological jurisprudence* en nuestro Derecho durante la primera etapa republicana (1901-1958), se agudizó tras el triunfo revolucionario de 1959 y el dilatado proceso de provisionalidad que antecedió a la promulgación de la Constitución socialista de 1976. De modo tal que expresiones como "terror al gobierno de los Jueces", o a la "tiranía del poder judicial" se apoderaron del discurso oficial, desterrándose los principales institutos que pudieran abrir una brecha hacia la participación del judicial en el proceso de creación normativa.

Por ende, fue desapareciendo también del discurso académico la preocupación por la legitimación de un Derecho de origen jurisprudencial que, a lo sumo, permitiese rescatar modelos perdidos (menciónese, por ejemplo, lo que significó en su momento, en palabras del profesor García Belaúnde,³⁴ el "modelo de control cubano" de constitucionalidad, durante la primera mitad del siglo XX), complementando la función legislativa y sirviendo propiamente de mecanismo de control. Razón por la cual —aunque en esto se evidencia una profunda responsabilidad histórica en el fallido actuar de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales durante el golpe militar del dictador Fulgencio Batista en 1952, que terminó legitimándolo—, hoy carece nuestro diseño político-jurídico de una vía de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos y disposiciones normativas, aportando este acontecimiento y sus consecuencias también a la determinación de una postura cautelosa en relación al papel de los Jueces más allá de su función primordial de administrar justicia en nombre del pueblo de Cuba.

Cordero, UNAM/Centro Mexicano de Derecho Uniforme/Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010, pp. 325-326.

³⁴ Cfr., GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "Los tribunales constitucionales en América Latina", *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 61, 2004, pp. 309-321.

Estos elementos históricos y sistémicos colocan en una posición muy difícil a todo discurso teórico —más aún, *al oficial*— que se incline por el reconocimiento del papel activo y creador de la función judicial en un ordenamiento que, superando los dogmas conceptuales, no es tan completo o hermético como se figura. A lo que tributan varias indagaciones, mediante las que se ha comprobado que bajo el manto de frenético *legalismo* con el que se describe el sistema romano-francés, el interés por el Derecho jurisprudencial se destaca desde el propio siglo XIX en escenarios como Francia y España, trascendiendo al subcontinente latinoamericano.³⁵

Atendiendo estas consideraciones cabe hablar en la actualidad de un replanteamiento de posiciones que favorece el impulso del Derecho de origen judicial y, consecuentemente, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal. No obstante, antes de comentar los efectos que viene originando la llamada *centralidad* de este fenómeno, debemos advertir que se añaden a las problemáticas históricas y sistémicas, otras en el orden de las definiciones que sobre la jurisprudencia han ofrecido los más diversos autores.

A lo sumo éstas han propiciado construir una verdadera "torre de Babel", volviendo el término polisémico y multifuncional. Por ello, intentar sistematizar dichas

³⁵ En este sentido nos muestra López Medina el interés por compendiar la jurisprudencia de la época, en los casos del *Recueil* de sentencias de Armand Dalloz en Francia, que vio la luz en el año 1827, posteriormente ampliado en 1845 ("*Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*") y del "*Repertorio de jurisprudencia civil española, ó Compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia*", publicado entre 1867 y 1884 por José María Pantoja, obras que también tuvieron "émulos" en América Latina. Considerando la importancia de la «jurisprudencia constante» en Francia, autores como Geny y Duguit llegaron a afirmar que a finales del siglo XIX "gran parte del nuevo derecho francés era verdaderamente judicial". *Cfr.*, LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: Recepción y vicisitudes del concepto de "doctrina legal" en la región", en GONZÁLEZ, A. y DEL RÍO, J., (comps.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011, pp. 1-32.

opiniones constituiría un alto riesgo en un acercamiento de esta naturaleza, a fuerza de discriminar determinados criterios que pudieran considerarse como *citas de autoridad*. Sí vale precisar que se identifica a la jurisprudencia en este estudio en su estricto sentido de fuente, como norma de origen judicial, no con un significado técnico o instrumental.

En esa dirección, coincidimos con el profesor Giuseppe Zaccaria cuando habla de un momento actual de *centralidad de la jurisprudencia*, matizado por la amplitud y profundidad de un fenómeno que alcanza todos los confines de los ordenamientos internos y más allá... de las jurisdicciones internacionales.³⁶ Las maneras en que este proceso se materializa vienen confirmadas por tendencias teóricas y prácticas, algunas de las cuales, de modo más expreso o tácito, han sido recibidas en el contexto jurídico cubano.

La expansión de las jurisdicciones constitucionales, del garantismo procesal, del principalismo jurídico puesto a examen en sede judicial, entre otras manifestaciones, coadyuva a estos propósitos. A ello debe sumarse la proliferación de teorías³⁷ como la del Derecho, jurisprudencia y Constitución vivientes,³⁸ el activismo

³⁶ ZACCARIA, Giuseppe, "La jurisprudencia como fuente de Derecho: una perspectiva hermenéutica", *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 93-117, p. 106.

³⁷ La naturaleza de este estudio nos obliga a mencionar al menos estos ejemplos en el *Derecho Comparado*, —si entendemos como tal el conjunto de formulaciones teóricas que sostienen la institución analizada y su aplicación en diversos contextos jurídicos—, limitando la posibilidad de abordar en la extensión merecida el importante rol que en las coordenadas de la *legislación comparada* desempeñan algunos ejemplos en nuestro subcontinente. Es el caso de las constituciones de México, Colombia, Ecuador, Bolivia, Brasil, entre otros Estados de la región que, de una manera u otra, reconocen explícitamente el valor de la jurisprudencia —bien directamente a través de reiteración de fallos; bien como un controvertido medio auxiliar; o mediante instituciones tan peculiares como las *súmulas* del Derecho brasileño—. Estas manifestaciones contribuyen, sin duda, a perfilar algunos elementos que sostienen la propuesta de reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho cubano, aunque ello no significa que exista un criterio de identidad material fuerte de dicha propuesta respecto a lo formulado en aquellos ordenamientos.

³⁸ CARBONELL, Miguel, "La constitución viviente", *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 187-193 y "Sobre la Constitución viviente", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín*,

judicial³⁹ y el nuevo Derecho,⁴⁰ las que desarrolladas en el marco del neoconstitucionalismo⁴¹ y su variante local, el nuevo constitucionalismo latinoamericano,⁴² ganan "notoriedad y actualidad".⁴³ El denominador común se encuentra en el justo redimensionamiento de la función judicial y en su papel creativo ante las exigencias garantistas de una sociedad en constante transformación, que viene a suplir la comprobada incapacidad del legislador de prever y regular todas las situaciones jurídicamente relevantes, derivadas de las cada vez más complejas relaciones sociales.

Es, por tanto, un escenario idóneo para replantear posturas y considerar la progresiva importancia de la creación judicial del Derecho y del reconocimiento expreso del alcance y efectos de la jurisprudencia como fuente formal del ordenamiento jurídico.

vol. 42, núm. 117, 2012, pp. 347-357; TARUFFO, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Anuario Jurídico*, pp. 85-99, 2007, p. 87; Gustavo, "Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia", *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm 1, 2008, pp. 325-335..

³⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 121-165.); TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, "Activismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política", *Revista Direito GV*, vol. 8, núm. 1, 2012, pp. 37-57.

⁴⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho...*, op. cit.; CASTAÑO, Luis Ociel, "El Juez constitucional y el llamado nuevo Derecho", *Criterio Jurídico*, núm. 7, 2007, pp. 185-206; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?", *Revista de Derecho Baranquilla*, núm. 29, 2008, pp. 289-330; TAMAYO JARAMILLO, Javier, "El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Medellín*, vol. 36, núm. 105, 2006, pp. 361-397. Debemos advertir que el término *nuevo Derecho* no es privativo del contexto latinoamericano y colombiano en particular, si bien aquí adquiere ribetes particulares. Desde otras ópticas, por ejemplo, es empleado en la evaluación de las transformaciones que, producidas a nivel regional, afectan instituciones de Derecho interno—incluida la jurisdicción constitucional—. Puede verse, en este sentido: VIDAL PRADO, Carlos, *El impacto del nuevo Derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.

⁴¹ Una de las obras de obligatoria referencia: CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

⁴² En Cuba, sobre el «nuevo constitucionalismo latinoamericano», véase, MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina y CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, "La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 36, 2010, pp. 5-24; VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 49-76 y "El Derecho Constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma", *Tepantlató*, núm. 33, 2012, pp. 9-24. En buena parte de los artículos citados, se ponen de relieve los aportes que han hecho a la configuración de este concepto los profesores españoles Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor.

⁴³ HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente 'un activismo' o 'el' activismo?", *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 429-453.

Dentro de estos últimos, más que pretender el afianzamiento de un poder o función sobre otro, debe dirigirse la mirada hacia la necesaria integración del Derecho, ante fenómenos que se originan por las limitaciones objetivas y subjetivas del propio legislador⁴⁴ —los cambios de naturaleza social y política; las deficiencias en materia de técnica legislativa;⁴⁵ la no especialización de la función legislativa y algunas dificultades derivadas del diseño y funcionamiento del órgano legislativo;⁴⁶ el peligro siempre creciente de la "hipertrofia"⁴⁷ del ordenamiento dado la excesiva producción normativa, incluida la que se genera en la Administración Pública, etcétera; la búsqueda de un adecuado equilibrio funcional que tribute al control de los actos legislativos y administrativos a través de una jurisdicción especial cuyas decisiones posean fuerza vinculante (formen *jurisprudencia*) que venga además a resolver el control jurisdiccional ausente de la constitucionalidad de la leyes y demás disposiciones normativas en Cuba; y la contribución a la garantía del principio de seguridad jurídica, mediante el actuar no arbitrario del judicial, que comprenda la certeza respecto a la igualdad de trato probable en decisiones adoptadas por los tribunales (cuando su eficacia normativa esté acompañada de la debida publicidad del acto y de ella se desprenda indubitadamente un efecto jurídico *erga omnes*); así como una respuesta adecuada ante la presencia de fenómenos que afectan derechos e intereses ciudadanos, como las contradicciones normativas —que en supuestos específicos sitúan en estado de indefensión al sujeto, cuando éste no cuenta con un recurso expreso para su solución en la vía judicial.

⁴⁴ Es claro que hablamos también en este sentido de las lagunas normativas.

⁴⁵ Sobre el tema, en Cuba: CARRILLO GARCÍA, Yoel, "Régimen político y calidad de las leyes en Cuba", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. LXIII, núm. 128, 2012, pp. 623-669 y "Calidad de las leyes en Cuba. Algunos puntos críticos", *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, 2012, pp. 21-51.

⁴⁶ MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, *El modelo de creación de leyes en Cuba. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999; MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina y CUTÍE MUSTELIER, Danelia, "La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento cubano u órgano legislativo", *Santiago*, núm. 100, 2003, pp. 132-142.

⁴⁷ Con este término calificó, *i.e.*, el profesor García de Enterría, en varios de sus escritos, el problema de la exagerada y peligrosa profusión normativa ("hiperinflación", en otros autores).

Los efectos buscados con el reconocimiento constitucional de la jurisprudencia configuran en buena medida algunos de los presupuestos que se aportan en las páginas finales del artículo. Con ello no se pretende suplantar el necesario rol de la función legislativa y de la ley dentro del sistema de fuentes del ordenamiento interno. Aspiran, por el contrario, a materializar desde un determinado equilibrio funcional, aquella premisa expuesta por el profesor Brian Bix, siguiendo a Hart respecto a que "la creación del derecho por parte del judicial tiene como fundamento el avanzar los propósitos de la legislación".⁴⁸

Es necesario, no obstante, explicar algunas dificultades contra-mayoritarias que se unen a las contradicciones descritas con anterioridad.

5. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE HA ESTADO OBSTACULIZADO POR PROFUNDAS DIFICULTADES CONTRA-MAYORITARIAS

El término *dificultad contra-mayoritaria*, atribuido por algunos autores a A. Bickel, parte de la consideración de este último respecto a que la función judicial —y particularmente la acción de control constitucional (*judicial review*)— es antidemocrática porque [la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Suprema] "se opone a la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría predominante sino en su contra".⁴⁹ Sea éste o no el verdadero punto de partida de dicha expresión, lo cierto es que con cierta frecuencia

⁴⁸ BIX, Brian H., *Filosofía del Derecho. Ubicación de los problemas en su contexto*, trad. I. Flores; R. Ortiz y J. Vega, UNAM, México, 2010, p. 60.

⁴⁹ BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986, p. 17. También: LANDAU, David, "Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional Comparado", *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, 2011, pp. 13-83, p. 23

—intencionadamente o no— se desprende de una parte significativa del discurso teórico (con énfasis en el sistema continental) una relativa —o absoluta, dependiendo del caso— oposición a la formación jurisprudencial del Derecho, justificada en diferentes razones que hacen del judicial un poder contra-mayoritario (carente, por ende, de una base democrática y desprovisto de toda legitimidad para crear Derecho).⁵⁰

En el mecanismo de elección de los Jueces, se encuentra uno de estos argumentos contra-mayoritarios. En la naturaleza y alcance de sus decisiones, también, toda vez que el proceso de formación de dichas decisiones carece de los niveles de representatividad y discusión formalmente establecidos, *i. e.*, para los actos legislativos. De modo similar, se cuestiona el carácter veleidoso, inestable, variable y circunstancial de las resoluciones judiciales frente a la estabilidad y generalidad que debe ofrecer la ley, como fuente predilecta de creación jurídica (cuando precisamente se carece de una sujeción respecto al precedente vinculante, o este es fácilmente modificable por una decisión —o cambio de línea jurisprudencial posterior—).⁵¹ Junto a otros criterios que retoman el viejo temor al "gobierno de los Jueces",⁵² el

⁵⁰ "(...) en una democracia representativa los Jueces, que no han sido electos popularmente, no pueden sustituir con sus propios valores aquellos que el legislador ha elegido" (MAGALONI, Ana Laura, "El Juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *statute law*", *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 131-148, p. 140). Sobre el tema, además: GARGARELLA, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles latinoamericanos*, núm. 28, 2006, pp. 9-32 y BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional", *Revista do Direito UNISC-Santa Cruz do Sul*, núm. 34, 2010, pp. 134-154.

⁵¹ Siguiendo a Taruffo, Iturralde Sesma nos coloca en este caso, de acuerdo a su grado de vinculatoriedad, frente al «precedente absolutamente obligatorio» y otras especies que varían desde el «precedente condicionalmente obligatorio» hasta el «precedente persuasivo». *Cfr.*, ITURRALDE SESMA, Victoria, "Precedente Judicial", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, pp. 194-201.

⁵² Sobre este aspecto, con absoluta claridad ha expuesto el profesor De Vega que condenar "la posible incidencia del Poder Judicial en la vida del Estado no pasa de ser un recurso ideológico que, por estar parcial e interesadamente empleado, le priva de todo fundamento (...) Acrecentar ahora su influencia, acaso fuera más compensar un tradicional desequilibrio histórico, que establecer ningún tipo de preeminencia". (DE VEGA, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, UNAM/UCM, México, 2004, p. 304). El eminente profesor Héctor Fix-Zamudio ha contribuido también a enfrentar esta postura concluyendo que la fuerza de los órganos judiciales no se apoya en elementos de carácter material —como sí los tiene el Poder Ejecutivo—, sino en "su prestigio moral y su estricta

carácter invasivo de la función judicial sobre el resto de los poderes constituidos, la afectación al principio de independencia judicial,⁵³ etcétera.

Suscribimos en este punto una interesante conclusión que, siguiendo a B. Ackerman, aporta Maraniello. Para él, lo viable frente a estas dificultades contramayoritarias, no radica en intentar *resolverlas*, sino en *dísolverlas*. En sus palabras:

El problema contramayoritario de las sentencias judiciales no resulta ser un inconveniente, sino una forma práctica de la democracia, donde la ley pasa por varias etapas (discusión, votación, ejecución y compatibilidad), en las que participan todos los poderes del Estado, y el Poder Judicial precisamente se ocupa de la última parte de la etapa de la ley, corrigiendo las falencias de una democracia incompleta. Y resulta de este modo, pues en general las leyes son aprobadas por la mayoría y no por las minorías vulnerables, que buscarán una respuesta a sus necesidades en el Poder Judicial, donde un Juez a través de sus sentencias —seguramente— dará solución a sus derechos.⁵⁴

En el contexto cubano algunos de estos argumentos que sostienen la naturaleza contra—mayoritaria de la función judicial quedan atenuados por los mecanismos establecidos constitucional y legalmente.⁵⁵ El más claro ejemplo es el procedimiento de elección de los Jueces, en el que intervienen distintos órganos representativos,

imparcialidad". Cfr., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de justicia constitucional, 1940-1965*, (México, [s/e], 1968, p. 16.

⁵³ En Cuba, un acercamiento reciente sobre el tema en: PRIETO VALDÉS, Martha, "La independencia judicial: presupuesto de imparcialidad, seguridad y justicia", en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Yumil (coord.), *Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana-ONBC, La Habana, 2013, pp. 437-467.

⁵⁴ MARANIELLO, Patricio Alejandro, "Las sentencias como actos correctores del sistema democrático", en *Actas del IV Congreso de Derecho Procesal Constitucional Colombiano*, Santa Marta, Colombia, 2013. Véase además: ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1998.

⁵⁵ Así lo establece, entre otras disposiciones normativas, la Ley No. 82 de 11 de julio de 1997, de los Tribunales Populares. A este tenor, los Jueces del Tribunal Supremo son electos por la Asamblea Nacional del Poder Popular —máximo órgano representativo del país—; y los del resto de los tribunales (provinciales y municipales) en las Asambleas Provinciales del Poder Popular, escuchado el parecer, en el último de los casos, del Presidente de las Asambleas de la localidad donde ejercerán su función (art. 46. 3).

cuyos miembros son electos por el voto popular y a los que se confiere un mandato en nombre de la mayoría. De igual manera, mediante la composición de los tribunales, en los cuales la presencia de Jueces legos⁵⁶ garantiza la representación de los distintos sectores sociales en la administración de justicia, sin que medie en su selección criterio de especialización alguno (aunque sí condiciones morales y otros requisitos personales que aseguren una actuación imparcial y acorde con los principios éticos de la función judicial).⁵⁷ Para algunos observadores internos o externos puede que estas dos condiciones no sean suficientes, pero al menos acercan a la función judicial a los marcos de la legitimidad democrática en su estructuración, cualidad que insistentemente trata de negársele o se rechaza rotundamente en otros sistemas jurídicos.

El perfeccionamiento de la propia administración de justicia y la ponderación del valor de sus decisiones, sometidas a límites (clave de una actuación de la función judicial no contraria al ordenamiento jurídico), coadyuvarían a corregir algunos de los elementos que hoy se identifican como dificultades contra-mayoritarias. Y, desde una perspectiva de equilibrio funcional, si lo necesario es mantener el diálogo⁵⁸ entre

⁵⁶ Sección Segunda, artículos 49 y siguientes, de la precitada Ley de los Tribunales Populares.

⁵⁷ La preocupación sobre los aspectos éticos y morales que deben guiar el actuar de los Jueces ha sido permanente en nuestro sistema. En palabras del Presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba se enfatiza en este aspecto que, junto al principio de que la justicia dimana del pueblo, confieren seguridad y esencia democrática a la función judicial. *Cfr.*, REMIGIO, Rubén, "Ejemplo de democracia en la administración de justicia", *Revista Justicia y Derecho*, núm. 5, 2005, pp. 2-7. Sobre el tema, no es posible dejar de mencionar el interesante debate que se introduce en España en MALEM SEÑA, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos Jueces?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 379-403.

⁵⁸ La centralidad de la jurisprudencia (y dentro de ella la expansión de la jurisdicción constitucional) sigue siendo un elemento de permanente preocupación de cara a la limitación del poder legislativo. Para algunos autores, este "diálogo" reclamado entre los "poderes mayoritarios y contramayoritarios", pretende "devolver la última palabra al Parlamento en detrimento de las clásicas atribuciones del poder contramayoritario" (en el caso examinado, el Tribunal Supremo). Se trata de "propuestas que van desde la pretensión de reinstaurar la primacía del Parlamento (...) hasta fórmulas mixtas de constitucionalismo débil [para] obtener fórmulas que conjuguen el procedimiento democrático con el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Es decir, lo que siguiendo la metáfora de Elster sería, seguir atados, pero con las cuerdas algo más sueltas". (De MONTALVO, Federico, "Las cláusulas *notwithstanding* y *override* del constitucionalismo canadiense", *Teoría y realidad constitucional-UNED*, núm. 30, 2012, pp. 387-409, p. 394).

los órganos del poder público, éste se garantiza a través de un flujo bidireccional de control; pues, poniendo como ejemplo nuestro país, la administración de justicia está subordinada (y rinde cuentas) a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado (máximos órganos representativo y político respectivamente), conforme el artículo 121 constitucional. Sin embargo, amén de las facultades reconocidas al sistema de tribunales, no existe un mecanismo particular para el ejercicio del control jurisdiccional sobre los actos provenientes de aquellos órganos, con lo que la pretendida bidireccionalidad no existe (a esto también apuesta el reconocimiento constitucional del Derecho de formación jurisprudencial impulsado desde este trabajo).

6. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDA. PLANTEAMIENTO DE ALGUNOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y NORMATIVOS

La asimilación de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba, de acuerdo a todas estas dificultades (incluidas las de origen sistémico), es una cuestión, reiteramos, difícil. Si se hace un balance crítico desde la perspectiva de algunas de las obras de la doctrina nacional y otras que han servido de marco referencial a esta indagación, no se puede establecer una línea de pensamiento que denote una relativa uniformidad.

Así, de exacerbar el papel y posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes en la primera mitad del siglo XX,⁵⁹ hemos pasado al enfrentamiento, reco-

⁵⁹ *Cfr., v. gr.*, Del CUETO, José Antolín, *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales el 2 de septiembre de 1918*, Librería e Imprenta "La Moderna Poesía, La Habana, 1918; De BUSTAMANTE y MONTORO, Antonio S., *La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano*, segunda edición, Jesús Montero Editor, La Habana, 1937.

nociendo, cuanto más, su valor como herramienta auxiliar,⁶⁰ como fuente material de otras decisiones,⁶¹ fuente complementaria, no autónoma,⁶² o vehículo para lograr la interpretación y aplicación uniforme de la ley.⁶³ De modo similar, afirmaciones como las del profesor Mendoza Díaz, para quien la letra del artículo 630.1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico⁶⁴ "ha elevado a la categoría de fuentes formales del ordenamiento civil en general, y del Derecho Procesal, en particular, los criterios interpretativos (...) del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo",⁶⁵ no son acomodables al concepto mismo de *jurisprudencia*, por entenderse que la naturaleza del órgano es administrativa, no judicial; por lo que en todo caso estaríamos frente a disposiciones normativas (instrucciones, dictámenes del Consejo de Gobierno —en lo adelante CGTSP—) que se nutren (esto es, en el sentido del valor de fuente material) de la jurisprudencia (manifestación de la *experiencia acumulada* en la práctica judicial), sentada, *i. e.*, a través de los *criterios de sala* del Tribunal Supremo Popular.⁶⁶

⁶⁰ Cfr., FERRARI YAUNNER, M., *Los principios...* op. cit.

⁶¹ Cfr., MATILLA CORREA, A., "Comentarios...", op. cit.

⁶² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ciro Félix y HERNÁNDEZ, Redis, op. cit.

⁶³ Sentido que se desprende de las competencias atribuidas constitucionalmente al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (artículo 121) y que pondera Prieto Valdés en su investigación doctoral (a lo que suma la necesaria función de control jurisdiccional y como método la «interpretación conforme a la Constitución», que encuentra en sede judicial un recurso necesario para su materialización). Véase, PRIETO VALDÉS, Martha, *El Derecho, la Constitución y su interpretación. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de La Habana, La Habana, 2002.

⁶⁴ Artículo 630. Procede el recurso de casación por los motivos siguientes:

1. Que la sentencia o resolución contenga infracción por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida, con trascendencia al fallo, de las leyes, de las interpretaciones de estas emanadas del Consejo de Estado, de las instrucciones de carácter obligatorio dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo Popular o su Consejo de Gobierno, recogiendo la experiencia de la actividad judicial en la interpretación y aplicación de las leyes, o de las decisiones dictadas por esos órganos al evacuar consultas de los tribunales sobre conflictos entre leyes y otras disposiciones de rango normativo inferior."

⁶⁵ MENDOZA DÍAZ, Juan, *et al.*, op. cit., p. 18.

⁶⁶ Con motivo del VI Encuentro Nacional de Derecho Administrativo (noviembre de 2014), en la presentación de la adaptación de los *modelos de gobierno de los Jueces* del profesor Luis López Guerra, al diseño y funcionamiento actual de la administración de justicia en Cuba, sobresalieron en la discusión interesantes puntos polémicos (contradictorios en algunos extremos). Una de las perspectivas está relacionada con el valor normativo de las

Con estos antecedentes, el propósito de estas líneas se concentra en formular algunos presupuestos para el reconocimiento constitucional de lo que, fruto de la reflexión teórica y la contrastación empírica, puede ir delineándose como *jurisprudencia* en nuestro ordenamiento.

Primeramente resulta válido significar que, para los operadores jurídicos, se identifican como manifestaciones de «jurisprudencia», en su sentido de fuente jurídica, las siguientes:

- Reiteración de fallos de los Órganos Superiores de justicia en la resolución de asuntos de similar naturaleza.
- *Ratio decidendi* de sentencias dictadas por Tribunales Superiores y sus Salas que se hacen valer con fuerza normativa general y obligatoria, lo que conforman los denominados *criterios de sala*.
- Disposiciones jurídicas propias de los Órganos Judiciales Superiores (acuerdos, instrucciones) que impongan un modo de actuación a las jurisdicciones subordinadas o creen una regla por vía de la interpretación de la ley, que por su alcance constituya en sí misma una nueva norma jurídica (a pesar de la comentada naturaleza no judicial, *i. e.*, del CGTSP y del carácter más *normativo* que *jurisprudencial* de sus decisiones).

decisiones del CGTSP, sobre todo porque para algunos autores tanto las instrucciones como los dictámenes no pasan de ser instrumentos administrativos y, por ende, carecen de fuerza normativa fuera de los límites de la administración de justicia. Lo establecido en los artículos 77 y 121 de la Constitución, 73 y 74 del Reglamento de la Ley de los Tribunales Populares y lo dispuesto en el Decreto No. 62, de 30 de enero de 1980, sobre la publicación de los actos normativos confirman, sin embargo, el carácter y alcance efectivamente normativos de aquellas disposiciones que si bien, persuadido de la naturaleza administrativa más que judicial de este órgano, no son jurisprudencia, sí participan en el proceso de creación normativa, se erigen como fuentes formales respondiendo normativamente a situaciones específicas no resueltas por ley (nota del autor C. Bruzón). Véase, además la referencia de los modelos en: LÓPEZ GUERRA, Luis, "Modelos de gobierno de los Jueces", *Parlamento y Constitución... Anuario*, núm. 1, 1997, pp.11-32.

No se incluyen en estos casos apreciaciones doctrinales de un peso considerable, como las relacionadas con la función y alcance de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales, teniendo en cuenta su inexistencia en nuestro diseño institucional.

Concretamente, dentro de los presupuestos (se imbrican aquí tanto los teóricos como normativos) que pudieran ser considerados —a la manera de *elementos fundacionales implícitos*, siguiendo a Kelsen—, en torno al reconocimiento del valor de fuente formal de la jurisprudencia, están los siguientes:

- La jurisprudencia como fuente formal se identifica esencialmente con los pronunciamientos contenidos en la *ratio decidendi*⁶⁷ de las sentencias pronunciadas en las salas del Tribunal Supremo Popular, en la resolución de casos cuya respuesta no está claramente definida en las normas sustantivas o adjetivas, o éstas no existan.⁶⁸ Esta manifestación contribuye a conformar los *criterios de sala* que son seguidos (con relativo grado de *vinculatoriedad* —jamás de modo *absoluto*) por las instancias judiciales inferiores.⁶⁹

⁶⁷ El problema de la definición de la *ratio decidendi* (y por oposición, de los *obiter dicta*) en una sentencia, es materia igualmente compleja. A los efectos de esta construcción teórica han sido muy útiles las referencias a los cinco usos dominantes de la *ratio decidendi* (según Twining y Miers), los tres sentidos que se la atribuyen (Chiassoni) y el *test de Goodhart*, todas comentadas en Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.* También: VALLET de GOYTISOLO, Juan B., "La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del Derecho", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, 2010, pp. 17-34.

⁶⁸ Lo que guarda relación con la "naturaleza o complejidad del asunto", que es uno de los motivos en los que se funda la constitución de la sala para el acto de impartir justicia, conforme se establece en el artículo 39 e), del Reglamento de la Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, de los Tribunales Populares.

⁶⁹ También se forma en este proceso una especie de *autoprecedente*, verificable en criterios contenidos en numerosas resoluciones judiciales de las salas del Tribunal Supremo Popular, en los que siguen sus propios criterios. A modo de ejemplo, véanse las siguientes:

Sentencia No. 472 de 10 de mayo de 2002, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

- El carácter formal de la jurisprudencia vendrá dado por su producción derivada de esta estructura del órgano judicial superior (sala), cuyas decisiones son elaboradas a partir de un modo de proceder previamente establecido en la norma y de las facultades reconocidas a dicho órgano (regla de adjudicación), lo que garantiza su legitimidad; por lo que no procede entender la formación de jurisprudencia desde la actuación individual del Juez, ni desde una instancia diferente.
- El empleo de la jurisprudencia debe atender a la necesaria armonización, sistematización e integración del ordenamiento, brindando soluciones con alcance general y obligatorio, de origen judicial, principalmente en

"como *reiteradamente* ha sostenido esta Sala Suprema de Justicia la calidad de propietario lleva implícita la posesión del bien de que se trate y el hecho de no residir en la vivienda no invalida el ejercicio de la acción para la aplicación del citado artículo 73 [de la Ley General de la Vivienda]".

Sentencia No. 527 de 31 de mayo de 2002 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

"(...) que es *reiterado* el criterio de esta Sala, en cuanto a que el artículo cuarenta y tres de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral exclusivamente establece la obligación de los tribunales de apreciar la prueba de acuerdo con el valor que la ley le atribuye a cada una, sin que la expresada norma sea reguladora de la apreciación específica de algún determinado medio probatorio."

Sentencia No. 293 de 15 de enero de 2004, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

"...en *reiteradas sentencias* esta Sala ha declarado que no todas las acciones antijurídicas caen bajo la sanción de la Ley Penal, ni es lícito interpretarla extensivamente para ser aplicable sus disposiciones a casos que no estén claros y expresamente determinados entre los que son objeto de sanción penal"

Sentencia No. 5 de 6 de enero de 2005 de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular.

"(...) que siendo el hecho imputado al trabajador promovente constitutivo de indisciplina en el trabajo no cabe dudar que lo procedente era aplicarle una medida disciplinaria conforme a las reglas que impone el Decreto —Ley ciento setenta y seis de fecha quince de agosto de mil novecientos setenta y siete, y no el procedimiento para determinar su idoneidad pues, como en *reiteradas ocasiones* esta Sala ha pronunciado, no cabe a las administraciones escoger el procedimiento aplicable, ya que es precisamente la Ley la que establece el que procede conforme a la naturaleza de cada asunto."

Sentencia No. 4240 de 8 de diciembre de 2009 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

"Que es *doctrina reiterada* de este máximo órgano de justicia, que en el caso del delito de portación y tenencia ilegal de armas o explosivos que prevé el artículo doscientos once en su apartado uno del Código Penal, debe calificarse de manera independiente...".

Esta práctica puede acercarnos también a la noción de «línea jurisprudencial» que López Medina define como "(...) una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal". *Cfr.*, LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 139-141.

los casos en que no preexista una disposición normativa que asegure una respuesta adecuada, o aquella padezca de insuficiencias que impidan resolver la situación conforme su tenor. Por ende, la jurisprudencia opera como fuente *directa*, aunque *excepcional*⁷⁰ o *eventual*, lo que obliga a argumentar su uso, sentando con ello un criterio de vinculación para el resto de los tribunales. Este "grado de vinculatoriedad" no supone la implantación de un "precedente absolutamente obligatorio", ya que la decisión adoptada (norma de origen judicial creada) puede ser modificada por la propia sala si concurren cambios de circunstancias, o normativamente, a futuro, mediante la disposición legal que corresponda.

- La decisión judicial configuradora de jurisprudencia será debidamente publicada, para garantizar con ello los efectos jurídicos generales y el acceso a sus contenidos por parte de los ciudadanos y entidades públicas, contribuyendo además a afianzar el principio de seguridad jurídica a través de la certeza de su uso en casos futuros.
- El uso de la jurisprudencia no puede conllevar a la ignorancia o desplazamiento de la ley, en su carácter de fuente formal; ni podrá emplearse arbitrariamente, considerando que con ello se lesiona la integridad del propio ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se prohíbe cualquier actividad, digamos que "legisferante" —o como se define en otros sistemas, "por

⁷⁰ En este criterio hay mucho de la influencia de una de las tesis expuestas por el profesor Eugenio Bulygin, respecto a que "los Jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales" (Cfr., BULYGIN, Eugenio, "Los Jueces ¿crean Derecho?", *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 7). En el caso cubano existen suficientes razones para confirmar una conclusión como esta. El carácter "especial" (*excepcional* también) de algunas de estas decisiones está condicionado por el proceso de cambios profundos en la base económica, en la sociedad y propiamente en el Derecho interno, a los que se enfrenta el país, particularmente desde inicios de la presente década. El signo que lo distingue es el de una dinámica de transformación social en la que no siempre el legislador —como se ha explicado— tiene un recurso inmediato para ofrecer respuestas normativas a exigencias sociales, momento en el cual ha tenido que intervenir la función judicial para regular materias específicas vinculadas a la economía, las relaciones de familia, la protección de derechos laborales, etc., que no siempre se encuentran debidamente tuteladas en las disposiciones jurídicas vigentes.

vía de disposición general o reglamentaria"—, en sede judicial (lo cual no está permitido, ni será nunca legítimo, a partir del diseño institucional de las funciones públicas en Cuba, conforme la letra constitucional).

La garantía de materialización de estos presupuestos encontraría en la letra constitucional⁷¹ el efectivo reconocimiento de la jurisprudencia, de conjunto con otras manifestaciones que aseguran la ampliación del mapa de fuentes formales del ordenamiento jurídico cubano, a partir de que los contenidos de la norma suprema del Estado forman parte indubitada de la "regla de reconocimiento"⁷² del Derecho interno y han de gozar de supremacía normativa y directa aplicabilidad.

Básicamente estos son los presupuestos configuradores del reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho cubano, sin que de su redacción haya de concluirse que son *todos* —tampoco los *suficientes*— respecto a los que pudieran aportarse.

De igual modo, no debe entenderse, en razón del carácter de este acercamiento, que quedan al margen otros debates de idéntica importancia, como el papel de la

⁷¹ Aunque una propuesta prescriptiva completa —a los efectos de definir un precepto constitucional que establezca el carácter de fuente de la jurisprudencia— implica un grado de profundización que excede los propósitos de este artículo, esta pudiera contemplar al menos que se reconoce dentro del sistema de fuentes del Derecho cubano "la jurisprudencia formada a partir de los criterios establecidos por las salas del Tribunal Supremo Popular en el núcleo de la argumentación de sus sentencias, cuando estos permitan orientar a la propia instancia o a los tribunales inferiores, en la solución de casos en ausencia o insuficiencia de la ley u otra disposición normativa. Se garantiza la publicidad y el acceso de todos a los criterios judiciales conformadores de jurisprudencia". Probablemente sea necesario introducir algún enunciado adicional que defina el deber de observar estos criterios en la propia instancia o en los mencionados tribunales inferiores, mientras no se produzcan cambios en las circunstancias que obliguen a modificar el razonamiento judicial que los sostuvo, hecho que pudiera concretarse en una futura actualización de la Ley de los Tribunales Populares.

⁷² Un examen de la *regla de reconocimiento* en nuestro ordenamiento, en: MONDELO, Walter, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento. Tesis presentada en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2003.

interpretación en sede judicial (especialmente la llamada "interpretación integrativa", desde la cual se defienden algunos criterios favorables a la idea de creación judicial del Derecho); otras complejidades ínsitas en la propia noción de "creación jurídica"; o la necesaria reformulación y expansión de la "regla de adjudicación" del ordenamiento jurídico cubano, que en algunos extremos advierte la transgresión de la frontera —muy frágil, a nuestro juicio, tras estas consideraciones— entre aquella y la *regla de cambio* —conforme la terminología *hartiana*— en los procesos de cambio normativo, cuando estos son introducidos por actos provenientes de órganos de la administración de justicia, entre otros tópicos de interés.

7. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta aquí sintetiza algunos problemas de orden teórico, normativo y práctico que deben ser solucionados en pos del perfeccionamiento del Derecho cubano. Así, puede concluirse que predomina en nuestra visión una construcción tradicionalista y limitada acerca del fenómeno de las fuentes del Derecho, lo cual tiene condicionamientos exógenos (y de carácter sistémico), pero igualmente limitaciones internas, dadas por influencias históricas, políticas e ideológicas, las que afectan fundamentalmente la aceptación de fuentes formales distintas a la ley, y a su vez limitan ostensiblemente la visión de la Constitución como *f fuente de fuentes*.

De esta manera, resulta necesario el paso al reconocimiento constitucional de un catálogo más amplio de estas manifestaciones (que intervienen no sólo en la producción, sino en la identificación y como criterios de validez del Derecho interno, y garantías de su carácter sistémico) al tiempo que la doctrina y los operadores jurídicos permiten constatar la utilidad de recursos como los principios generales,

tratados internacionales, costumbre jurídica, jurisprudencia, etc. Estos operan ante la imposibilidad del legislativo de prever y regular todas las situaciones de trascendencia jurídica que se producen en el tracto de las cambiantes y cada vez más complejas relaciones sociales, y tienen como punto de convergencia y sostén los propios contenidos constitucionales.

La *centralidad* que ha adquirido el Derecho de origen jurisprudencial permite defender la necesidad de plantear presupuestos teóricos y normativos para el reconocimiento constitucional de la jurisprudencia como fuente formal del ordenamiento jurídico cubano. La misma se configura a partir de las soluciones que, con efectos generales y obligatorios, adquieren algunos criterios contenidos en la *ratio decidendi* de sentencias pronunciadas en las salas del Tribunal Supremo Popular que, a modo de pautas orientadoras, son acatados por las instancias judiciales inferiores y determinan una especie de *línea jurisprudencial* respetada por las propias salas. Estas decisiones conforman verdaderas normas de origen judicial que dan respuesta a la ausencia o deficiencias en la regulación normativa, que no permiten ofrecer a un determinado caso una solución jurídica adecuada.

En la configuración de los presupuestos para el reconocimiento de la jurisprudencia se destaca su uso *excepcional*, que no ignora el papel de la ley como fuente formal del ordenamiento, definiéndose su papel en la integración y sistematización de nuestro Derecho; la garantía del reforzamiento de la seguridad jurídica como principio; la inoperancia de precedentes absolutamente obligatorios, dado por la posibilidad de modificar estos criterios cuando concurren cambios de circunstancias o se adopte la disposición legal correspondiente, entre otros caracteres que permiten delinear esta institución y sus efectos sobre el ordenamiento.

Con ello se ha pretendido realizar un acercamiento a una temática que, desde el prisma teórico, parece inagotable y muy apasionante, pero que indica además una necesaria revisión en aras de asegurar el perfeccionamiento *real* (que debe incluir lo *formal*) del Derecho, en una sociedad en proceso de transformación.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil (Introducción y Parte General)*, tomo I, decimoquinta edición, Librería Bosch, Barcelona, 2002.
- ÁLVAREZ CONDE, Eduardo, *Curso de Derecho Constitucional*, tercera edición, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1999.
- APARISI, Ángela, "Introducción al concepto de Derecho", en De Lucas, Javier (edit.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 36-38.
- ARREDONDO, Isabel, "Los principios Generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano", en *Memorias del III Encuentro Internacional Justicia y Derecho*, La Habana, s/e, 2006.
- _____, "Tendencia de la jurisprudencia en Cuba", en *Memorias del Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y fiscales de América Latina*, OMPI, Guatemala, 2004, pp. 2-20.
- BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- BILBAO UBILLOS, Juan María *et al.*, *Lecciones de Derecho Constitucional I*, primera edición, Lex Nova S.A.U, Valladolid, 2010.
- BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, sexta edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

- BIX, Brian H., *Filosofía del Derecho. Ubicación de los problemas en su contexto*, trad. I. Flores; R. Ortiz y J. Vega, UNAM, México, 2010.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de J. Sánchez Cordero, UNAM-Centro Mexicano de Derecho Uniforme-Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010.
- DE BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio S., *La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano*, 2a. ed., Jesús Montero Editor, La Habana, 1937.
- DE VEGA, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, UNAM-UICM, México, 2004.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, trad. C. Herrera, UNAM-SEPS, México, 2004.
- DEL CUETO, José Antolín, *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales el 2 de septiembre de 1918*, Librería e Imprenta "La Moderna Poesía, La Habana, 1918.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 8a. ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- DUJARRIC HART, Rafael Enrique, "Homenaje a propósito de un debate", en ÁLVAREZ-TABÍO, Ana M. y Matilla Correa, Andry (coords.), *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Editorial UH, La Habana, 2011, pp. 153-156.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho*, tomo 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- FERRARI YAUNNER, Majela, *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba. Tesis presentada en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de La Habana, La Habana, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de justicia constitucional, 1940-1965* (México, [s/e], 1968.

GUASTINI, Riccardo, *Concepciones de las fuentes del derecho* [s/e], [s/f].

_____, *Estudios de teoría constitucional*, trad. M. Carbonell, Fontamara, México, 2001.

HART, Herbert L. A., *Post scriptum al concepto del Derecho* (ed. por P. Bulloch y J. Raz), UNAM, México, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. Vernengo, UNAM, México, 1982.

LAFUENTE BALLE, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: Recepción y vicisitudes del concepto de "doctrina legal" en la región", en GONZÁLEZ, A. y DEL RÍO, J., (comps.): *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011, pp. 1-32.

_____, *El Derecho de los Jueces*, décima reimpresión, Legis, Bogotá, 2011.

_____, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, séptima reimpresión, Legis, Bogotá, 2013.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

MATILLA CORREA, Andry, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)", en Castanedo, A., *et al.*, *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 33-219.

MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, *El modelo de creación de leyes en Cuba. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999.

- MENDOZA DÍAZ, Juan, *et al.*, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- MONDELO, Walter, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento. Tesis presentada en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2003.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep M., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons S. A., Madrid-Barcelona, 2004.
- OGAYAR, Tomás, *Creación judicial del derecho*, Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1975.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo, *et al.*, *Estudios de Derecho Civil cubano*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997.
- _____, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PRIETO VALDÉS, Martha, "La independencia judicial: presupuesto de imparcialidad, seguridad y justicia", en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Yumil (coord.), *Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana-ONBC, La Habana, 2013, pp. 437-467.
- PRIETO VALDÉS, Martha, *El Derecho, la Constitución y su interpretación. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de La Habana, La Habana, 2002.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ciro Félix y HERNÁNDEZ, Redis, "La jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho", *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1997, pp. 39-44.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *et al.*, *Introducción al Derecho Político (Unidades Didácticas)*, UNED, Madrid, 1997.

- _____, *Introducción al Derecho Constitucional*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1996.
- _____, *Principios de Derecho Constitucional Español*, 5a. ed., tomo I, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2004.
- VALADÉS, Diego y Carbonell, M. (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, UNAM-Cámara de Diputados, México, 2004.
- VIDAL PRADO, Carlos, *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.
- VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Hemerografía

- AZCUY, Hugo, "Análisis de la Constitución cubana", *Papeles de la FIM*, núm. 14, 2000, pp. 9-144.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional", *Revista do Direito UNISC-Santa Cruz do Sul*, núm. 34, 2010, pp. 134-154.
- BERNAL CANO, Natalia, "Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 28, 2013, pp. 365-383.
- _____, "El poder creador del Juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales", *Estudios Socio-Jurídicos Bogotá*, vol. 12, núm. 1, 2010, pp. 1-34.
- BULYGIN, Eugenio, "Los Jueces ¿crean Derecho?", *Isonomía*, núm. 18, 2003, pp. 7-23.
- CARBONELL, Miguel, "La constitución viviente", *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 187-193.

- _____, "Sobre la Constitución viviente", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín*, vol. 42, núm. 117, 2012, pp. 347-357.
- CARRILLO GARCÍA, Yoel y MONDELO, Walter, "Del voluntarismo ontológico al positivismo ideológico (una lectura del pensamiento jurídico cubano)", *Revista Crítica Jurídica*, núm. 29, 2010, pp. 181-217.
- CARRILLO GARCÍA, Yoel, "Calidad de las leyes en Cuba. Algunos puntos críticos", *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, 2012, pp. 21-51.
- _____, "Régimen político y calidad de las leyes en Cuba", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. LXIII, núm. 128, 2012, pp. 623-669.
- CASTAÑO, Luis Ociel, "El Juez constitucional y el llamado nuevo Derecho", *Criterio Jurídico*, núm. 7, 2007, pp. 185-206.
- CRISAFULLI, Vezio, "Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 323-353.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, "Imparcialidad. Igualdad y obediencia en la actividad judicial", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994, pp. 913-928.
- DE MONTALVO, Federico, "Las cláusulas *notwithstanding* y *override* del constitucionalismo canadiense", *Teoría y realidad constitucional-UNED*, núm. 30, 2012, pp. 387-409.
- FERRARI YAUNNER, Majela, "Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 34, 2009, pp. 45-68.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "Los tribunales constitucionales en América Latina", *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 61, 2004, pp. 309-321.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?", *Revista de Derecho Baranquilla*, núm. 29, 2008, pp. 289-330.

- GARGARELLA, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles latinoamericanos*, núm. 28, 2006, pp. 9-32.
- GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, "El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica", *Vniversitas*, núm. 112, 2006, pp. 265-293.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente "un activismo" o "el activismo"?", *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, "Precedente Judicial", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, pp. 194-201.
- LANDAU, David, "Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional Comparado", *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, 2011, pp. 13-83.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, "Modelos de gobierno de los Jueces", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 1, 1997, pp.11-32.
- MAGALONI, Ana Laura, "El Juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *statute law*", *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 131-148.
- MALEM SEÑA, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos Jueces?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 379-403.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 121-165.
- _____, "Las sentencias como actos correctores del sistema democrático", *Actas del IV Congreso de Derecho Procesal Constitucional Colombiano*, Santa Marta, Colombia, 2013.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina y CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, "La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento cubano u órgano legislativo", *Santiago*, núm. 100, 2003, pp. 132-142.
- _____, "La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 36, 2010, pp. 5-24.

- MONDELO, Walter, "La unidad del Derecho, ¿orden o sistema?", *Santiago*, núm. 98, 2002, pp. 377-382.
- NIETO, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1983, pp. 100-102.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 2, 2014.
- OST, François, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169-194.
- PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón, "Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 303-322.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "¿Qué significa juzgar?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 151-176.
- PRIETO VALDÉS, Martha *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", *Revista Jurídica*, vol. 7, núm. 13, 2006, pp. 53-107.
- _____, "En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 5-18.
- REMIGIO, Rubén, "Ejemplo de democracia en la administración de justicia", *Revista Justicia y Derecho*, núm. 5, 2005, pp. 2-7.
- SIMÓN, Liana, "Un acercamiento a la jurisprudencia como fuente formal de Derecho: su origen romano y su recepción en Cuba", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 10, 2008, pp. 1-12.

- TAMAYO JARAMILLO, Javier, "El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Medellín*, vol. 36, núm. 105, 2006, pp. 361-397.
- TARUFFO, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Anuario Jurídico*, pp. 85-99, 2007.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, "Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política", *Revista Direito GV*, vol. 8, núm. 1, 2012, pp. 37-57.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "El razonamiento judicial", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, 2009, pp. 17-32.
- _____, "La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del Derecho", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, 2010, pp. 17-34.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 49-76.
- _____, "El Derecho Constitucional del siglo XXI en Latinoamérica. Un cambio de paradigma", *Tepantlato*, núm. 33, 2012, pp. 9-24.
- ZACCARIA, Giuseppe, "La jurisprudencia como fuente de Derecho. Una perspectiva hermenéutica", *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 93-117.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia", *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, pp. 325-335, 2008.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976

Ley de Organización del Sistema Judicial de la República de Cuba, 1974

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba, de 19 de agosto de 1977

Ley No. 82 de 11 de julio de 1997, de los Tribunales Populares

Decreto No. 62, de 30 de enero de 1980, sobre la publicación de los actos normativos

Reglamento de la Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, De los Tribunales Populares

Criterios jurisdiccionales

Sentencia No. 78 de 12 de septiembre de 1973, Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, Tribunal Supremo

Sentencia No. 219 de 31 de marzo del 2006, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Supremo Popular

Sentencia No. 472 de 10 de mayo de 2002, Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 527 de 31 de mayo de 2002, de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 293 de 15 de enero de 2004, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 5 de 6 de enero de 2005, Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 4240 de 8 de diciembre de 2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA. CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DEL MODELO INCIDENTAL A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS 1/2014 Y 110/2015.

Antonia Abbatiello*

Resumen

La reciente jurisprudencia constitucional en materia electoral ofrece puntos interesantes de reflexión sobre el estado del modelo incidental como regla general de acceso al sistema de justicia constitucional italiano. Este texto aborda la sentencia 1/2014 relativa a la ley electoral política. La cuestión constituye, de hecho, un caso de acceso directo a la Corte que parece abrir la vía a una nueva modalidad de recurso a la justicia constitucional italiana por lo menos en materia de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Se verá, sin embargo, que la sentencia 110/2015 sobre la ley para las elecciones europeas desmiente la perspectiva de una nueva modalidad de acceso a la Corte constitucional. Por tanto, el sistema de justicia constitucional italiano continúa siendo de tipo incidental, aunque en algunos casos se pueda admitir la posibilidad de

* Becaria en el Tribunal Constitucional de España, XII promoción. Doctoranda en Derecho de la Economía y tutela de las situaciones subjetivas, XXIX ciclo. Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Federico II de Nápoles. Licenciada *cum laude* en Derecho con la tesis en Derecho constitucional con título "Sistema elettorale e forma di governo in Italia". Especializada en "Derecho y organización de la función parlamentaria". E-mail: antonia.abbatiello@gmail.com; antonia.abbatiello@unina.it.

un alejamiento del modelo consolidado. Según la Corte, la incidentalidad no puede constituir un obstáculo insuperable para el acceso, sobre todo cuando por la imposibilidad de respetar tal regla en la instauración de un juicio constitucional un acto legislativo termina por quedar sustraído de cualquier control de constitucionalidad.

Palabras clave: Juicio constitucional sobre leyes, acceso incidental, ley electoral, recurso directo, acción de reconocimiento, *lites fictae*, derechos constitucionales, forma de gobierno.

1. EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL VIGENTE EN ITALIA: EL MODELO INCIDENTAL COMO REGLA GENERAL DE ACCESO A LA CORTE CONSTITUCIONAL

Una reflexión sobre el estado del modelo de justicia constitucional vigente en Italia podrá llevarse a cabo sólo si previamente se analizan los rasgos esenciales del sistema delineados en la Constitución y en las sucesivas leyes de actuación.

La adopción de una Constitución rígida, como es la republicana de 1948, hace necesaria la identificación de los instrumentos que, en garantía de esta rigidez, permitirían controlar la legitimidad constitucional de los actos legislativos. Sin embargo, la previsión de un sistema de justicia constitucional vino acompañada, en el debate constituyente, de fuertes diferencias debidas por un lado, a la idea todavía dominante de la omnipotencia e incontrolabilidad de las mayorías parlamentarias y, por otro, al temor de una politización del control constitucional que pudiera incidir en los procesos decisionales. A pesar de tales resistencias, se acordó la institucionalización de la Corte constitucional como órgano encargado del control de

la constitucionalidad de la ley y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones (art. 134 Const.).¹

La institución de una Corte constitucional clarificó la naturaleza concentrada del control de constitucionalidad, pero no definió completamente la fisonomía del modelo italiano de justicia constitucional. La Constitución reenvía de hecho a una ley constitucional de definición "de las condiciones, formas y términos de la interposición de los juicios de legitimidad constitucional" (art. 137 const.). Un análisis de la ley constitucional 1/1948 (y del art. 23 de la ley 87/1953) revela la presencia de importantes elementos de difusión del control que hacen del sistema italiano de justicia constitucional un modelo de tipo mixto del todo peculiar que no encuentra semejantes en otras partes del mundo. Se trata de una solución de compromiso entre el modelo austriaco de tipo concentrado y el americano de tipo difuso que los constituyentes tomaron como referencia.²

Elementos de control difuso de constitucionalidad sobre leyes se deducen de la adopción de la vía incidental como regla general de acceso a la Corte constitucional. El sistema italiano, de hecho, no prevé —salvo para el Estado y las Regiones (art. 127 Const.) a los que se les reconoce el acceso en vía principal— un recurso directo a la Corte constitucional; ni se reconoce a la Corte la iniciativa en el control de la constitucionalidad. El control de la constitucionalidad se activa como regla por impulso de una autoridad jurisdiccional.³

¹ Sobre el debate constituyente, STAIANO, Sandro, *Introduzione, Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, Jovene, Nápoles, 2012, pp. 9 y ss.

² CHELI, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996; STAIANO, Sandro, *Introduzione, op. cit.*

³ CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1978, pp. 239 y ss.; CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 141 y ss.; MARTINEZ, Temistocle, *Diritto costituzionale*,

El artículo 1o. de la Ley Constitucional 1/1948, y más en detalle el art. 23 de la Ley 87/1953, exige de hecho que las cuestiones de legitimidad constitucional sean suscitadas "en el curso de un juicio" que se esté desarrollando ante una "autoridad jurisdiccional", cuando el Juez considere que el juicio principal "no puede ser resuelto con independencia de la solución de la cuestión de legitimidad" y esta última no "sea manifiestamente infundada". La jurisprudencia constitucional ha exigido así al Juez *a quo* que verifique si es posible dar a las normas legislativas sospechosas de inconstitucionalidad una interpretación constitucionalmente conforme. Se trata de un verdadero y propio deber para el Juez *a quo* (más allá de la valoración sobre si la cuestión es "relevante" y "no manifiestamente infundada") del que se deriva una ulterior difusión del control de constitucionalidad.⁴

Parece claro que el rol desarrollado por el Juez al plantear ante la Corte las cuestiones de legitimidad constitucional es de una importancia fundamental.⁵ Máxime si se considera que la Corte constitucional ha afirmado, en diversos asuntos, que ella no debe reexaminar las valoraciones desarrolladas por el Juez *a quo* sobre si la cuestión de legitimidad es relevante y no manifiestamente infundada, debiendo limitarse a valorar la adecuación de las motivaciones expuestas en el auto de remisión.⁶

Giuffrè, Milán, 2013, pp. 475 y ss.; RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. 177 y ss.

⁴ Corte Constitucional, sentencia 356/1996.

⁵ Para definir el rol del Juez remitente en el juicio de constitucionalidad en vía incidental se ha hablado del mismo como el "portero" de la entrada de la cuestión de legitimidad a la Corte, o también como "introducción necesario" de la cuestión de legitimidad constitucional. Y esto porque, prescindiendo del hecho de que el reenvío sea más o menos precedido por una petición de las partes, siempre es el Juez el que debe disponerlo, pudiéndolo disponer también *ex officio*. La primera expresión fue utilizada por CALAMANDREI, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Opere giuridiche*, Nápoles, 1968. La segunda es de VIRGA, Pietro, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 601.

⁶ Corte constitucional, sentencias 241/2008, 53/2010 y por último 1/2014.

Pero, a pesar de la presencia de importantes elementos de difusión del control de constitucionalidad, la Corte constitucional italiana siempre se ha impuesto como un órgano fuerte, capaz de dominar el fenómeno del acceso a sí misma a través de una vasta jurisprudencia sobre los requisitos de admisibilidad de las cuestiones de legitimidad constitucional.

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha clarificado qué debe entenderse por "autoridad jurisdiccional" y cuándo se está en presencia de un "juicio" en el curso del cual puede surgir una cuestión de legitimidad constitucional.⁷

En cuanto a las modalidades de acceso, del dato normativo se evidencia que la cuestión de legitimidad constitucional debe ser incidental, es decir debe configurarse como excepción prejudicial en el curso de un juicio relativo a una determinada controversia. Según la constante jurisprudencia de la Corte la incidentalidad exige una mayor amplitud del juicio en el que surge la cuestión de legitimidad. Esta mayor amplitud se deduce no sólo de la "distinción y separación" del objeto del juicio principal y del constitucional, sino también de la posibilidad de un "desarrollo autónomo" del juicio principal en el sentido de poder estar orientado a una conclusión propia fuera de la cuestión de legitimidad constitucional, cuya manifestación es sólo eventual.⁸

⁷ Un intento de fijar los criterios se encuentra ya en la sentencia 88/1966. Según la Corte constitucional, deben considerarse "autoridades jurisdiccionales" también los órganos que, aunque extraños a la organización de la jurisdicción y a pesar de que tengan institucionalmente atribuidas competencias de diversa naturaleza (normalmente administrativa), resultan sin embargo investidos, por más que en vía excepcional, de funciones judiciales, para la objetiva aplicación de la ley y están situados en posiciones *super partes*. Sin embargo, son "juicios" todos los procedimientos que, con independencia de su naturaleza y de su modalidad, se desarrollan en presencia y bajo la dirección del titular de un cargo jurisdiccional. Véase CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, op. cit., pp. 245 y ss.

⁸ Corte constitucional, sentencias 65/1964, 92/1973, 256/1982, 349/1985, 214/1986, 291/1986, 127/1998, 49/2000, 175/2003, 84/2006 y 38/2009.

Para que la cuestión de legitimidad sea incidental no basta, por tanto, que esta venga elevada en el curso de cualquier juicio. Es necesario que el juicio principal presente el carácter de la concreción, es decir, que afecte a una específica cuestión sobre la que el Juez remitente está llamado a pronunciarse, de forma que después de la decisión constitucional, con independencia de su resultado, el juicio *a quo* puede proseguir para su resolución. Esto es, que después del juicio constitucional, al Juez *a quo* le quede una ulterior y efectiva comprobación que desarrollar en el ámbito del juicio principal.⁹ En el caso de que al Juez *a quo* no quede alguna verificación ulterior que desarrollar, porque la decisión constitucional agota también la cuestión objeto del juicio principal, no se está en presencia de una cuestión de legitimidad suscitada en vía incidental, sino de un recurso sustancialmente directo introducido mediante una *fictio litis*.¹⁰

En un sistema de justicia constitucional de tipo incidental como es el italiano las *lites fictae* están prohibidas porque representan ficciones jurídicas utilizadas con el único fin de acceder a la Corte constitucional eludiendo las estrecheces del acceso incidental. Se trata, de hecho, de litigios propuestos sin perseguir un interés específico, personal y concreto, sino con el único fin de impugnar la ley considerada

⁹ Sobre el requisito de la relevancia de la cuestión de legitimidad, RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín 2009, pp. 182 y ss.; CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 160 y ss.; BIANCHI, Paolo y MALFATTI, Elena, "L'accesso in via incidentale", en ANZON, Adele *et al.* (coord.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 13 y ss.; AZZENA, Luisa, "La rilevanza", en ROMBOLI, Roberto (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 2006, pp. 601 y ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 192 y ss.

¹⁰ No parece suficiente para integrar la incidentalidad de la cuestión la simple circunstancia del retorno del juicio al Juez *a quo* como sin embargo ha afirmado la Corte constitucional en la sentencia 59/1957. Este precedente ha sido desatendido en numerosas ocasiones por la Corte constitucional. La decisión resulta, sin embargo, interesante por expresar el principio según el cual el control de constitucionalidad debe cubrir en la forma más amplia posible el ordenamiento jurídico: principio al que hace referencia la misma sentencia 1/2014 para justificar la admisibilidad del control constitucional sobre la ley electoral política.

inconstitucional. En estos casos, la cuestión de legitimidad constitucional constituye el verdadero y único objeto también del juicio principal; y el recurso al Juez común es meramente instrumental a la instauración del juicio constitucional. Parece claro entonces que el acceso a la Corte no se produce de manera incidental en el curso de un juicio autónomo, sino que se realiza de modo sustancialmente directo; y por ello la referida cuestión de legitimidad constitucional debería ser declarada inadmisibile.¹¹

Las cuestiones atinentes a la legislación electoral adquieren particular importancia, puesto que replantean la problemática referida a la idoneidad de la acción de reconocimiento, en lo relativo a un derecho constitucional, para servir como medio para la correcta instauración de un juicio de legitimidad constitucional.¹² Esta acción judicial, aunque referida a un derecho constitucional, representaría de hecho un ejemplo de *fictio litis*, promovida con el único objeto de obtener una decisión constitucional sobre la ley que se asume lesiva del derecho accionado.¹³

¹¹ Se tiene que decir que la Corte constitucional, sin embargo, no ha expresado siempre una orientación unívoca para los supuestos en los que la cuestión surja en el curso de un juicio promovido con el único objeto de deducir la inconstitucionalidad de la ley. Según su jurisprudencia "la circunstancia de que la deducida inconstitucionalidad de una o más normas legislativas constituyera el único motivo de recurso ante el Juez *a quo* no impide considerar que la cuestión sea relevante, toda vez que se pueda destacar en el juicio principal un objeto 'separado y distinto' de la cuestión de legitimidad constitucional, sobre el que el Juez *a quo* sea llamado a pronunciarse" (Sentencia 4/2000). Por ejemplo, la sentencia 59/1957 ha considerado suficiente para reconocer el autónomo desarrollo del juicio principal la devolución del juicio al Juez *a quo*.

¹² El debate afecta únicamente a las acciones de reconocimiento, relativas a un derecho constitucional. Ninguna duda surge sobre la correcta instauración de un juicio de legitimidad constitucional para el trámite de una acción de reconocimiento, con referencia a las relaciones interpretativas. Sobre este debate véase la crítica de CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 165 y ss. Según el autor, negando la incidentalidad de las cuestiones de legitimidad relativas a actos legislativos que afectan a derechos fundamentales constitucionalmente garantizados se termina por negar la propia posibilidad de una acción de reconocimiento en tutela del derecho constitucional. Pero ello conduciría a una restricción en la garantía de los derechos constitucionales.

¹³ *Ibidem*.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL: EL CASO DE LA LEY ELECTORAL POLÍTICA ANTES DE LA SENTENCIA 1/2014

Antes de la sentencia 1/2014 la ley electoral política venía siendo considerada un claro ejemplo de "zona de sombra" e incluso de "zona franca"¹⁴ del juicio de constitucionalidad, por la imposibilidad de que fuera sometida al control de la Corte según las reglas que disciplinan el acceso incidental.¹⁵

Las dudas sobre la posibilidad de la instauración de un juicio constitucional sobre la ley que regula la elección del Parlamento nacional derivan claramente del particular régimen de control del contencioso electoral que la Constitución confía de manera exclusiva a las Cámaras (art. 66).¹⁶ A diferencia de otras competiciones

¹⁴ Según PIZZORRUSO, Alessandro, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, en D'ATENA, Antonio (coord.), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milán, 2012, pp. 1021 y ss., por "zona de sombra" se entiende aquel ámbito material en el que, a pesar de ser posible un juicio de la Corte constitucional, no se pueden garantizar todas las expectativas de tutela, ya que el juicio constitucional no puede extenderse sobre todos los aspectos relativos al tipo de actos legislativos impugnados. Por "zona franca" se entiende aquel ámbito material en el que resulta excluido el control de constitucionalidad de la Corte por el tipo de acto normativo o por la materia objeto de regulación normativa. En tal sentido, ROMBOLI, R., "I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli", in *Osservatorio sulle fonti*, núm. 1, 2015, 15, explica que, en Italia, la dificultad de someter a juicio de constitucionalidad unas leyes puede depender: de la naturaleza y del contenido del acto (por ejemplo los tratados internacionales, las leyes de presupuestos y tributarias); de la eficacia en el tiempo del acto normativo (por ejemplo leyes de carácter temporáneo, decretos leyes); de la falta de un Juez competente a conocer de la cuestión (por ejemplo leyes electorales de Cámara y Senado, Reglamentos parlamentarios); de las condiciones y límites previstos en la ley o jurisprudencia constitucional por la tramitación del juicio incidental, es decir de los presupuestos del juicio incidental o de su interpretación dada por la jurisprudencia constitucional (por ejemplo la noción de Juez a quo, la de relevancia de la cuestión).

¹⁵ SICLARI, Massimo, "Il procedimento in via incidentale", en BALDUZZI, Renato, COSTANZO, Pasquale (coord.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, vol. I, Turín, 2007, pp. 25 y ss.; STAIANO, Sandro, "Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli", *www.federalismi.it*, núm. 11, 2013.

¹⁶ La Corte de casación, en sede de reglamentación de jurisdicción, ha afirmado en distintas ocasiones que se trata de una competencia exclusiva de las Cámaras decidir sobre toda la cuestión electoral. Ello comporta el defecto absoluto de jurisdicción de las autoridades jurisdiccionales. Corte de casación, Secciones Unidas, sentencias 9151/2008 y 8118/2006.

electorales —locales, regionales y europeas— el cuestionamiento de una elección al Parlamento nacional y de la regularidad de las operaciones electorales podría darse sólo en sede política en un procedimiento que se desarrolla ante órganos internos de las Cámaras (las Juntas para las elecciones) y, en definitiva, ante la Asamblea, a quien compete la decisión última.¹⁷

Si la cuestión de la legitimidad constitucional debe surgir como una cuestión prejudicial en el curso de un juicio sobre una determinada controversia electoral, y en materia de elecciones políticas la sede de control del relativo contencioso es exclusivamente la política, por tanto es en tal sede donde se tendría que plantear la cuestión de legitimidad constitucional de la ley electoral, resultando improbable que un acceso incidental pudiera darse en el curso de un juicio común.¹⁸

Sin embargo, el acceso a la Corte en el curso de la conocida "verificación de los poderes" (ex artículo 66 de la Constitución) continúa siendo fuertemente debatido, ya que permanece abierta la cuestión sobre la naturaleza jurisdiccional de las funciones ejercitadas por las Cámaras (y por sus órganos internos) en tal sede y por tanto sobre la posibilidad de configurar tales órganos políticos como Jueces *a quo*.¹⁹

¹⁷ El distinto régimen de control de contencioso electoral entre las diferentes competiciones electorales se tiene a partir de la Sentencia de la Corte constitucional 93/1965. Antes de esta decisión también para el resto de competiciones electorales (locales y regionales) había un sistema de control político del contencioso electoral. Con la Sentencia 93/1965 la Corte constitucional declaró la ilegitimidad de la actividad desarrollada por los Consejos municipales y provinciales porque, por más que pudiera cualificarse como jurisdiccional, no ofrecía adecuadas garantías de independencia. Como consecuencia de la decisión la ley ha conferido el contencioso electoral local (y sucesivamente también el regional) a la autoridad judicial ordinaria para las controversias relativas a los derechos y a la autoridad jurisdiccional administrativa para las controversias en relación con la regularidad de las operaciones electorales.

¹⁸ Según ONIDA, Valerio, "*E' incostituzionale la proposta Pdl al Senato*", *Liberal*, 22 abril 2011: "el artículo 66 de la Constitución identifica a las Cámaras como el lugar exclusivo donde podría surgir una excepción de constitucionalidad sobre el procedimiento electoral político".

¹⁹ DI CILOLO, Vittorio, CIAURRO, Luigi, *Il Diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 241 y ss.

Sobre este punto las Cámaras parlamentarias han adoptado posiciones opuestas. La Junta para las elecciones de la Cámara de los diputados excluye la posibilidad de elevar cuestiones de legitimidad constitucional de la ley electoral; facultad que podría reconocerse como mucho a la Asamblea, a la que vendría reconocida si no la naturaleza jurisdiccional al menos la jurisdiccionalidad de las funciones, en la medida que es competente para decidir en vía definitiva sobre el cuestionamiento de una elección.

Tal hipótesis, según la Cámara de los diputados, parece destinada a permanecer como caso de laboratorio. Es muy improbable que, en el curso de un contencioso electoral, los parlamentarios eleven una cuestión de legitimidad constitucional sobre aquella ley de la que la propia elección trae legitimación, ya que ellos pueden intervenir directamente, por la vía legislativa, para sanar eventuales vicios de inconstitucionalidad; evitando así posibles injerencias de la Corte en una materia política y ampliamente discrecional. En fin, se considera que una decisión de la Corte sobre la ley electoral afectaría siempre a elecciones ya desarrolladas y, por tanto, una eventual declaración de inconstitucionalidad de las normas electorales tendría efectos sólo para el futuro, no pudiendo comprometer la decisión de la Corte a los órganos parlamentarios ya constituidos y perjudicar el funcionamiento del sistema electoral.²⁰

Por el contrario, la Junta para las elecciones del Senado ha considerado que siempre resulta posible elevar una cuestión de legitimidad constitucional de la ley electoral en sede de verificación de los poderes. En un primer momento limitando

²⁰ Junta para las elecciones de las Cámaras, sesión del 30 de enero 1964, 17 de junio 2009, 21 de abril 2010. Véase en doctrina, LAVAGNA, Carlo, Il sistema elettorale nella Costituzione italiana, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 851 y ss.; SICLARI, Massimo, Il procedimento in via incidentale, *op. cit.*, p. 26.

tal posibilidad a la Asamblea, en tanto que representa definitivamente la voluntad de la Cámara; y después admitiéndola también para sí misma. Han sido diversas las propuestas de elevar cuestiones de legitimidad entendidas admisibles y sometidas a votación, aunque no aprobadas o declaradas manifiestamente infundadas.²¹

En este contexto, mayor claridad podría venir dada de la jurisprudencia de la Corte de casación,²² y de la propia Corte constitucional,²³ que reconocen la jurisdiccionalidad de la función ejercitada por las Cámaras y por sus órganos internos en sede de verificación de los poderes.²⁴ Debe, por tanto, afirmarse la idoneidad de estos órganos, aunque sean políticos, para elevar cuestiones de legitimidad constitucional.²⁵

Pero, aunque la verificación de poderes es la única sede en la que puede surgir correctamente un incidente de constitucionalidad sobre la ley electoral, no ha sido elevada todavía en esta sede cuestión de legitimidad alguna. Ni un juicio de constitucionalidad sobre la ley electoral parece que pueda ser introducido por otra vía.

Inútiles, de hecho, han resultado los intentos de instaurar un juicio constitucional sobre la ley electoral política a través de un juicio contencioso-administrativo sobre los actos de convocatoria de los comicios o de asignación de escaños. En tal

²¹ Junta para las elecciones del Senado, sesión del 21 de enero de 2008, 1 de julio de 2009.

²² Corte de casación, Secciones Unidas, sentencias 9151-9152-9153/2008 y 8118-8119/2006, Autos 9155-9156-9157-9158/2008.

²³ Corte constitucional, sentencia 259/2009, Autos 117/2006 y 512/2000.

²⁴ La jurisdiccionalidad de la función "no tiene que entenderse en sentido estricto, considerada la especial naturaleza del órgano que la ejerce" Sentencia Corte de casación 9151/2008.

²⁵ DI CIOLO, Vittorio, CIAURRO, Luigi, *Il Diritto parlamentare, op. cit.*, p. 243. Ya en otros casos la Corte constitucional ha reconocido la jurisdiccionalidad "con el único fin" de conseguir la interposición de una cuestión de legitimidad constitucional. Véase, por ejemplo, Corte constitucional, sentencias 12/1971, 71/1995, 165/1963 y 244/1995.

caso, antes de la admisibilidad de la cuestión de legitimidad, se pone de manifiesto más bien la inadmisibilidad del juicio contencioso-administrativo por defecto de jurisdicción del Juez, habida cuenta de la competencia exclusiva de las Cámaras en el contencioso de las elecciones políticas.²⁶

Tampoco puede admitirse un recurso directo a la Corte constitucional. El acceso en vía principal se permite sólo al Estado y a las Regiones. En materia electoral, por tanto, un juicio constitucional introducido en vía de acción sería posible sólo si alguna de las Regiones invocara ante la Corte una lesión de sus propios intereses y competencias, y en el plazo de 60 días desde la publicación de la ley (art. 127 Constitución).

Igualmente se excluye que un control sobre la ley electoral política puede producirse a través de un conflicto entre poderes. En dos casos la Corte lo ha declarado inadmisibile por falta de legitimación de la parte proponente. En el primer caso por la imposibilidad de configurar los partidos políticos como poderes del Estado legitimados para proponer un conflicto de atribución.²⁷ En el segundo por la carencia de legitimación activa de los ciudadanos aunque sea como "componentes del órgano constitucional cuerpo electoral".²⁸

La evidente dificultad de acceder a la justicia constitucional para obtener un juicio sobre la ley electoral política había inducido a una parte de la doctrina a realizar

²⁶ La competencia de las Cámaras en los términos del art. 66 de la Constitución es una competencia exclusiva que se extiende a las controversias relativas a la regularidad de las operaciones electorales Véase por último la Sentencia del Tribunal del contencioso administrativo administrativo Regional de Lazio 5163/2013.

²⁷ Corte constitucional, Auto 79/2006.

²⁸ Corte constitucional, Auto 284/2008.

la hipótesis de que la cuestión de legitimidad viniera elevada por la Oficina central para el *referéndum*, en sede de juicio de legitimidad del mismo;²⁹ o por la propia Corte constitucional, ante sí misma, en el curso del juicio de admisibilidad del *referéndum* abrogativo.³⁰ En Italia, las propuestas de referéndum popular para la abrogación, total o parcial, de los actos legislativos³¹ están sometidos a un doble control: uno de legitimidad ante la Oficina central para el referéndum que se encuentra en la Corte de casación y, el otro de admisibilidad de la consulta popular, ante la Corte constitucional.³² En materia electoral, la Corte constitucional ha admitido la posibilidad de que las leyes electorales sean abrogadas por referéndum popular, pero ha puesto condiciones precisas para la admisibilidad de mismo. En primer lugar ha descartado que el referéndum pudiera ser promovido para la abrogación de toda una ley electoral, ya que los órganos constitucionales electivos no pueden ser privados, ni siquiera temporalmente, de las normas que regulan su elección; contrariamente

²⁹ Sobre la legitimidad de la Oficina central para el *referéndum* para elevar una cuestión de legitimidad constitucional en el curso del juicio sobre la legitimidad de las operaciones referendarias. véase Sentencia de la Corte constitucional 334/2004, auto 22/1960.

³⁰ Entre todos, CROCE, Marco, "Se non ora quando?". Sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere), *www.astrid-online.it*, núm. 62, 2007.

³¹ El referéndum abrogativo es un instituto de democracia directa previsto en artículo 75 de la Constitución italiana. Otros institutos de democracia directa garantizados en la misma son la petición (art. 50) y la iniciativa legislativa popular (art. 71). Según el artículo 75 de la Constitución, "Se convoca referéndum popular para deliberar la abrogación, total o parcial, de una ley o de un acto con valor de ley, cuando lo piden quinientos mil electores o cinco Consejos regionales.

El referéndum no está admitido para las leyes tributarias y presupuestarias, de admitía e indulto, de autorización a ratificar los tratados internacionales.

Tienen derecho a participar al referéndum todos los ciudadanos legitimados para elegir la Cámara de los diputados.

La propuesta sometida a referéndum viene aprobada si ha participado a la votación la mayoría de los ciudadanos que tienen derecho, y si se ha alcanzado la mayoría de los votos válidos".

³² Ley 25 mayo 1970, núm. 352, "Normas sobre los referéndum previstos en la Constitución y la iniciativa legislativa popular".

Entonces, a través del referéndum abrogativo el cuerpo electoral expresa una voluntad vinculante por el legislador sobre la abrogación total o parcial de una ley. Sin embargo, para que el pueblo no se convierta en otro "legislativo" la Constitución establece unos límites al ejercicio del referéndum. En primer lugar, hay unas leyes que no se pueden abrogar por referéndum. En segundo lugar, el referéndum está sometido a un doble *quorum*. A tales límites expresos se van a añadir los que ha ido fijando la Corte constitucional en su jurisprudencia.

se permitiría a los ciudadanos bloquear el funcionamiento del sistema institucional al abrogar la totalidad de los mecanismos de elección de los órganos electivos.³³ En segundo lugar, la Corte constitucional ha exigido que las preguntas fuesen claras, unívocas, homogéneas y finalizadas concretamente para abrogar una o más normas jurídicas, pero no a modificarlas, ya que la modificación compete al legislador.³⁴ En relación con la hipótesis de plantear una cuestión de legitimidad constitucional de la ley electoral política en el marco del juicio de admisibilidad de referéndum abrogativo, la Corte constitucional la ha excluido en distintas ocasiones, pues en tal sede ejerce una función diferente de aquella que tendría que ejercer en un juicio de constitucionalidad de la ley. Esto significa que la Corte constitucional no excluye del todo la posibilidad de un control sobre la ley electoral, pero para que éste se produzca exige el respeto de las formas normativamente previstas para la instauración del juicio constitucional.³⁵

La necesidad de respetar la vía incidental de acceso inducía entonces a los críticos de la ley electoral 270/2005 a intentar el camino de un juicio ordinario sobre su derecho de voto para introducir una cuestión de legitimidad de la ley electoral política. La cuestión ha desatado desde el primer momento una fuerte alarma en la doctrina porque, aunque la cuestión de legitimidad constitucional se había elevado "en el curso de un juicio", ésta no resultaba realmente incidental, sino que configuraba en los hechos una hipótesis de acceso directo a la Corte introducido mediante una *fictio litis*.³⁶ Las dudas sobre la incidentalidad y, por tanto, sobre la admisibilidad del

³³ Corte constitucional, sentencias 29/1987 y 47/1991.

³⁴ Corte constitucional, sentencias 47/1991 y 36/1997.

³⁵ Corte constitucional, sentencias 15-16-17/2008, 13/2012.

³⁶ Sobre la incidentalidad de la cuestión de legitimidad de la ley electoral política: ANZON DEMMIG, Adele, "Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca del giudizio di costituzionalità)", *Nomos*, núm. 1, 2013; STAIANO, Sandro, "L'accesso alla

juicio constitucional relativo a la ley electoral política venían claramente del tipo de acción adoptada para introducir a la Corte la cuestión de legitimidad, aquella sobre el reconocimiento de un derecho constitucional cuya lesión derivaría directamente de la inconstitucionalidad de la ley.

La acción para el reconocimiento del derecho de voto, y más en general de cualquier derecho constitucionalmente garantizado, presenta de hecho los extremos del clásico caso de *fictio litis*; es decir, de una ficción jurídica que se realiza con el único objetivo de torcer las reglas de acceso incidental y llegar por vía directa a la Corte constitucional sin respetar que la cuestión de legitimidad surja incidentalmente en el curso de una concreta controversia.³⁷

3. LA SENTENCIA 1/2014 Y LA PERSPECTIVA DE UN RECURSO DIRECTO A LA CORTE CONSTITUCIONAL

A pesar de las fuertes dudas sobre la admisibilidad de la cuestión, con la sentencia 1/2014 la Corte constitucional ha estimado una cuestión de legitimidad constitucional sobre la ley electoral política 270/2005 declarando la ilegitimidad de las disposiciones

Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale", *Nomos*, núm. 1, 2013; SICLARI, Massimo, "Osservazioni sulla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale sollevata dalla Corte di cassazione", *Nomos*, núm. 1, 2013; GIGLIOTTI, Alessandro, "Violata la "zona d'ombra"? La quaestio legitimitatis della legge elettorale", *Nomos*, núm. 1, 2013; CARNEVALE, Paolo, "La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte", *Nomos*, núm. 1, 2013.

³⁷ Sobre la idoneidad de la acción para el reconocimiento de un derecho constitucional para introducir una cuestión de legitimidad constitucional, CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 165 y ss.; PADULA, Carlo, "Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità", *Consulta online*, 6 septiembre 2013; OLIVITO, Elisa, "*Fictio litis* e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?", *www.costituzionalismo.it*, 16 septiembre 2013; CUPELLINI, S., "La *fictio litis* e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali", *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 1377 y ss.; REPETTO, Giorgio, "Il divieto di *fictio litis* come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità", *Rivista AIC*, núm. 3, 2013; SORRENTINO, Federico, "La legge elettorale di fronte alla Corte", *www.confrontocostituzionali.it*, 2013.

relativas a la disciplina del premio de mayoría y de las listas bloqueadas.³⁸ Que la ley electoral 270/2005 presentase graves perfiles de inconstitucionalidad era claro para la propia Corte ya desde antes del juicio que llevó a la sentencia 1/2014. En diversas ocasiones la Corte constitucional había invitado al Parlamento a modificarla en sede legislativa no pudiendo, la misma, ejercer un control de constitucionalidad sin recibir una cuestión de legitimidad según las reglas del acceso incidental.³⁹

La iniciativa vino adoptada por algunos ciudadanos electores en el curso de un juicio ordinario de reconocimiento en el que solicitaban comprobar el efectivo ámbito del derecho al voto que consideraban vulnerado por la inconstitucionalidad de la normativa electoral y, reconocida la lesión constitucional del derecho accionado, exigían una adecuada tutela para que el derecho fundamental al voto pudiera ser restaurado en su plenitud. Parecía entonces necesario verificar la legitimidad constitucional de la ley electoral para poder comprobar la invocada lesión (constitucional) del derecho de voto por los recurrentes. Sin embargo, en el juicio ordinario tanto el Juez de primer grado como el de apelación consideraron que no debían elevar la cuestión de legitimidad constitucional sobre la ley electoral y rechazaron la propia demanda de reconocimiento del derecho de voto. La cuestión de legitimidad fue elevada a la Corte constitucional por la Corte de casación.⁴⁰ A pesar del esfuerzo argumentativo desarrollado en el auto de remisión para demostrar la relevancia de la cuestión, ésta aparecía decididamente problemática por la evidente carencia de

³⁸ En primer lugar, la Corte constitucional ha censurado la falta de previsión de un umbral mínimo de votos para conseguir el premio en escaños sea en la Cámara como en el Senado. La Corte ha declarado la ilegitimidad de la norma que prevé la aplicación regional del premio de mayoría al Senado; y se ha pronunciado en último lugar sobre la disciplina de expresión del voto censurando la previsión únicamente de listas bloqueadas de candidatos.

³⁹ Corte constitucional, sentencias 15-16-17/2008, 13/2012.

⁴⁰ Corte de casación, Auto 12060/2013.

incidentalidad.⁴¹ Parecía claro que una eventual decisión estimatoria de la cuestión de legitimidad constitucional, relevando la violación de las normas constitucionales (y, entre ellas, de aquella que regula el derecho al voto), habría puesto de manifiesto también la lesión invocada por los recurrentes en el juicio *a quo*, pues la lesión del derecho al voto derivaba directamente de la propia inconstitucionalidad de la ley. En los hechos, una decisión constitucional estimatoria terminaba por satisfacer también la pretensión de tutela ante el Juez *a quo*. Con la consecuencia de que a este último no le habría quedado ninguna decisión ulterior y concreta que adoptar, sino que le habría correspondido únicamente una actividad de mero reconocimiento de los efectos de la decisión constitucional.

De hecho, aunque la Sentencia 1/2014 remite al Juez *a quo* que verifique "aquellas otras condiciones de las que la ley hace depender el reconocimiento del derecho de voto",⁴² en la sentencia de la Casación que define el juicio principal no se encuentra ninguna comprobación ulterior y la decisión resulta meramente de reconocimiento de lo juzgado constitucionalmente.⁴³ La cuestión realiza entonces un acceso sustancialmente directo a la Corte constitucional desde el momento en el que, a pesar de las argumentaciones propuestas, la decisión constitucional constituye el verdadero objeto también del juicio principal. La distinción de los dos planos, el constitucional dirigido a la comprobación de la legitimidad de la ley y el ordinario relativo a la comprobación de la incertidumbre sobre el derecho de voto, parece sólo nominalista porque ambos coinciden en concreto. Esta circunstancia se debe al hecho de que en el caso en cuestión la lesión constitucional del derecho al voto deriva directamente de la ley electoral sin la mediación de ningún acto de aplicación,

⁴¹ Se vea las actas del seminario "La Corte e il voto", *Nomos*, núm. 1/2013.

⁴² Corte constitucional, sentencia 1/2014.

⁴³ Corte de casación, sentencia 8878/2014.

performativa, cuya impugnación habría asegurado una real distinción de los dos juicios: uno constitucional sobre la ley y el otro común sobre el acto. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral pronunciada por la sentencia 1/2014 absorbe también el reconocimiento de la lesión del derecho invocado ante el Juez civil.⁴⁴

En tal caso, no obstante, la derogación de las reglas de acceso incidental parece necesaria para poder asegurar un control de constitucionalidad sobre la ley electoral política que, de otra manera, habría quedado exenta de cualquier tipo de control de la Corte constitucional.

La Corte constitucional era consciente del defecto de incidentalidad. En la sentencia 1/2014, sus argumentaciones sobre la relevancia de la cuestión dirigidas a demostrar una efectiva distinción del objeto de los dos juicios y el sucesivo autónomo desarrollo del juicio principal resultan débiles.⁴⁵ La exigencia de intervenir sobre la ley electoral ha movido a la Corte a deducir la admisibilidad de la cuestión: en primer lugar, de la peculiaridad y de la relevancia constitucional del derecho objeto de reconocimiento y de la propia ley sospechosa de inconstitucionalidad; en segundo lugar, del principio de constitucionalidad que hace imprescindible afirmar el control de constitucionalidad también sobre las leyes, como aquellas relativas a las elecciones de la Cámara y el Senado, que con más dificultad vendrían sometidas a control por otras vías; y, en fin, de la exigencia de evitar una zona franca sobre leyes que definen las reglas de la composición de órganos constitucionales esen-

⁴⁴ STAIANO, Sandro, "La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale", *Rivista AIC*, núm. 2, 2014; ANZON DEMMIG, Adele, "Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento 'creativo' della corte costituzionale", *Rivista AIC*, núm. 2, 2014; SORRENTINO, Federico, La legge elettorale di fronte alla Corte, www.confrontocostituzionali.it, *op. cit.*

⁴⁵ Corte constitucional, sentencia 1/2014, fundamento núm. 2.

ciales al funcionamiento de un sistema democrático-representativo. A la luz de estas argumentaciones queda claro que el juicio constitucional sobre la ley electoral política, por ser substancialmente directo, es también abstracto, lo que entra en evidente contradicción con las características del modelo consolidado de justicia constitucional italiano que, en cuanto incidental, exige que el juicio sea concreto.

En el plano político, la sentencia 1/2014 es sin duda una sentencia valiente. La Corte constitucional no elige la inadmisibilidad como una vía de fuga, sino que decide intervenir sobre la ley electoral política aunque consciente, no sólo de crear una ruptura en su consolidada jurisprudencia, sino también de incidir en la disciplina del sistema de voto nacional modificando su regulación; invadiendo así una esfera de competencia propia del legislador ordinario. En el plano jurídico, de hecho, es evidente el papel de decisor político ejercitado por el Juez de las leyes en suplencia del legislador ordinario.

A los ojos de la doctrina más crítica, con la sentencia 1/2014 la Corte ha realizado una interpretación impropriamente creativa no sólo en el plano del derecho electoral, sino también en el del sistema de justicia constitucional. Ésta, admitiendo un recurso sustancialmente directo, en tutela del derecho de voto, abriría el camino a una nueva modalidad de acceso a la Corte, cuanto menos en materia de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.⁴⁶ Para la tutela constitucional de estos derechos sería suficiente una acción de reconocimiento, aunque fuera constitutiva, para plantear una cuestión de legitimidad sin necesitar que ésta surgiera en el curso de un concreto y autónomo juicio de fondo. La sentencia 1/2014 realizaría,

⁴⁶ ANZON DEMMIG, Adele, "Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento 'creativo' della Corte costituzionale", *op. cit.*; STAIANO, Sandro, "La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale", *op. cit.*

por tanto, por vía jurisprudencial, una alteración de los rasgos esenciales del sistema de justicia constitucional italiana, incompatible sin embargo con el mandato constitucional que asigna al legislador la competencia de regular y, así, de reformar las modalidades de acceso a la Corte (art. 137 Cost.).

Sin embargo, que el sistema de justicia constitucional italiano se haya abierto a una nueva vía de acceso ha sido prontamente desmentido por la propia Corte constitucional en la sucesiva sentencia 110/2015, de la que se hablará en el próximo epígrafe.

4. LA SENTENCIA 110/2015 Y LA CRISIS PROVISIONAL DEL MODELO INCIDENTAL DE ACCESO A LA CORTE

Después de la sentencia 1/2014 han sido diversas las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas en materia electoral.⁴⁷ Para la presente exposición, sin embargo, la cuestión que tuvo mayor relevancia es la que decidió sobre la ley para las elecciones de los miembros italianos al Parlamento europeo,⁴⁸ ya que resuelve las dudas sobre las modalidades de acceso a la justicia constitucional no sólo en materia electoral, sino incluso en materia de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

⁴⁷ Con la Sentencia 275/2014, por ejemplo, la Corte constitucional se ha pronunciado sobre la disciplina del premio de mayoría previsto en las elecciones comunales y ha considerado que no pueden extenderse los principios expresados por la misma para las elecciones políticas a las competiciones electorales de tipo administrativo. Con la Sentencia 193/2015 la Corte constitucional se ha pronunciado sobre la legislación electoral de la Región de Lombardía y ha declarado inadmisibile, por falta de relevancia, la cuestión sobre el premio de mayoría, y no fundada la cuestión sobre las barreras en el acceso al reparto de los escaños.

⁴⁸ Ley 24 enero 1979, n. 18 "Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia", en el texto resultante de las modificaciones introducidas por la ley 10/2009.

En la vigilia de las elecciones europeas de 2014, el Tribunal ordinario de Venecia, reclamado por un ciudadano elector común para el reconocimiento de su propio derecho de voto, solicitaba la proposición de una cuestión de legitimidad constitucional sobre la norma de la ley 18/79 que prevé una barrera electoral en el reparto de los escaños que recibe Italia,⁴⁹ considerando que la ilegitimidad de esta previsión hiciera incierto también el ámbito del derecho de voto en su esencia como libre e igual. Una cuestión de legitimidad constitucional sobre la norma de las elecciones europeas que introduce la barrera electoral para la participación en el reparto de los escaños ya había sido sometida al juicio de la Corte y decidida en el 2010,⁵⁰ pero la nueva cuestión tuvo gran relevancia porque, presentando los mismos perfiles procedimentales que habían afectado al juicio constitucional sobre la ley electoral política, era particularmente útil para comprender la evolución del sistema de justicia constitucional italiano que muchos veían transitar —después de la Sentencia 1/2014— hacia un modelo que admite también un acceso directo cuanto menos a la tutela de los derechos constitucionales.

La sentencia 110/2015, no sólo desmiente la perspectiva de una nueva modalidad de acceso a la Corte constitucional en materia electoral, sino incluso en la de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos y confirma la regla de la incidentalidad y la conexas prohibición de la *fictio litis*. En esta decisión,

⁴⁹ Art. 21 l. 18/1979.

⁵⁰ Corte constitucional, sentencia 271/2010. Sobre la legitimidad constitucional de la previsión de una barrera electoral para el acceso al reparto de escaños europeos se ha pronunciado también el Tribunal constitucional alemán con las sentencias de 9 de noviembre de 2011 y de 26 de febrero de 2014. El *Bundesverfassungsgericht* ha declarado inconstitucional tanto la previsión de una barrera del 5% como del 3% al entender que en las elecciones europeas la gobernabilidad no es un valor absoluto y preminente para garantizar incluso a coste de sacrificar la exigencia de máxima representatividad de todas las fuerzas políticas considerando que las instituciones europeas no están estructuradas según un modelo relacional que pueda referirse a una forma de gobierno parlamentaria auténtica y propia.

la Corte constitucional llega a conclusiones distintas de las que acogió en la sentencia 1/2014, a pesar de que la instauración del juicio constitucional hubiera seguido el mismo *iter* procedimental. Como para la ley electoral política, también para la ley sobre las elecciones europeas la cuestión de legitimidad constitucional era presentada no en el curso de un juicio sobre una controversia electoral, sino en el curso de un abstracto juicio de reconocimiento del derecho de voto. Pero, como se ha señalado anteriormente, la instauración de un juicio constitucional para el trámite de una acción de reconocimiento de un derecho fundamental no respeta la regla de la incidentalidad entendida como "autónomo desarrollo" del juicio *a quo*.

De manera distinta a la precedente decisión, en la sentencia 110/2015 el Juez de las leyes, revelado el defecto de incidentalidad, pronunció la inadmisibilidad de la cuestión. En este sentido, la Corte constitucional declaraba que:

las cuestiones relativas a eventuales perfiles de ilegitimidad constitucional de la normativa que disciplina las elecciones del Parlamento europeo bien pueden ser recibidas por la misma a través de la ordinaria aplicación del mecanismo incidental en el ámbito de un juicio principal promovido en tutela del derecho de voto, pasivo o activo, teniendo como objeto la cuestión electoral y, en particular, sus resultados.⁵¹

Tal y como ya había ocurrido en el pasado con la sentencia 271/2010. En tal caso la distinción de los dos planos de juicio, el constitucional y el principal, no pareció problemática. Con referencia a la ley para las elecciones del Parlamento nacional la admisibilidad del control de legitimidad constitucional, a pesar de una no concreta instauración del relativo juicio, deriva de la conciencia de que para tal ley

⁵¹ Corte constitucional, sentencia 110/2015, fundamento n. 3.5.

resulta imposible presentar a la Corte una cuestión de legitimidad constitucional a través de la aplicación ordinaria del mecanismo incidental.

Y esto "para un perfil determinante —aclara la Corte— relativo al diverso régimen de control jurisdiccional sobre el litigio electoral".⁵² El contencioso en materia de elecciones europeas sigue, de hecho, el régimen de control jurisdiccional propio de otras competiciones electorales (Juez administrativo/Juez ordinario) y no aquel político previsto para las elecciones del Parlamento nacional (art. 66 constitucional). Por tanto, continúa la Corte:

La incertidumbre sobre el ámbito del derecho de voto en las elecciones europeas no puede ser considerada constitucionalmente insuperable, esto en el sentido de no poder quedar resuelta, en el plano constitucional, si no es admitiendo una acción del tipo de la propuesta en el juicio a quo.⁵³

Como habría sucedido para las elecciones políticas, si la cuestión de legitimidad constitucional relativa a la ley electoral hubiera sido declarada inadmisibile.

En las elecciones europeas, y más en general en todas las competiciones electorales distintas de las políticas, una cuestión de legitimidad constitucional de la ley electoral puede surgir en el curso del juicio ordinario o administrativo relativo a una determinada controversia electoral. Y entonces, a los efectos de controlar la constitucionalidad de la ley electoral, será necesario esperar a que una cuestión de legitimidad surja de manera efectivamente incidental sin que pueda admitirse en

⁵² Corte constitucional, sentencia 110/2015, fundamento n. 3.1.

⁵³ *Idem*.

tales casos un acceso sustancialmente directo a la Corte aunque fuera a través de una *fictio litis*.

Con referencia a la ley electoral política, si no se hubiera admitido la cuestión de legitimidad, la incertidumbre sobre el ámbito del derecho de voto estaba destinada a permanecer "insuperable" por la imposibilidad de volver a proponer una cuestión de legitimidad constitucional según el mecanismo ordinario incidental. El vistoso alejamiento de la regla general de acceso incidental permitido en la sentencia 1/2014 era —al parecer de la Corte— necesario para evitar una "zona franca" del juicio de constitucionalidad en un ámbito estrictamente conexo al circuito democrático.

En las argumentaciones de la Corte constitucional, la incidentalidad permanece entonces como un requisito fundamental para la admisibilidad del juicio constitucional, pero no puede constituir un obstáculo insuperable para el acceso a la justicia constitucional tal de excluir del todo el control de constitucionalidad sobre algunas leyes. Por tanto, el juicio de la Corte debe admitirse también en aquellos casos en los que la imposibilidad de respetar la vía ordinaria incidental amenaza con restringir el ámbito de control de constitucionalidad.

A la luz de tales reflexiones, parece claro que, en materia electoral, una vía diversa de acceso al juicio constitucional es posible sólo para la ley que regula las elecciones al Parlamento nacional. Por la tutela del derecho de voto en las elecciones municipales, regionales y europeas, la Corte constitucional sigue exigiendo, porque es posible, el respeto a la incidentalidad.

Una ulterior confirmación a las anteriores reflexiones procede de la sentencia 193/2015 que resuelve una cuestión de legitimidad constitucional planteada en re-

lación con el sistema electoral de la Región de Lombardía,⁵⁴ ya que ésta se pronuncia también sobre las modalidades de acceso a la justicia constitucional. En el marco del juicio contencioso-administrativo, en el que la cuestión de legitimidad fue planteada, se proponía nuevamente la problemática de las modalidades de acceso a la justicia constitucional en lo relativo a la tutela de un derecho fundamental como el voto. La defensa de la Región sostenía, de hecho, que los recurrentes tendrían que haber promovido un juicio de reconocimiento del derecho de voto para acceder a la Corte constitucional, y no un juicio contencioso-administrativo para la anulación de los resultados electorales, ya que el contencioso surgió de una acción popular promovida por ciudadanos electores para defenderse de la lesión de su derecho de voto, derivada directamente de la inconstitucionalidad de la normativa electoral, y no de los directos participantes de la competición electoral. Al valorar la admisibilidad de la cuestión de legitimidad planteada, la sentencia 193/2015 confirma que un juicio constitucional sobre la tutela del derecho de voto en las elecciones regionales sólo se puede activar en el curso de un juicio sobre una concreta cuestión electoral. Por lo que, el juicio constitucional sobre la ley electoral regional había sido promovido correctamente en el curso del juicio contencioso-administrativo para la anulación de las actas de las operaciones electorales, incluso si los recurrentes actúan para defender su derecho de voto, y no un interés concreto relacionado con las elecciones.⁵⁵

La histórica sentencia 1/2014 no constituye, entonces, una intervención creativa de la Corte sobre las modalidades de acceso, sino que representa un procedimiento excepcional debido a la peculiaridad del caso y a la exigencia de intervenir en una

⁵⁴ Ley Regional 31 octubre 2012, n. 17, "Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del presidente della Regione".

⁵⁵ Por un comentario a la sentencia de la Corte constitucional 193/2015, véase COZZI, Alessia Ottavia, "La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali", *www.forumcostituzionale.it*, 12 noviembre 2015.

situación de emergencia política en garantía de los derechos fundamentales. Ésta constituye un claro ejemplo del papel de suplencia del legislador ejercitado por la jurisdicción (en particular la constitucional) en el actual contexto político italiano. El órgano de garantía constitucional es cada vez más Juez de los derechos fundamentales, pero también órgano de relevancia política en una fase de tensión del sistema parlamentario.

5. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS DEL JUICIO CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL: EL JUICIO PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA LEY ELECTORAL POLÍTICA

La cuestión electoral resulta así particularmente indicativa de una expansión de la jurisdicción constitucional en el plano político de la forma de gobierno. Pronunciándose sobre la ley electoral política, la Corte Constitucional, si de un lado ha asegurado adecuada tutela de situaciones jurídicas que de otro modo habrían quedado privadas de ésta, de otro ha terminado inevitablemente por incidir sobre el sistema de voto nacional cuya disciplina es competencia del legislador ordinario. La sentencia 1/2014 ha modificado, de hecho, el sistema electoral y ha vinculado al legislador ordinario obligándolo a adoptar precisas decisiones normativas.⁵⁶

⁵⁶ Después de la sentencia 1/2014 el Parlamento ha aprobado la Ley 6 mayo 2015, n. 52 que regula la elección de los miembros de la Cámara de los diputados, mientras por el Senado se ha empezado un procedimiento de reforma constitucional por la que esta Cámara no será más directamente elegida por los ciudadanos. El nuevo sistema electoral de la Cámara de los diputados sigue previendo el premio de mayoría, aunque conectado a una barrera de votos necesarios para la atribución del mismo. A pesar de que la nueva ley respeta las indicaciones de la Corte, se ha planteado recientemente una cuestión de legitimidad constitucional en relación con diversos preceptos de la misma ley: entre ellos, aquellos que regulan el premio de mayoría, las modalidades de selección de los candidatos y de manifestación del voto por parte de los ciudadanos. La cuestión es muy interesante no tanto porque se plantea en el curso de juicio de reconocimiento del derecho de voto —que por la ley electoral política constituye una modalidad de acceso admitida a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional en la materia— sino porque la nueva ley electoral todavía no es aplicable. El nuevo juicio constitucional sobre la ley electoral política, no solo se presenta como substancialmente directo, sino también como muy abstracto. Esto es contrario al modelo

El papel de la jurisdicción constitucional en un ámbito puramente político como el electoral está destinado a convertirse en aún más relevante si fuera aprobado el proyecto de reforma constitucional del gobierno Renzi, el cual prevé la introducción de un juicio preventivo de legitimidad constitucional de las leyes que disciplinan las elecciones de los miembros de la Cámara de diputados y del Senado de la República.⁵⁷ La reforma constitucional asigna a la Corte el poder de controlar la constitucionalidad de la ley electoral política antes de su entrada en vigor, y ello con la finalidad de evitar situaciones de ilegitimidad constitucional como se ha verificado por la ley 270/2005, declarada inconstitucional después de casi 10 años de vigencia. De esta forma, sin embargo, la Corte Constitucional asumiría un poder particularmente relevante sea respecto del Parlamento que podría ver rechazados eventuales proyectos de reforma electoral, sea respecto al Presidente de la República que ya ejercita un control análogo de legitimidad y oportunidad constitucional sobre todas las leyes prima de su promulgación.⁵⁸

Mientras que en el pasado la ley electoral que regula las elecciones al Parlamento nacional era considerada una materia sustraída al juicio de constitucionalidad, juicio que la sentencia 1/2014 ha admitido aun de manera impropia, hoy día se podría llegar a una excesiva ampliación del control de constitucionalidad sobre la ley electoral política al prever un juicio preventivo de constitucionalidad. Expansión de la

consolidado de justicia constitucional italiana, pero es posible para garantizar la tutela del derecho de voto en las elecciones políticas nacionales.

⁵⁷ Art. 13, Proyecto de reforma constitucional A.S. 1429 - A.C. 2613. Tal juicio podrá ser activado dentro de diez días desde la aprobación de la ley si lo exigen, con recurso motivado, un tercio de los componentes del Senado y un cuarto de los componentes de la Cámara. La Corte constitucional se pronunció en los 30 días, y hasta ahora, queda suspendido el término para la promulgación de la ley. En caso de declaraciones de ilegitimidad constitucional la ley no puede ser promulgada.

⁵⁸ Art. 74 Constitución: El Presidente de la República, antes de promulgar la ley, puede con un mensaje motivado a las Cámaras pedir una nueva deliberación. Si las Cámaras aprueban nuevamente la ley, ésta debe ser promulgada.

justicia constitucional que afecta no sólo al rol del Parlamento, sino también a las prerrogativas dadas al Presidente de la República. Esto sería indicativo no tanto de una transformación del sistema de justicia constitucional, sino de una alteración de los equilibrios institucionales que lleva a que la Corte constitucional asuma un papel más relevante en el plano de la forma de gobierno.

6. REFERENCIAS

- AZZENA, Luisa, "La rilevanza", en ROMBOLI, Roberto (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 601-624.
- BIANCHI, Paolo y MALFATTI, Elena, "L'accesso in via incidentale", en ANZON, Adele, et al. (coord.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 13-80.
- CALAMANDREI, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Opere giuridiche*, Nápoles, 1968.
- CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2008.
- CHELI, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1978.
- DI CIOLO, Vittorio, CIAURRO, Luigi, *Il Diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè Editore, Milán, 2013.
- MARTINEZ, Temistocle, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2013.
- RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2009.
- SICLARI, Massimo, "Il procedimento in via incidentale", en BALDUZZI, Renato, COSTANZO, Pasquale, (coord.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, vol. I, Giappichelli editore-Torino, Turín, 2007, pp. 11-27.

STAIANO, Sandro, *Introduzione, Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, JOVENE, Nápoles, 2012.

VIRGA, Pietro, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1975.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Hemerografía

ANZON DEMMIG, Adele, "Acceso al giudizio di costituzionalità e intervento 'creativo' della corte costituzionale", *Rivista AIC*, núm. 2, 2014.

_____, "Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca del giudizio di costituzionalità)", *Nomos*, núm.1, 2013.

CARNEVALE, Paolo, "La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte", *Nomos*, núm. 1, 2013.

COZZI, Alessia, Ottavia, "La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali", www.forumcostituzionale.it, 12 noviembre 2015.

CROCE, Marco, "Se non ora quando?": sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere)", www.astrid-online.it, n. 62/2007.

CUPELLINI S., "La *fictio litis* e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali", *Giurisprudenza costituzionale*, 2003.

GIGLIOTTI, Alessandro, "Violata la 'zona d'ombra'? La quaestio legitimitatis della legge elettorale", *Nomos*, núm. 1, 2013.

LAVAGNA, Carlo, "Il sistema elettorale nella Costituzione italiana", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

- OLIVITO, Elisa, "*Fictio litis* e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?", *www.costituzionalismo.it*, 16 settembre 2013.
- ONIDA, Valerio, "E' incostituzionale la proposta Pdl al Senato", *Liberal*, 22 abril 2011.
- PADULA, Carlo, Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità, *Consulta online*, 6 settembre 2013.
- PIZZORUSSO, Alessandro, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", *Quaderni costituzionali*, 1982.
- PIZZORUSSO, Alessandro, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, en D'ATENA, Antonio (coord.), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffré, Milán, 2012.
- REPETTO, Giorgio, "Il divieto di *fictio litis* come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità", *Rivista AIC*, núm. 3, 2013.
- ROMBOLI R., "I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli", in *Osservatorio sulle fonti*, núm. 1, 2015.
- SICLARI, Massimo, "Osservazioni sulla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale sollevata dalla Corte di cassazione", *Nomos*, núm. 1, 2013.
- SORRENTINO, Federico, "La legge elettorale di fronte alla Corte", *www.confrontocostituzionali.it*, 2013.
- STAIANO, Sandro, "L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale", *Nomos*, núm. 1, 2013.
- _____, "La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale", *Rivista AIC*, núm. 2, 2014.
- _____, "Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli", *www.federalismi.it*, núm.11, 2013.

Legislación

Proyecto de reforma constitucional A.S. 1429, A.C. 2613 "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione".

Ley 24 enero 1979, n. 18 "Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia".

Ley 21 diciembre 2005, n. 270 "Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica".

Ley 25 mayo 1970, n. 352 "Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo".

Ley 6 mayo 2015, n. 52 "Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati".

Ley Regional 31 octubre 2012, n. 17 "Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Regione".

Otras fuentes

Bundesverfassungsgericht, sentencia del 26 febbraio 2014;

Bundesverfassungsgericht, sentencia del 9 novembre 2011;

Corte constitucional, auto 117/2006;

Corte constitucional, auto 22/1960;

Corte constitucional, auto 284/2008;

Corte constitucional, auto 79/2006;

Corte constitucional, sentencia 1/2014;

Corte constitucional, sentencia 110/2015;

Corte constitucional, sentencia 12/1971;
Corte constitucional, sentencia 127/1998;
Corte constitucional, sentencia 13/2012;
Corte constitucional, sentencia 13/2012;
Corte constitucional, sentencia 15/2008;
Corte constitucional, sentencia 16/2008;
Corte constitucional, sentencia 165/1963;
Corte constitucional, sentencia 17/2008;
Corte constitucional, sentencia 175/2003;
Corte constitucional, sentencia 214/1986;
Corte constitucional, sentencia 241/2008;
Corte constitucional, sentencia 244/1995;
Corte constitucional, sentencia 256/1982;
Corte constitucional, sentencia 259/2009;
Corte constitucional, sentencia 271/2010;
Corte constitucional, sentencia 275/2014;
Corte constitucional, sentencia 29/1987;
Corte constitucional, sentencia 291/1986;
Corte constitucional, sentencia 334/2004;
Corte constitucional, sentencia 349/1985;
Corte constitucional, sentencia 356/1996;
Corte constitucional, sentencia 36/1997;
Corte constitucional, sentencia 38/2009;
Corte constitucional, sentencia 47/1991;
Corte constitucional, sentencia 49/2000;
Corte constitucional, sentencia 512/2000;
Corte constitucional, sentencia 53/2010;

Corte constitucional, sentencia 59/1957;
Corte constitucional, sentencia 65/1964;
Corte constitucional, sentencia 71/1995;
Corte constitucional, sentencia 84/2006;
Corte constitucional, sentencia 88/1966;
Corte constitucional, sentencia 92/1973;
Corte constitucional, sentencia 93/1965;
Corte de casación SS. UU., sentencia 8118/2006;
Corte de casación SS. UU., sentencia 8119/2006;
Corte de casación SS. UU., sentencia 9152/2008;
Corte de casación SS. UU., sentencia 9153/2008;
Corte de casación SS.UU., sentencia 9151/2008;
Corte de casación, auto 12060/2013;
Corte de casación, auto 9155/2008;
Corte de casación, auto 9156/2008;
Corte de casación, auto 9157/2008;
Corte de casación, auto 9158/2008;
Corte de casación, sentencia 8878/2014;
Tribunal del contencioso-administrativo regional del Lazio, sentencia 5163/2013.

¿PARA QUÉ Y CÓMO INTERVIENEN LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Selene Cruz Alcalá*

Resumen

El presente trabajo analiza la sentencia T-025-2004 que versa sobre el desplazamiento forzado, adoptada por la Corte Constitucional de Colombia y el Amparo Directo en Revisión 1492/2007, emitido por la Suprema Corte de Justicia de México, sobre el tratamiento de la farmacodependencia. A partir de ambas resoluciones, se ofrecen razones y vías para que las Cortes Constitucionales incidan en las políticas públicas vinculadas directamente con los derechos fundamentales.

Palabras clave: Cortes Constitucionales, políticas públicas, poderes políticos, Corte Constitucional de Colombia, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se buscó responder a la pregunta de ¿para qué y cómo intervienen las Cortes Constitucionales en las políticas públicas? Para ello se utilizó el método analítico descriptivo aplicado a dos sentencias emitidas

* Estudiante de doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid. Programa Derecho, Gobierno y Políticas Públicas. Correo electrónico: selene.cruz@estudiante.uam.es

por Cortes Constitucionales: una en materia de desplazamiento forzado de la Corte Constitucional de Colombia (juicio de tutela T-025-2004) y otra sobre el tratamiento médico de la farmacodependencia de la Suprema Corte de México (amparo directo en revisión ADR 1492/2007).

Se eligieron sentencias de México y Colombia por dos coincidencias fundamentales. La primera, por los problemas públicos que han sufrido las sociedades de ambos países dado el contexto del narcotráfico:¹ el desplazamiento forzado de decenas de miles de familias, como consecuencia de la violencia provocada por aquél y el enorme problema de salud pública (farmacodependencia) que propaga el consumo de drogas. Estas situaciones agrupan problemas públicos que reclaman soluciones inaplazables como las políticas públicas y estas últimas han sido materia de análisis de las cortes en los asuntos referidos. La segunda razón radica en la necesidad urgente de hacer convivir el derecho y la política en aras de garantizar los derechos fundamentales que se ven mermados cuando se presentan problemas públicos complejos. La Corte Constitucional de Colombia es pionera en esta labor. Esta institución entiende que todo derecho fundamental presenta dos facetas: una de abstención y

¹ Si bien la coincidencia de ambos países en el conflicto de narcotráfico es conocida, realizar un estudio sobre este fenómeno y las similitudes referidas sobrepasan las intenciones de este artículo. Con respecto a estos temas véanse: ROCHA GARCÍA, Ricardo, *La riqueza del narcotráfico y la desigualdad en Colombia: 1976-2012*, Documento 417, Dirección de Estudios Económicos, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2014; GAVIRIA, Alejandro, "Rendimientos crecientes y la evolución del crimen violento: el caso colombiano", en *Economía, Crimen y Conflicto*, MARTÍNEZ, Astrid (comp.), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 157-184; HENDERSON, James, *Cuando Colombia se desangró. Un estudio de la violencia en metrópoli y provincia*, Áncora Editores, Bogotá, 1984; ITURRALDE, Manuel y ARIZA, Libardo José, "El tratamiento penal del narcotráfico y los delitos conexos", en GAVIRIA, Alejandro y MEJÍA, Daniel, *Políticas Antidrogas en Colombia. Éxitos, fracasos y extravíos*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2011; CONTRERAS VELASCO, Oscar, *La evolución del Narcotráfico en México*, Latin American Network Information Center, The University of Texas, 2015; CHABAT, Jorge, "Narcotráfico y estado. El discreto encanto de la corrupción", *Letras libres*, año 7, núm. 81, 2005, pp. 14-19; SERRANO, Mónica, "El problema del Narcotráfico en México. Una Perspectiva Latinoamericana", en VEGA, Gustavo y TORRES, Blanca (coords.), *Los grandes problemas de México XII: Relaciones Internacionales*, El Colegio de México, México, 2010, pp. 177-204; KELLNER, Tomas y PIPITONE, Francesco, "Inside Mexico's Drug War", *World Policy Journal*, MIT Press, Boston, 2010.

tiene que ver con la protección del contenido del derecho impidiendo que terceros lo transgredan; y otra de acción que ordena contar con mecanismos idóneos para garantizar su goce efectivo.² Para la Corte de Colombia el diseño de políticas públicas "está dirigido a la satisfacción de la faceta asistencial, prestacional o programática de los derechos y se trata de una obligación estatal derivada del modelo de Estado Social".³ Además, en el caso de violaciones sistemáticas, masivas y generalizadas de derechos constitucionales (un estado de cosas inconstitucional, como veremos en la sentencia T-025-2004), la Corte colombiana ha sido determinante en el diseño de políticas públicas. Es por ello que su estudio resulta necesario.

Si bien, como se verá en la sentencia ADR 1492/2007, la Suprema Corte de México no había tenido una participación tan directa en las políticas públicas como la Corte de Colombia. Actualmente, la Constitución en su artículo 1o. obliga a todas las autoridades a reparar las violaciones de los derechos humanos. La nueva Ley de amparo⁴ impone también a los juzgadores federales la obligación de establecer medidas adicionales a la inaplicación de las normas declaradas inconstitucionales y con ello, restablecer a las personas en el pleno goce del derecho violado. Esto se complementa con la obligación de reparación contenida en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la cual, según la Suprema Corte de México, implica que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para no repetir hechos lesivos de derechos fundamentales y también contribuir a su prevención. A la vista de estas circunstancias, la Suprema Corte tiene ahora una incidencia importante en las políticas públicas y su estudio resulta ineludible.

² Sentencia de revisión de tutela T-133/2006, sobre el suministro de anteojos al recluso. Corte Constitucional de Colombia.

³ CANO BLANDON, Luisa Fernanda, "La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Papel Político*, vol. 19, núm. 2, 2014, pp. 435-458.

⁴ Véanse los artículos 74, fracción V, 77 y 78, último párrafo de la Ley de amparo.

La intervención de las Cortes Constitucionales en las políticas públicas es un tema interesante porque invita a reflexionar cuál es la función de los Jueces constitucionales en relación con los preceptos establecidos en la Constitución: *interpretar, aplicar, encontrar o crear*⁵ el significado de aquellos. Las explicaciones dependen de la manera en que se concibe la Constitución y las funciones que se atribuyen a las Cortes Constitucionales dentro del mismo ordenamiento. Lo cierto es que las Cortes Constitucionales son instituciones que, a través de sus interpretaciones y sentencias, actualizan permanentemente el sistema jurídico;⁶ están obligadas a reparar los derechos fundamentales y ello parece requerir cierta incidencia en las políticas públicas.

2. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU RELACIÓN CON LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La relación entre las Cortes Constitucionales y las políticas públicas ha sido objeto de especial atención en el ámbito académico. A modo de ejemplo, en la "conversación internacional" *Judges in Contemporary Democracy*,⁷ celebrada por Jueces y académicos, como Badinter, Breyer, Cassese, Dworkin, Dieter Grimm y Rodríguez Iglesias, se dijo que aquella relación se debe a que: 1) Existe una expansión de la actividad legislativa para regular la vida en sociedad provocando la necesidad de depender principalmente de los Jueces constitucionales cuando las leyes son confusas, inconstitucionales o ineficaces. 2) Los políticos están cada vez más dispues-

⁵ SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 34-50.

⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 65-89.

⁷ BADINTER, Robert y BREYER, Stephen, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York University Press, Nueva York, 2004, pp. 9-15.

tos a someterse al escrutinio judicial, lo que permite a los Jueces tener más control de los actos políticos. 3) Se vive una internacionalización del sistema judicial. 4) Los partidos políticos en las democracias pluralistas suelen resolver problemas sociales con actitudes a corto plazo, evidenciando su falta de interés en los valores a largo plazo; en contraste, existe una preferencia de la sociedad por el largo plazo y esos valores se establecen en las resoluciones judiciales. Pero por encima de todo sobresale un argumento de sentido común: las personas que no están en el poder buscan la salvaguarda de sus derechos básicos⁸ y esto requiere encontrar mecanismos que posibiliten la garantía de los derechos, abriendo la puerta a las Cortes Constitucionales para que se pronuncien sobre las políticas públicas.

La raíz anglosajona *public policy*, literalmente traducida al español como "Política Pública" (en adelante PP), se entiende como la solución tomada por diferentes actores públicos y a veces no públicos (movimientos sociales, partidos políticos y grupos de interés, entre otros) a un problema social cambiante que se debate como tal en el proceso democrático de toma de decisiones.⁹ Supone la decisión tomada desde una posición de poder,¹⁰ que busca el mayor provecho posible para el espacio colectivo con base en métodos y conocimientos aplicados¹¹ e intenta resolver un problema público,¹² a través de estructuras sólidas y recursos económicos. Entonces,

⁸ BADINTER, R. y BREYER, S., *op. cit.*, p. 29.

⁹ SUBIRATS, Joan, *et al.*, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008, pp. 36-72.

¹⁰ MERINO, Mauricio, "La importancia de la ética en el análisis de la políticas públicas", MERINO, Mauricio y CEDUJO, Guillermo M. (comps.), *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*, FCE/CIDE, México, 2010, pp. 10-35.

¹¹ *Ibidem.* p. 11.

¹² Lo público es un tema históricamente cambiante: "quizá lo que hoy es considerado público, antes no lo era y posiblemente después no lo será; sin embargo, puede decirse que un problema tiene el estatus de público cuando es recuperado por alguna de las múltiples instituciones que integran al Estado". Véase, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) *et al.*, *Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, México, 2010, pp. 85-112.

la solución a un problema políticamente definido como colectivo suele estar encabezada por los poderes legislativo y ejecutivo, por ser éstos nombrados popularmente y representar directamente a la sociedad en la toma de decisiones colectivas.

Pero el concepto de políticas públicas no es fijo, sino variable y cambia con frecuencia. Por tanto, su comprensión depende de la perspectiva con la que se analice. Si bien, teóricamente, las PP siguen un curso de acción: primero se diseñan, después se implementan y por último se evalúan; en la práctica se dice que adoptan la forma de gerundio,¹³ puesto que van diseñándose, implementándose y evaluándose casi siempre al mismo tiempo y por diferentes actores.

Las PP constituyen, entonces, una "unidad de diversas y dispares medidas"¹⁴ que pueden encontrarse en "leyes o medidas concretas, tal vez incluso, en una circular del gobierno o cualquier otro instrumento de Derecho indicativo" (como puede ser una sentencia); a veces pueden ni siquiera estar relacionadas entre sí, pero al final convergen con un mismo objetivo: resolver un problema público. Las PP se elaboran por distintos actores porque existen problemáticas tan complejas que requieren tratarse desde distintas narrativas¹⁵ y perspectivas con las cuales indagar las posibles maneras de encontrar soluciones. En esta investigación se considera que las Cortes Constitucionales forman parte de los actores que contribuyen en la narrativa para tratar problemas públicos. Cuestión distinta será determinar cuál es la narrativa más indicada para afrontar un problema.

¹³ MERINO, M., *op. cit.*, pág. 13.

¹⁴ PAGE, Edward C., *The Origins of Policy*, The Oxford Handbook of Public Policy, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 213.

¹⁵ ROE, Emery, *Narrative Policy Analysis. Theory and Practice*, Duke University Press, Durham-Londres, 1994, pp. 30-40.

3. LA (I)LEGITIMIDAD DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES PARA INTERVENIR EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Existe un debate inacabado conocido como "argumento contra-mayoritario": ¿pueden las Cortes Constitucionales limitar las decisiones de los poderes políticos? Los argumentos de quienes cuestionan la legitimidad de las Cortes Constitucionales para intervenir en dichas decisiones basculan en torno a varias consideraciones: a) los Jueces constitucionales no son elegidos periódicamente a través del voto popular; b) si una Corte Constitucional anula una norma, difícilmente ésta podrá neutralizarse a través de una reforma constitucional, ya que existe un procedimiento agravado para ello (rigidez constitucional); y, c) la problemática que deriva de interpretar la abstracción constitucional, ya que son innumerables los "conceptos jurídicos indeterminados" en una Constitución: cuanto más abstractos sean, mayor será la objeción democrática.¹⁶

En las sentencias analizadas están presentes ciertos elementos que contrarrestan las objeciones "contra-mayoritarias". Estos se traducen en la carencia de mecanismos que garanticen los derechos fundamentales, principalmente porque en la toma de decisiones mayoritarias existen desacuerdos traducidos en leyes oscuras, contradictorias en cuanto al objetivo que persigue la propia ley, o porque a pesar de las medidas jurídicas para resolver un problema, éstas se ven rebasadas por la realidad en virtud de fallas estructurales que impiden su implementación. En este sentido las Cortes Constitucionales se convierten en canales de comunicación

¹⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 12-41.

y coordinación entre las autoridades estatales a fin de resolver un problema que impacta directamente en la sociedad.

Hay quienes sostienen la necesidad de que las Cortes incidan en las PP cuando las asambleas parlamentarias o legislativas, u otras instituciones, han abdicado de su papel de formuladores de políticas públicas eficaces,¹⁷ o porque los poderes del Estado permanecen inactivos ante los problemas sociales, o simplemente porque la complejidad del problema rebasa las posibles soluciones y, por tanto, requiere de múltiples soluciones desde distintos sectores.

Al final, todo ello provoca una obstrucción en la garantía de los derechos fundamentales o directamente los transgrede; y, en cualquier caso, permanece la lesión de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la carencia de soluciones efectivas a los problemas públicos.

Las Cortes Constitucionales, en estos casos, pueden agilizar un procedimiento de toma de decisiones que "permita la acción colectiva sin necesidad de ponerse de acuerdo allí donde la acción es necesaria y el acuerdo imposible".¹⁸ El Ministro Cossío Díaz¹⁹ analiza este punto en el sentido de "encontrar imparcialidad en momentos de fricción y desconfianza a fin de evitar una lucha abierta entre quienes ejercen el poder político". Esto "hace que los actores políticos no reparen en ocasiones en aquello que implica trasladarle funciones a un órgano que aun cuando no constituido democrá-

¹⁷ Véase BAIRD, A. Vanessa, *Answering the Call of the Court*, University of Virginia Press, Charlottesville-Londres, 2007, p. 67.

¹⁸ LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73-95.

¹⁹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002, p. 162.

ticamente, determina la constitucionalidad de las decisiones de los órganos representativos".

Si el órgano encargado del control de constitucionalidad en un Estado es independiente de los poderes políticos, puede ayudar a ser un mediador y encauzar las PP muchas veces fallidas por falta de acuerdos.²⁰ Además, las Cortes Constitucionales pueden "delimitar la concepción del bien común y de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y, con ello, asegurar una mayor calidad de la deliberación en la toma de decisiones y en el control de las mismas".²¹

Las Cortes Constitucionales actúan como un mecanismo de participación en la esfera pública que complementa los canales institucionales propios del juego democrático. En palabras de Sagüés,²² esto provoca "un cambio en la *cultura constitucional* que importa el tránsito de la idea de la *Constitución-promesa* (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes "políticos": el Congreso y el Presidente), a la noción de la *Constitución-contrato*: una constitución reclamable y exigible ante las cortes". Este tránsito jurídico-político, perfila y compromete a las Cortes Constitucionales como "agentes de cambios sociales".

²⁰ Banco Interamericano de Desarrollo. *La Política de las Políticas Públicas. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2006*. David Rockefeller Center for Latin American Studies. Harvard University, Planeta, 2006, pp. 15-102.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Manuel Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2008, pp. 28-35.

²² SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales", *Diálogo Político*, Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., año XXVII, núm. 4, 2010.

4. EL MODELO DE INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA SENTENCIA T-025-2004 EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO²³

Ante la constatación de violaciones de los derechos fundamentales y la exigencia de su garantía, las Cortes Constitucionales asumen diversas vertientes en las que las soluciones implican o incorporan una relación con los demás actores estatales. Por ejemplo, en Colombia el desplazamiento forzado es una realidad que comenzó en la década de los ochenta y se agravó en los noventa a partir del crecimiento del conflicto de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el narcotráfico. El desplazamiento forzado existe cuando las personas se ven obligadas "a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional, con el propósito de huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Las personas quedan expuestas a un nivel mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales. Ello acarrea innumerables consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas para las personas".²⁴

Durante una década y media, el Estado colombiano fue ajeno a la solución de la problemática, de hecho, adjudicaba el estatus de "desplazado" en atención a cuestiones meramente económicas (que la gente se desplazaba en búsqueda de

²³ La narrativa de este asunto fue obtenida, principalmente de la sentencia T-025-04 y del libro, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010.

²⁴ Apartado 5.2. de la sentencia T-025.

mejores oportunidades salariales, por ejemplo) y por lo tanto, no existían políticas públicas ni instituciones que se encargasen de atender el problema. En septiembre de 1995, el Gobierno comenzó a reconocer el desplazamiento forzado en su agenda.²⁵

En julio de 1997 se aprobó la Ley para la Atención de la Población Desplazada (ley 387 de 1997). En ella se reconocieron los derechos de dicha población: prevención del desplazamiento, atención humanitaria de emergencia, retorno voluntario y reasentamiento, así como la estabilización socioeconómica. Para impulsar la garantía de dichos derechos el Gobierno adoptó una serie de decretos reglamentarios. No obstante, pese a las acciones tomadas, la problemática empeoró. Según la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes)²⁶ en el "año 2000 la cifra acumulada de desplazados ascendió a 1,5 millones de personas y en 2002 Colombia alcanzó el mayor número de desplazados: 412 553 personas en un año". Las políticas públicas simplemente resultaron ineficaces.

Esta situación generó la interposición de 108 demandas de acción de tutela en 22 ciudades de Colombia por parte de 1 150 familias desplazadas, quienes solicitaron entre otras cosas: materializar las ayudas a las que tenían derecho en virtud de la Ley 387 de 1997, estabilización económica, vivienda, reubicación, proyectos productivos, acceso a educación para los hijos, recibir continuamente la ayuda humanitaria de emergencia, seguridad alimentaria y suministro de medicamentos.²⁷

²⁵ *ibidem.*, p. 72.

²⁶ *ídem.*

²⁷ *ídem.*

4.1. La decisión de la Corte Constitucional de Colombia

La Corte verificó las violaciones de los derechos fundamentales que se derivaban de la omisión, ineficacia e inactividad de los funcionarios de los poderes públicos para diseñar o implementar PP y declaró "un estado de cosas inconstitucional".²⁸ Es decir, "la violación reiterada y masiva de derechos, que proviene de acciones u omisiones de diversas instituciones y que agudiza la profunda crisis económica y la desigualdad social, demostrando la incoherencia entre los principios plasmados en el ordenamiento jurídico y el efectivo cumplimiento de los mismos en los aspectos sociales de las comunidades".²⁹

El propósito de declarar un estado de cosas inconstitucional, según la jurisprudencia de la propia Corte, consiste en "buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general (en tanto que afectan a una multitud de personas), y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional",³⁰ como sucedió en la sentencia T-025-2004.

²⁸ El concepto de estado de cosas inconstitucional, según la propia Corte colombiana, ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997. En términos generales se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando "(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales."

²⁹ SARAVIA, Jakeline y RODRÍGUEZ F., Andrea "Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2015, pp. 18,35,121-134.

³⁰ Véase la sentencia T-153/1998 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre establecimiento carcelario-condiciones de hacinamiento.

En definitiva, las políticas públicas en materia de desplazamiento eran ineficaces y evidenciaban planes de acción desactualizados; había, por ejemplo, una normativa imprecisa acerca de qué debía cumplir cada una de las autoridades, las responsabilidades se encontraban duplicadas, no existían instrumentos de coordinación de acciones entre las diferentes entidades ni el seguimiento adecuado de la gestión. La población desplazada no contaba con información oportuna y completa acerca de sus derechos, y tampoco existían las instituciones responsables de su prestación.³¹ Aunado a estas imprecisiones, existían problemas de acceso en los requisitos de los programas de ayuda ofrecidos hasta el punto de ser discriminatorios: la población desplazada debía probar ser propietaria de una vivienda o tierras para solicitar ciertas ayudas. Se obstruía el derecho a la atención a la salud, principalmente porque las entidades prestadoras del servicio cobraban por éste a las personas desplazadas.

La multiplicidad de derechos constitucionales afectados fue la causa de que la Corte declarara 23 resolutivos³² sobre el incumplimiento estructural en la protección de derechos fundamentales, enfatizando la omisión de las autoridades a la hora de adoptar los correctivos necesarios para asegurar el nivel de protección de los derechos definidos en las leyes. En el fallo se establecieron medidas, responsabilidades y tiempos concretos de respuesta para cada autoridad involucrada y se solicitó la creación e implementación de acciones concretas para afrontar el estado de cosas inconstitucional.

³¹ Apartado 6.3.1 de la sentencia T-025.

³² Véase el apartado IV de la sentencia T-025.

La Corte de Colombia, a nuestro juicio, intervino directamente en las políticas públicas al identificar y atribuir responsabilidades concretas a las autoridades, al solicitar a los poderes políticos una partida presupuestaria para solventar tal garantía, y al introducir una serie de mecanismos de seguimiento (evaluación) de las políticas públicas, a través de 84 autos³³ pronunciados con posterioridad a la sentencia.

Dichos autos tenían que ver con los lineamientos adicionales para la construcción de las PP, tales como el presupuesto, la prioridad que debería tener la población desplazada dentro del gasto público, la importancia de conocer las características regionales y locales antes de formular políticas, la necesidad de una coordinación general entre las distintas entidades y la utilidad de establecer mecanismos de evaluación y seguimiento, incluyendo indicadores de goce efectivo de derechos, entre otros. De esta manera, distintos actores estatales, ONG y centros de investigación participaron en el proceso de seguimiento de la resolución judicial.

4.2. Respuesta de los poderes públicos a la sentencia T-025

La sentencia T-025 significó un punto de inflexión en la problemática suscitada por el desplazamiento forzado en Colombia. El mensaje había sido claro: a pesar del marco legislativo en la materia, su aplicación era nula o ineficaz, y ello lo evidenciaba la violación sistemática de los derechos de las víctimas. La sentencia contribuyó a fijar el problema de desplazamiento forzoso en la agenda pública y a redefinirlo como un problema jurídico.

³³ Véase RODRÍGUEZ G., C. y RODRÍGUEZ F., D., *op. cit.*, p. 195.

Quizá el impacto inmediato que tuvo la sentencia T-025 consistió en que las autoridades gubernamentales y del Estado en general comenzaron a reconocer su responsabilidad en el tema y aumentaron el presupuesto dedicado a la atención de la población desplazada, aproximadamente 10 veces más de lo que se había previsto antes de la sentencia. Es decir, de 76 371 millones por año, el presupuesto se aumentó a 731 343 millones por año.³⁴ En la Ley de Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal 2006, por ejemplo, se incorporó un artículo que disponía así: "los recursos presupuestados al proyecto Capacitación Jóvenes en Acción del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) se destinarán inicialmente para la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional". Con esto, el legislador asumió la decisión de la Corte dentro de la ley.

La Administración pública suministró información básica para que la población estuviera al tanto del problema de desplazamiento y sus mecanismos de defensa. También se dio a conocer información detallada y periódica sobre la evolución de la protección de los derechos de la población desplazada y las entidades estatales elaboraron informes periódicos sobre el cumplimiento de la sentencia.³⁵ De hecho, la Corte en este caso ha retenido su competencia en el asunto hasta que se restablezcan los derechos de la población desplazada³⁶ a largo plazo y no esporádicamente con medidas temporales.

³⁴ Durante los nueve años de programas sobre desplazamiento del periodo anterior a la sentencia (1995-2003), el presupuesto anual promedio que fue de 76 371 millones por año. En el periodo posterior al fallo (2004-2008), el promedio anual se multiplicó casi 10 veces, al pasar a 731 343 millones. Datos obtenidos de Cortes y cambio social, p. 213.

³⁵ RODRÍGUEZ G., C. y RODRÍGUEZ F., D., *op. cit.*, p. 138.

³⁶ Véase el artículo 27 del decreto 2591/1991: "Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. El Juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario

Después del fallo se conformaron diversos comités de coordinación en las entidades territoriales y planes nacionales de atención integral a la población desplazada. Los autos y las audiencias de seguimiento abrieron espacios de diálogo de diversas instituciones con actores nacionales e internacionales y aumentaron la publicidad y la transparencia del caso, estimulando la formación o el fortalecimiento de organizaciones sociales interesadas en el problema del desplazamiento.³⁷

La respuesta que ofrece el caso de desplazamiento forzado a la primera parte de nuestra pregunta de investigación (para qué intervienen las Cortes Constitucionales en las PP), radica en que la Corte Constitucional de Colombia intervino en las PP para exigir la garantía de los derechos fundamentales de las personas que estaban siendo golpeadas o lesionadas grave y sistemáticamente por un problema público relacionado con fallas estructurales del Estado. La fragilidad de las políticas públicas era el principal motivo de que los derechos fundamentales no tuvieran garantías y ese fue el análisis que realizó la Corte colombiana.

Este "para qué" de la intervención de las Cortes Constitucionales en las políticas públicas puede tener también otras interpretaciones. En el caso concreto del desplazamiento forzado, hay quienes sostienen que los derechos humanos "generan mecanismos para regular los flujos forzados transnacionales de población y con ello anular riesgos en la seguridad y en la estabilidad de la comunidad internacional".³⁸ En otras palabras: el curso de las migraciones forzadas podría llegar a llegar a otros Estados, y por tanto, había que "deslizar la ayuda al interior del territorio del

en su caso. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".

³⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., *op. cit.*, p.177.

³⁸ *Cfr.* HATHAWAY, James C., *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991 y LOESCHER, Gil y MONAHAN, Laila (eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.

Estado donde el desplazamientos se producía, atendiéndolo internamente y restándole motivos para que las personas se convirtieran en refugiados".³⁹ Con ello se evitaba "molestar" a otros países potencialmente receptores de las víctimas.

Un razonamiento de esa magnitud nos lleva a cuestionar todo el fundamento del sistema de derechos humanos reconocido e instrumentalizado por los Estados. Esto sobrepasa el propósito y el objeto de nuestro estudio. No obstante, nos parece interesante el debate que existe detrás, el cual está relacionado con las políticas públicas internacionales ante fenómenos tan complejos como las migraciones provocadas a causa del desplazamiento forzado: ¿los derechos humanos, en el fondo, pueden responder a intereses nacionales o internacionales, en los que cualquier institución—incluidas las Cortes Constitucionales—, busca justificar la permanencia de la población en un territorio determinado (aun cuando este no sea seguro para las personas), con el propósito de salvaguardar los intereses internacionales de los Estados, principalmente los del receptor de refugiados?

En respuesta a la segunda parte de la pregunta que dio inicio a este trabajo, a saber: *cómo* intervienen las cortes en las PP, denominaremos intervención directa a la modalidad de la Corte Constitucional de Colombia para intervenir en las PP por la manera en que su decisión involucra a otros poderes del Estado. En el caso del desplazamiento forzado, la exigencia de la garantía de los derechos consistió en la atribución directa de responsabilidades a las autoridades, el requerimiento de cumplir con las normas y regulaciones diseñadas por aquellas a través del establecimiento de plazos y el reclamo de recursos económicos para dicho fin. En este sentido, tanto las autoridades como la sociedad se mostraron abiertas y participativas.

³⁹ SÁNCHEZ M., Beatriz "Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado", *Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, vol. 35, 2009, pp. 11-32.

Aunada a esta intervención directa de la Corte en las PP, la separación de poderes en Colombia se consagra en los artículos 1o. y 113 de la Constitución que disponen que las ramas del poder público actuarán de forma separada, pero desde el principio de colaboración armónica. Ello supone que la consecución de los fines del Estado será más eficaz en cuanto todos los entes estatales cumplan lealmente con los preceptos constitucionales y se auxilien unos a otros para lograr el fin propuesto. Esto genera un lazo ineludible entre el derecho y la política. No obstante, siempre estará en cuestión la línea que divide las funciones de los poderes estatales y el principio de colaboración armónica.

5. EL MODELO MEXICANO DE INTERVENCIÓN EN POLÍTICAS PÚBLICAS: LA SENTENCIA ADR 1492/2007⁴⁰ EN MATERIA DE FARMACODEPENDENCIA

El demandante del presente caso, Juan Hernández,⁴¹ fue detenido discrecionalmente por agentes de seguridad pública mientras ejercía su libertad de tránsito a bordo de una bicicleta por una calle de la Ciudad de México. Los agentes le practicaron una intervención corporal con la que le encontraron tres bolsas pequeñas de cocaína, y lo remitieron a la Agencia Federal del Ministerio Público para que se le realizara una investigación que concluyó en el ejercicio de la acción penal.

⁴⁰ Los antecedentes y la resolución del caso fueron sustraídos del expediente 1492/2007, sentencia elaborada por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y el entonces Secretario de estudio y cuenta Roberto Lara Chagoyán del 17 de septiembre de 2009. Véase, Tesis aislada P.VIII/2010 EXCUSA ABSOLUTORIA, EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN, (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009); Pleno, Novena Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXXI, febrero de 2010; p. 19, Reg. IUS 165258.

⁴¹ Por cuestiones de protección de datos hemos cambiado el nombre del recurrente en amparo.

El Juez que conoció el asunto consideró a "Juan Hernández" como penalmente responsable de la comisión del delito contra la salud de posesión atenuada de clorhidrato de cocaína, tipificado en el artículo 195 bis del Código Penal Federal. Se le impuso una pena privativa de libertad de 11 meses, el beneficio de la sustitución de la pena por una multa de más de 12 mil pesos, trabajos a favor de la comunidad y un tratamiento en libertad. En contra de esa resolución, se promovió un recurso de apelación. El tribunal que conoció el asunto emitió una sentencia en la que tuvo por acreditados los elementos del delito, pero declaró que operaba a favor del acusado la excusa absolutoria⁴² del artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal, por su condición de toxicómano y, bajo esta premisa, no debía imponérsele pena alguna. Inconforme con dicha sentencia, el demandante solicitó el amparo de la Justicia Federal, aunque se le denegó. El asunto llegó a la Suprema Corte, a través de recurso de revisión.⁴³

5.1. La decisión de la Suprema Corte y su incidencia en las PP

Debe tenerse en cuenta que el artículo 195 del Código Penal Federal establecía que no se procedería penalmente en contra de una persona no farmacodependiente que tuviera en su posesión alguno de los narcóticos referidos en el artículo 193, en una

⁴² Las excusas absolutorias son circunstancias especiales establecidas en la ley que dejan sin sanción un acto típico, antijurídico y culpable. Existe una correlación entre la imposición de una pena y la excusa absolutoria. Sin embargo, las excusas absolutorias constituyen excepciones a la imposición de la pena: aunque se conserva la naturaleza típica de los hechos para la persona autora, la ley contempla una razón admitida para la no aplicación de la pena.

⁴³ A mayor abundamiento, es importante decir que el proceso de resolución del asunto llevó algunos años desde su ingreso al juzgado hasta la resolución de la Corte. Durante ese periodo, los artículos 195 y 199 del Código Penal Federal, —impugnados por el recurrente— fueron reformados por un Decreto publicado el 20 de agosto de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*. El análisis constitucional hecho por la Corte modificó tales preceptos, sin embargo, sólo fue a efectos de constatar la validez del fallo impugnado en donde se aplicó tal norma. Es decir, sirvió únicamente para calificar el acto de aplicación de tales artículos, por lo que siempre que se haga alusión a los referidos preceptos, se atenderá al contenido que tenían con anterioridad a la reforma.

cantidad presumible para su consumo personal. En cambio, el artículo 199, primer párrafo, del mismo código, señalaba que a los farmacodependientes que poseyeran para su consumo personal alguno de los mencionados narcóticos sí se les procesaría penalmente, pero no se les aplicaría pena alguna.

La Corte declaró que la diferencia que hacía el legislador no era válida constitucionalmente, puesto que no existía una razón objetiva para que el artículo 195 del Código Penal Federal estableciera una excluyente de delito, mientras que el 199, primer párrafo, regulara una excusa absolutoria. Ello sólo ocasionaba incongruencias en el sistema jurídico penal, puesto que dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos se abordaban de diferente manera, generando una violación del principio de igualdad y menoscabando el respeto a la dignidad de la persona. Además, no existía una relación de proporcionalidad ni de instrumentalidad entre los medios y fines de la norma, lo que mostraba una política pública deliberada de trato desigual y conducía a una estigmatización social en contra de la dignidad de las personas farmacodependientes. Para la Corte, someter a proceso penal a un farmacodependiente que sólo poseyera narcóticos para su consumo, no era el medio idóneo para lograr solucionar el problema de la dependencia a las drogas, tal como lo disponía la exposición de motivos de la ley en dichos artículos: evitar los problemas de salud pública derivados del tráfico de estupefacientes. El trato diferenciado en la ley sólo otorgaba menos protección a los enfermos. Además, las garantías del derecho a la salud y sus derechos derivados "obligan al Estado a prevenir la existencia de enfermedades: en el caso de no poder prevenir las, debe garantizar el tratamiento, y si el padecimiento lo permite, la rehabilitación del enfermo". (ADR 1492/2007).

La farmacodependencia como problema de salud pública "requería de programas de prevención y de rehabilitación que el Estado estaba obligado a implementar

y de hecho ya tenía vigentes". Por ejemplo, el artículo 523 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que "el Ministerio Público al iniciar la averiguación previa, dará aviso a la autoridad sanitaria correspondiente, cuando un farmacodependiente cometa un delito, a fin de que dicha autoridad intervenga en el tratamiento del enfermo". El citado artículo 199 del Código Penal Federal, en su segundo párrafo, establece que "todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedará sujeto a tratamiento". Además, en todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente. De tal manera que había que implementar tales medidas.

En 2009 la Corte determinó que la farmacodependencia debe ser una excluyente del delito y no una excusa absolutoria, concediendo el amparo al demandante para que, en consecuencia, el Tribunal de Circuito dejara sin efectos la resolución y dictara otra que lo excluyera de delito y que declarase atípica su conducta.

Si bien la Suprema Corte no estableció responsabilidades concretas para las autoridades, ni exigió recursos para la materialización del derecho a la salud—como aconteció en el caso colombiano—, sí estableció pautas para comunicar a los poderes públicos la necesidad de concebir la farmacodependencia como una enfermedad. Con ello, implícitamente solicitó a los poderes políticos que se anularan preceptos discriminatorios como el artículo 199 (aunque en el caso concreto y por la naturaleza del amparo, únicamente se inaplicó el precepto en el caso del demandante). Además, la Corte actúa como "portavoz", en el sentido de crear y, sobretodo, implementar las políticas públicas que existían en la materia.

Desde nuestra perspectiva, la modalidad de intervención que tuvo la Suprema Corte en las PP fue indirecta, porque estableció ciertos lineamientos o parámetros

de PP al interpretar un derecho fundamental e inaplicar un precepto en el caso concreto. Sin embargo, en los puntos resolutivos del asunto ni siquiera se hace un llamamiento a los poderes públicos a efectos de desarrollar una PP (como en el caso colombiano), sino que los efectos únicamente se ciernen sobre la autoridad que ejecutó el proceso penal y sobre el autor del delito. Esto se debe a la lógica del juicio de amparo que prevalecía en ese entonces en México: los efectos solamente repercutían sobre el demandante. No obstante, en la actualidad, el amparo puede tener efectos generales.

Los efectos de esta sentencia hacen que el caso tenga una importancia significativa, porque en un asunto con efectos solamente para la persona afectada, se estableció una medida para toda la población: otorgar a las personas farmacodependientes el tratamiento de su enfermedad, en vez de ser estigmatizadas como delincuentes. Como una mera hipótesis, se puede decir que con esta resolución la Corte sugirió a las instituciones políticas que destinaran camas de hospital a quienes estuviesen enfermos de farmacodependencia, en lugar de dirigirlos a una celda en las prisiones.

Como respuesta a la pregunta que da inicio a esta investigación, hay que decir que la Suprema Corte interviene en las PP para garantizar los derechos fundamentales que han sido vulnerados como parte de un acto legislativo discriminatorio. La forma en "cómo" la Corte intervino en las PP tiene un peculiar interés porque en el caso concreto, la Corte evidenció que un precepto de la ley penal iba en contra del propósito de la propia ley según su exposición de motivos. Además, dentro de dicha narrativa comunicó genéricamente que el derecho a la salud de las personas farmacodependientes "requería de programas de prevención y de rehabilitación que el Estado estaba obligado a implementar y que de hecho tenía vigentes". Fue un dictado

propositivo por parte de la Suprema Corte, sin adjudicar responsabilidades específicas a las autoridades.

Los parámetros apuntados por la Corte mexicana⁴⁴ permitieron consolidar una política pública. El poder legislativo estuvo atento de la decisión judicial y en el mismo año que se dictó la sentencia de la Corte se realizaron diversas reformas a los Códigos Penal Federal y de Procedimientos Penales. Sobre todo, se reformaron los preceptos que consideraban a los farmacodependientes como delincuentes. Al día de hoy, es una obligación del Estado que dichas personas sean tratadas como enfermos, tal como lo señaló la Corte.

Con las reformas de los Códigos Penal Federal y de Procedimientos Penales publicadas el 20 de agosto de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*, se modificaron diversas disposiciones de la Ley General de Salud que concuerdan con la materia en cuestión. El artículo 199 se modificó a la par que el artículo 481 de la Ley General de Salud a fin de que el juzgador dé aviso o solicite a las autoridades sanitarias su intervención en los procesos penales en los que se advierta la farmacodependencia de una persona y, de esta manera, se le otorgue el tratamiento correspondiente. Asimismo, si una persona adicta a las drogas comete cualquier delito, deberá recibir tratamiento por parte de la autoridad penitenciaria. El artículo 481 de la Ley General de Salud se modificó para que en todo centro de reclusión se presten servicios de rehabilitación al farmacodependiente.

⁴⁴ Se establece como probabilidad, ya que como se dijo con antelación, la Corte no estableció responsabilidades concretas para ninguna autoridad. Si bien dirigió un mensaje, todo lo enunciado en el asunto fue para resolver el juicio que, en principio, sólo afectaba al recurrente. Sin embargo, todas las reformas que se implementaron (incluidas las reformas del art. 199 impugnado), se dirigieron a tratar a la farmacodependencia como enfermedad y no como delito, tal como lo había declarado la Corte.

Otra modificación que vino con las reformas aludidas es la del artículo 193 bis de la Ley General de Salud, el cual establece que si una persona es reportada por más de tres veces al Ministerio público por portación de drogas para la satisfacción de su enfermedad, tendrá un tratamiento obligatorio. Esta es una política pública en materia de salud que requiere de la actuación de todas las autoridades estatales. Por ejemplo, el Gobierno Federal, desde entonces, ha desarrollado diversos programas en los que enfatiza que el farmacodependiente no es un delincuente, sino un enfermo al que debe darse un tratamiento especial.

Además, el Consejo Nacional contra las Adicciones CONADIC (Oficina técnica dependiente del Poder Ejecutivo) ha elaborado y promocionado en diversos medios de comunicación líneas de apoyo emocional en materia de farmacodependencia y ofrece información sobre las instituciones públicas, privadas y sociales en materia de prevención, capacitación y tratamiento de adicciones; también ha promovido ayuda profesional en materia de salud a través de consultas externas, de urgencia, de hospitalización y de internamiento.

En última instancia, en aras de garantizar el derecho a la salud de las personas farmacodependientes, en vez de estigmatizarlas penalmente, el mensaje de la Corte apuntaló a un trabajo coordinado entre los poderes del Estado, al punto de que el Legislativo estableció la colaboración del poder judicial a fin de que cuando una persona adicta a las drogas sea parte de un proceso penal, se canalice de inmediato a las instituciones sanitarias para su tratamiento; y, al mismo tiempo, el Ejecutivo implementó los mecanismos de prevención, difusión y oficinas técnicas para el tratamiento y la rehabilitación de enfermos.

A nuestro juicio, este trabajo coordinado entre todos los poderes del Estado constituyó el primer paso que había de darse como una solución preventiva en materia de farmacodependencia. Esto constituye también un avance en el propósito de cambiar la manera de garantizar el derecho a la salud y evitar medidas reparadoras extremas como aconteció en Colombia cuando el problema de desplazamiento forzado rebasó los alcances del propio Estado. No olvidemos que el consumo de drogas es uno entre los múltiples problemas que suscita el narcotráfico y es urgente poner atención y generar las medidas necesarias para su deceso. En este sentido, es viable atender las narrativas que presenta la Suprema Corte y encontrar en el ADR 1492/2007 caminos alternativos y coordinados de solución a los problemas públicos que impactan directamente en los derechos fundamentales de las personas.

El Informe mundial sobre las drogas 2015 ilustra un panorama alarmante: ⁴⁵ más de uno de cada 10 consumidores de drogas sufre trastornos de salud de algún tipo; solamente uno de cada seis consumidores de drogas en el mundo tiene acceso a tratamiento dado que en muchos países hay un déficit (económico) considerable en la prestación de servicios. El número anual de muertes relacionadas con el consumo de drogas se estima en 187 100. Únicamente 0.7% de la población adulta del mundo (32,4 millones de personas) son consumidores de opiáceos y opioides como la heroína. En el mundo, el país con mayor población consumidora de drogas es Estados Unidos de América y quizá, en términos económicos, este inmenso mercado es la causa económica inicial para que en América Latina, México y Colombia sean los principales países en el suministro de drogas.⁴⁶

⁴⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Informe mundial sobre las drogas 2015.

⁴⁶ Cfr., CONTRERAS VELASCO, Óscar, *La evolución del narcotráfico en México*, Latin American Network Information Center, The University of Texas, Texas, 2015.

Detrás de este panorama se esconden innumerables violaciones de los derechos humanos. En la actualidad, es una obligación para todas las autoridades del Estado mexicano, incluida la Suprema Corte, reparar dichas violaciones, por lo que su incidencia en las políticas públicas se torna oportuna.

6. CONCLUSIONES

¿Para qué y cómo intervienen las Cortes Constitucionales en las políticas públicas? El para qué, desde el punto de vista jurídico, consiste en dar una coherencia de validez a las normas que integran un sistema normativo.⁴⁷ La Constitución y el principio de supremacía constitucional son el fundamento y el límite que tienen las Cortes en su incidencia en las PP.⁴⁸ Ello implica, indefectiblemente, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas que se ven afectadas por causa de problemas públicos.

Dicha protección normativa se complementa con razones fácticas: las Cortes Constitucionales intervienen en las políticas públicas para encontrar remedios a las contradicciones o las ineficacias existentes entre los preceptos constitucionales y las políticas públicas estatales. Por lo regular existen las herramientas jurídicas de protección de derechos, pero no hay una infraestructura que los haga efectivos. La intervención de las Cortes Constitucionales ayuda también a que la ausencia de PP no continúe afectando a las personas en sus derechos básicos.

⁴⁷ LOMBARDI, Giorgio, "Estudio preliminar", en KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie (trad.), Tecnos, Madrid, 2009, p. lvi.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 1987, p. 95.

La manera en cómo las Cortes Constitucionales intervienen en las PP está relacionada con la forma en que aquellas vinculan a los poderes estatales para garantizar los derechos. En el caso de la Corte de Colombia se realizó con la declaración de un estado de cosas inconstitucional en el que se adjudicó a las autoridades estatales responsabilidades, plazos y medidas específicas para que implementaran las políticas públicas que se requerían. En México, la Corte intervino en las PP a través de la interpretación de los derechos a salud y a la igualdad en relación con un precepto legal contrario al sentido de la propia ley que lo contenía. La Corte, sin adjudicar responsabilidades de ningún tipo a los poderes públicos, modificó con su sentencia la manera de tratar a las personas farmacodependientes y los demás poderes estatales estuvieron receptivos a ello.

En ambas resoluciones, las Cortes Constitucionales incidieron en la estructura de las PP a partir la narrativa establecida en sus decisiones. Esto condujo a un trabajo de coordinación dentro de los poderes estatales y de dichos poderes con la sociedad. Ya hace algunas décadas Robert Dahl apuntó que no era la intención de las Cortes Constitucionales bloquear las políticas públicas de la mayoría gobernante, sino coadyuvar en la construcción de un Estado democrático.

En las sentencias analizadas hemos constatado esta impresión de Dahl: existe un vínculo entre el derecho y la política. Recordemos que las PP son un curso de acción que se sigue de manera colectiva con diversos tomadores de decisiones. Si en el transcurso de aplicación de las PP se observan fallas o cuestiones que pueden agravar un problema en vez de solucionarlo, provocando la violación de los derechos de las personas, es importante que las Cortes Constitucionales fomenten los parámetros a partir de los cuales surja la coordinación entre poderes estatales para solucionar una problemática social: ¿a qué estaría condenada la sociedad si ningún

poder estatal habilita los mecanismos a partir de los cuales el derecho se pone en práctica?

Las declaraciones de derechos establecidas en la Constitución o diversos instrumentos jurídicos sujetos a la interpretación judicial requieren, necesariamente, de una legitimidad social y ésta resulta imposible si las normas jurídicas son ineficaces. Los Jueces constitucionales tienen la tarea de aterrizar y procurar materializar esas declaraciones de derechos en la realidad social, "por encima de la batalla política; y con base en los principios y reglas sobre los cuales *no se vota*".⁴⁹ Las Cortes Constitucionales pueden hacer política a nivel nacional; su discrecionalidad, entonces, no es diferente a aquella de un poderoso legislador en el Congreso, que no puede, en general, anular las políticas básicas sobre las cuales existe un acuerdo sustancial entre el resto de los líderes dominantes, pero frecuentemente puede, dentro de estos límites, determinar cuestiones como el manejo de los tiempos, la efectividad y el cumplimiento de esa política pública".⁵⁰

Las Cortes Constitucionales analizadas vincularon los instrumentos jurídicos con la garantía de los derechos, mayoritariamente, los de índole social (vivienda, salud, educación, etcétera). Esto tiene sentido si consideramos que las PP pretenden resolver los problemas públicos que impactan directamente a la sociedad.

La garantía de los derechos vuelve a caer en el debate de la (i)legitimidad de las Cortes Constitucionales para intervenir en el plano social, pero sobre todo, en el ámbito económico. Dichos derechos representan costes presupuestarios muy altos

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos*, op. cit., p. 29.

⁵⁰ BADINTER, R. y BREYER, S., op. cit., p. 35.

para el Estado. Son los poderes políticos quienes tienen, a través de debates democráticos, la potestad para decidir sobre el presupuesto y su distribución. Estos argumentos no hacen más que evidenciar la clara distinción entre los derechos que tienen una garantía más reforzada y otros, en virtud de los presupuestos.

Desde nuestro punto de vista, los derechos no son independientes de sus costos, al contrario, este binomio va de la mano y "no distingue si los derechos son civiles o sociales, positivos o negativos para su efectividad, sino que los derechos, y su garantía dependen de la economía para su realización".⁵¹ Para Holmes y Sunstein, los costos son todos "los incluidos en el presupuesto" y los derechos son "intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos, usando instrumentos de gobierno para asumir los costos",⁵² y las Cortes Constitucionales no pueden quedar fuera de esta labor.

En el caso colombiano hablamos de un Estado social de derecho establecido desde la norma suprema. La Corte de Colombia tiene una labor imprescindible en la garantía de todos los derechos, y los derechos sociales no son una excepción. Pero para la Suprema Corte de México tampoco lo son, especialmente a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Pretender que el cumplimiento de los derechos en general y los derechos sociales en particular esté a cargo solamente de los poderes políticos, es desconocer que la garantía de todos los derechos tiene un costo económico.

⁵¹ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, Nueva York-Londres, 2000, pp. 34-40.

⁵² *Ídem*.

¿Se cuenta con los recursos económicos para la garantía de los derechos en sociedades como la colombiana y la mexicana? Si esto no es así, ¿para qué establecer textos constitucionales pleróticos de derechos si su implementación es completamente azarosa por su dependencia del gasto público? Si el número de derechos contenidos en los textos normativos supera el número de acciones para hacer efectivos sus propios contenidos, ¿podría decirse que los derechos fundamentales se están convirtiendo en un discurso demagógico de los poderes políticos para la consecución de votos? ¿Qué sucede cuando el discurso se materializa en el plano constitucional? ¿Las Cortes Constitucionales pueden caer en el discurso de la garantía de los derechos a sabiendas de la imposibilidad presupuestaria para ello, a fin de participar en un juego de poder con los demás poderes estatales? O ¿es su propia función de garantes de la Constitución lo que las involucra en esta labor? ¿Hasta qué grado las Cortes pueden intervenir en la garantía de los derechos si no existen los presupuestos que se requieren? A manera de ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia podría llegar a elevar todos los problemas sociales de aquel país a un "estado de cosas inconstitucional" y, de esa manera, todas las autoridades, incluida la Corte, quedarían completamente rebasadas a la hora de garantizar los derechos: nadie podría absorber los costes de todo ello.

Si radicalizamos el panorama, ¿qué sucede cuando los problemas públicos rebasan cualquier acción y envuelven con ellos a los encargados de las instituciones que deben solucionarlos? Por ejemplo, en el tema del narcotráfico, del cual derivan en gran medida las problemáticas de las sentencias analizadas, existen diversas autoridades involucradas en él a través de la corrupción. Todo tipo de autoridades de todos los niveles pueden caer en este lamentable escenario. Si estas cuestiones son una realidad, entonces ¿cuál es y a qué se reduce la garantía de los derechos fundamentales?

A pesar del caótico panorama que pueda resultar de tales interrogantes, con base en las sentencias analizadas nos parece que las Cortes Constitucionales pueden alentar diálogos institucionales con las autoridades y así propiciar mecanismos que resuelvan los problemas que afectan directamente a las personas.

El ejercicio jurídico expresado en esta investigación es una muestra de los aportes que otorgarán los estudiosos de la teoría constitucional en su búsqueda de nuevas formas de convivencia entre el derecho y la política, mecanismos que evolucionan día con día. Todavía no es posible conocer hasta dónde nos llevarán como seres sociales los preceptos previstos en los derechos fundamentales de nuestras Constituciones; lo cierto es que dentro de sus contenidos, atesoramos protecciones normativas que harán que la convivencia social sea más pacífica y, por ende, menos propensa a tener problemáticas públicas. Dentro del infatigable camino democrático, toca a las Cortes Constitucionales hacer aportaciones en este sentido.

7. REFERENCIAS

- ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Jueces y ponderación argumentativa*, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, UNAM, México, 2006, pp. 1-12.
- ARAGÓN R., Manuel y J. GÓMEZ M., Ángel (coords.), *El Gobierno. Problemas Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BADINTER, Robert y BREYER, Stephen, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York University Press, Nueva York, 2004.
- BAIRD, A. Vanessa, *Answering the Call of the Court*, University of Virginia Press, Charlottesville-Londres, 2007.

- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, Indianápolis, 1962.
- CANO BLANDON, Luisa Fernanda, "La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Papel Político*, vol. 19, núm. 2, julio-diciembre 2014, pp. 435-458.
- CLAYTON, Cornell W., "The Supreme Court and political jurisprudence. New and Old Institutionalism", en CORNELL W. Clayton y HOWARD, Gillman (eds.), *The Supreme Court Decision-making. New Institutional Approaches*, University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 15-42.
- CONTRERAS Velasco, Óscar, *La evolución del narcotráfico en México*. Latin American Network Information Center, The University of Texas, Texas, 2015.
- COSSÍO Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002.
- _____, "La teoría constitucional en México", en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2002, pp. 439-472.
- CHABAT, Jorge, "Narcotráfico y estado: El discreto encanto de la corrupción", *Letras libres*, año 7, núm. 81, 2005, pp. 14-19.
- DAHL, Robert, "Decision Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy Maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, núm. 279, 1957, pp. 280-295.
- FERRERES Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- _____, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 12-41.

- FISS, Owen, "Las formas de la justicia", *El derecho como razón pública*, Esteban Restrepo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 21-76.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 1987.
- GAVIRIA, Alejandro "Rendimientos crecientes y la evolución del crimen violento: el caso colombiano", en *Economía, Crimen y Conflicto*, MARTÍNEZ, Astrid (comp.). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 157-184.
- _____, y MEJÍA, Daniel, *Políticas Antidrogas en Colombia. Éxitos, fracasos y extravíos*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2011.
- HATHAWAY, James C., *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto, 1991.
- HENDERSON, James, *Cuando Colombia se desangró. Un estudio de la violencia en metrópoli y provincia*, Áncora Editores, Bogotá, 1984.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, Nueva York-Londres, 2000.
- KELLNER, Tomas y PIPITONE, Francesco, "Inside Mexico's Drug War", *World Policy Journal*, MIT Press, Boston, 2010.
- LANGFORD, Malcom, "Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales. Un análisis socio-jurídico", *Revista internacional de derechos humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009, pp. 99-133.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LOMBARDI, Giorgio, "Estudio preliminar", en KELSEN, Hans y SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad., Manuel SÁNCHEZ Sarto y Roberto J. BRIE, Tecnos, Madrid, 2009.
- LOESCHER, Gil y MONAHAN, Laila (eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.

- MERINO, Mauricio, "La importancia de la ética en el análisis de la políticas públicas", en MERINO, Mauricio y CEDUJO, Guillermo M. (comps.), *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*, FCE-CIDE, México, 2010, pp. 10-35.
- NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, FCE, México, 1994.
- OACNUDH, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, México, 2010.
- PAGE, Edward C., *The Origins of Policy*, The Oxford Handbook of Public Policy, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- ROCHA GARCÍA, Ricardo, *La riqueza del narcotráfico y la desigualdad en Colombia: 1976-2012*, Documento 417, Dirección de Estudios Económicos, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- ROE, Emery, *Narrative Policy Analysis. Theory and Practice*, Duke University Press, Durham-Londres, 1994.
- SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales", *Diálogo Político*, Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., año XXVII, núm. 4, diciembre 2010, pp. 13-32. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26351.pdf>.

- SÁNCHEZ M., Beatriz, "Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado", *Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, vol. 35, 2009, pp. 11-32.
- SARAVIA, Jakeline y RODRÍGUEZ F., Andrea, "Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2015, pp. 121-134.
- SERRANO, Mónica, "El problema del Narcotráfico en México. Una perspectiva Latinoamericana," en VEGA, Gustavo y TORRES, Blanca (coords.), *Los grandes problemas de México XII: Relaciones Internacionales*, El Colegio de México, México, 2010, pp. 177-204.
- SUBIRATS, Joan, *et al.*, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Manuel Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2008.

Sentencias

Sentencia ADR 1492/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Sentencia T-025-04, Corte Constitucional de Colombia.

LA INCIDENCIA DEL LLAMADO *SOFT LAW* O DERECHO BLANDO EN LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL*

Diego Andrés Zambrano Pérez**

Resumen

El presente artículo aborda el surgimiento de nuevas fuentes del Derecho en un contexto globalizado en el que las sociedades contemporáneas evolucionan vertiginosamente, y frente a las cuales el aparato estatal afronta retos complejos, produciéndose toda clase de manifestaciones de difícil conceptualización desde la óptica jurídica. Como ejemplo de esto, se encuentra el *soft law* o derecho blando, expresión anglosajona que suele utilizarse para identificar una serie de actos e instrumentos que, no obstante carecer en principio de clara fuerza vinculante, terminan insertándose dentro de la jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos internos con una gran vocación reguladora o, cuando menos, irrumpiendo en el alcance de los parámetros aplicables a la hermenéutica de las relaciones entre los Estados, los derechos constitucionales y los tratados

* El presente texto surge como consecuencia de una investigación realizada en el marco del estudio de la cátedra impartida por el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo denominada "*Perspectivas actuales del Derecho público*", asignatura del máster oficial universitario en derecho público en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

** Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magíster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, con especialización en Derecho Público, Ciencia y Sociología Políticas de la Universidad Externado de Colombia y diplomaturas internacionales de especialización en Derechos Sociales, Políticas Públicas y Gestión Global Humanitaria del Instituto Internacional Henry Dunant de Santiago de Chile y en Defensa Internacional de los Derechos Humanos del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Correo electrónico: d7_andres@hotmail.com.

internacionales de derechos humanos. Esto último, a partir de una perspectiva pragmática reflejada en un breve repaso al desarrollo jurisprudencial que ha sido ofrecido al tema de la caracterización de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de la Corte Constitucional colombiana.

Palabras Clave: *soft law* o derecho blando, derecho duro, nuevas fuentes del derecho, fuerza vinculante, jurisdicción constitucional, Juez constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

Una perspectiva novedosa desde la que puede acometerse el estudio del Derecho público hoy en día, bien puede ser aquella a través de la cual se efectúa toda una serie de aproximaciones metodológicas vinculadas con el surgimiento de nuevas fuentes normativas en los ordenamientos públicos y privados, en donde adquiere particular importancia no ya solamente la influencia creciente de los fenómenos de *regulación* y de *autorregulación*, sino también el efecto expansivo del denominado *soft law*,¹ concepto éste, si se quiere, genérico y ambiguo para referirse a todos aquellos actos o instrumentos que si bien no están dotados, *prima facie*, de un verdadero carácter vinculante, en la realidad práctica terminan incorporándose de una u otra forma en el sistema de fuentes tradicional con serias repercusiones en los terrenos de la hermenéutica.

Sin duda alguna, los nuevos arreglos de la gobernanza han transformado el paradigma que traía consigo la ciencia de la administración pública para lograr acuerdos estratégicos y estructurar herramientas reguladoras, inclusive, entre ac-

¹ En el artículo se mantendrá la expresión en inglés *soft law*, teniendo en cuenta su extendida utilización por parte de autores de habla hispana.

tores no estatales, los cuales no tienen capacidad alguna para crear normas y obligaciones de tipo jurídico que promuevan una determinada práctica en una dirección específica. La cuestión no es de poca monta. Conviene reconocer que el aparato estatal ha tenido múltiples obstáculos para adaptarse a los tiempos actuales, lo que, sumado a la incapacidad del legislador para reconocer las realidades fácticas imperantes y de los tribunales para resolver casos difíciles, ha derivado en la búsqueda de interesantes fórmulas de solución mediante novedosos instrumentos con vocación reguladora. Surgen así nuevas figuras por entero extrañas a los andamiajes habituales del sistema de fuentes, pero con la gran virtualidad de ajustarse a los contextos sociales y a la acelerada actividad de la administración que se ve enfrentada, las más de las veces, a escenarios de flexibilización en los procedimientos de elaboración de las normas, negociaciones que involucran a actores públicos y privados, la impericia del conocimiento técnico o especializado, entornos en donde se exploran estrategias más democráticas de adopción de decisiones y de participación de la sociedad civil; o, simplemente, estas nuevas figuras como *soft law* se enfrentan al desafío de depositar responsabilidades en otros ámbitos e instancias.²

Como lo podrá anticipar el lector avezado, el derecho se dice *blando* porque no reúne las suficientes condiciones para configurarse, en estricto sentido, como un derecho duro o *hard law*, esto es, con un carácter obligatorio que posibilite el poder de reacción del ordenamiento ante el evento de ser incumplido. Ha de señalarse que no podría tenerse tampoco como parámetro de validez de las normas ni sería justificable su refutación, así como tampoco contaría con sanción aquél que desconozca sus contornos.

² SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos vinculantes de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 27.

Sin embargo, es cierto que el nivel de aceptación y de cumplimiento de ese tipo de instrumentos parece corresponderse con el estimado para las normas *hard law*, con lo cual, hasta los Tribunales se han orientado por atribuirle efectos en el mundo del Derecho.³ De esta suerte son las resoluciones, directrices, cartas de servicios, circulares, instrucciones, códigos de conducta, protocolos de actuación, normas técnicas y toda una serie adicional de documentos cuyos alcances y efectos no son claramente comprensibles, pero que se evidencian en cuanto permiten llenar de contenido una disposición legal o reglamentaria, condicionar la aplicación de otras normas, anticiparse a la aplicación misma del Derecho y hasta servir de elemento de juicio o de interpretación, aun cuando se nos indique que ello sólo es plausible en un escenario puramente normativo. Dicho en otras palabras, se trata de normas que no tienen el ropaje de normas, sin que por tal razón se concluya que su existencia no apareja ciertos efectos jurídicos.

Al tiempo que la configuración dogmática del *soft law* puede plantearse en el marco del Derecho internacional general, tomando como base las organizaciones transnacionales y la abundante creación de normas jurídicas para regular el derecho de gentes⁴ y las relaciones comerciales entre los Estados, también puede decirse que se abre paso en el Derecho administrativo por vía de las manifestaciones dentro y fuera de la administración para la prestación efectiva de servicios públicos y la satisfacción del interés general. No obstante, no son estos escenarios los que habrán de ser profundizados. La curiosidad por abordar más a fondo las especificidades del *soft law* alientan su estudio desde un segmento del ordenamiento que, a primera vista, parece no tener relación alguna de conexidad con los asuntos previamente distinguidos: *la justicia constitucional*.

³ *Ibíd.*, pp. 32-63.

⁴ BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 257

Para nadie es un secreto que la transformación más importante de esa faceta del Derecho en la segunda mitad del siglo XX, en América Latina y Europa continental, fue la conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica. De hecho, a partir de esa importante transformación los distintos órdenes jurídicos han delineado mecanismos eficaces para asegurar que sean sometidos tanto los poderes públicos como los privados a los Textos Superiores y, por esa vía, al respeto de los derechos fundamentales.⁵ De ahí que la expresión *constitucionalización del derecho* sea comúnmente usada para caracterizar, de algún modo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiese una Constitución dotada de supremacía y en el que sus normas irradian, material y axiológicamente, todo el sistema jurídico.

Precisamente, esa fuerza normativa expansiva de la que se habla, ha dado vía libre a la incorporación de disposiciones normativas y principios de derecho blando que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de constitucionalidad, independientemente de que dicho control sea abstracto o concreto, para garantizar la protección de un determinado derecho.

Lo que pretende demostrarse en el presente artículo de reflexión es que los documentos que hacen parte del *soft law* o derecho blando han ido adquiriendo paulatinamente un valor tan significativo en el ámbito del sistema de fuentes, que no sólo han ido más allá del mundo propio del derecho internacional o el derecho comercial, sino que, a su vez, han logrado posicionarse como un referente cardinal en las actividades cotidianas de los Jueces, incluidos, por supuesto, aquellos encargados de la guarda y supremacía de la Constitución Política al momento de

⁵ WÖHRMANN, Gotthard, "The Federal Constitutional Court. An Introduction", recurso en línea: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/inbverfg.htm>. [artículo publicado originalmente en BORN, Sigrid (ed.), *Law on the Federal Constitutional Court*, trad. Martin Fry, Inter Nations, s.l., 1996].

fundamentar sus decisiones. Cuestión que, valga apuntar, ha permanecido invisibilizada en el panorama académico contemporáneo.

Con miras, entonces, a desarrollar el propósito enunciado, el objeto de estudio será la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional colombiana, pues ella permitirá demostrar que los instrumentos *soft law* son una categoría emergente en el sistema de fuentes y que su aplicabilidad encuentra una notable incidencia en la resolución de los asuntos que son de su competencia. Bajo esa lógica, entonces, han de cumplirse dos objetivos. El primero es dar cuenta de la aparición de la figura del *soft law* en ámbitos ajenos al derecho internacional o comercial, cuyas aproximaciones críticas son nulas o apenas incipientes. El segundo, por su parte, ha de ilustrar, desde una perspectiva pragmática, que los operadores jurídicos se encuentran enfrentados a retos hermenéuticos en sede de la administración de justicia en los que, muchas veces, se relacionan instrumentos de derecho blando o *soft law* a los que deben acudir para resolver un caso concreto o mejorar el estándar de protección allí dispuesto, muy a pesar de que se ponga en tela de juicio el carácter vinculante de aquellos en el universo de las fuentes emergentes y su efectiva aplicación en los ordenamientos jurídicos.

Para cumplir con el plan trazado, se ha estructurado este escrito en varios apartados. En el primero de ellos se propone una aproximación teórica de lo que puede entenderse por *soft law*. Se recogen algunos antecedentes sobre su concepto, la naturaleza de la figura, su posicionamiento en el sistema de fuentes y se exhiben algunas de sus principales diferencias con el *hard law*. En el segundo apartado se identifican algunas de las razones por las cuales el *soft law* ha empezado a irrumpir en el discurso del derecho en general y en el ámbito de lo constitucional, en particular.

En tercer y último lugar, se demostrarán las herramientas hermenéuticas que ha empleado la Corte Constitucional colombiana para la solución de determinados casos en los que se incorporan actos o instrumentos de *soft law*, todos los cuales serán ilustrados mediante la elaboración de una breve y concreta línea jurisprudencial que explore los campos de uso y aplicación de este tipo de documentos de derecho blando y enuncie algunas de sus potencialidades en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos y en la vigencia de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico local.

2. APROXIMACIONES AL TÉRMINO *SOFT LAW*

Las auténticas problemáticas de raigambre jurídico jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes o en las decisiones de los Jueces, expresaba con gran acierto Gustavo Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil*, en la que además dejaba por sentado que para arribar a una solución específica, había que indagar, según su criterio, en lo que no aparecía expreso. Lo anterior, entre otras razones, para explicar que la noción básica que teníamos sobre el derecho del Estado, hoy por hoy, no puede reconocerse como una realidad política operante, pues desde hace varios lustros han venido actuando vigorosamente otra clase de influencias, tales como la formación de polos de poder alternos; y, semejantes al andamiaje estatal que maniobran igualmente en sus campos de atracción y que llegan a superarlo en sus márgenes territoriales: la paulatina institucionalización supranacional y la potestad en cabeza de los individuos para la justiciabilidad de sus derechos, los cuales pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.⁶

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 9-17.

De esa manera, no podría insinuarse de manera radical una erosión del Derecho público, pero sí, por lo menos, que se han retraído la mayoría de sus elementos, en la medida en que en la actualidad no se perciben como algo de lo que se predique univocidad y consistencia. No en vano, una de sus actuales notas características es la *pérdida de su posición central*⁷ que le compromete a enfrentarse a un pluralismo creciente que exige propuestas y consensos verificables y ciertamente posibles.

Esa indiscutible ductilidad que se demanda, bien podría aplicarse al caso del *soft law*, figura que se explica en la actualidad a partir de la necesaria búsqueda de acuerdos entre sujetos estatales y supraestatales, y de la superación de insuficiencias y limitaciones del Estado contemporáneo mediante la adopción de una inmensa variedad de manifestaciones normativas que, ha de agregarse, campean en los universos jurídicos que envuelve a su paso. Lleva razón Daniel Sarmiento cuando previene en "La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*"⁸ sobre la atomización del aparato estatal, que no es otra cosa que el justo reconocimiento a la existencia de organizaciones supranacionales de integración y de escalones regionales y locales de decisión que también han asumido un evidente protagonismo, incluso en modelos de gobierno que amparan la centralización del poder político. Cuestión ésta que, sin duda, transforma la estructura territorial e institucional del Estado y, por consiguiente, desdibuja el papel que distingue al derecho "forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios".⁹

⁷ RUFFILLI, Roberto. "Crisi dello Stato e storiografia contemporanea", *Istituzioni Società Stato II, Nasita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, Il Mulino, Bolonia, (1979) 1990, pp. 213 y ss.

⁸ SARMIENTO, Daniel, "La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>.

⁹ *Ibid.*

En las anotadas circunstancias, cabría puntualizar que, de alguna manera, el principio de legalidad sufre una marcada flexibilización. En últimas, se trata de una insubordinación protagonizada por una fuente emergente, que descuella por su falta de normatividad y desapego a la rigidez propia de la ley.

2.1. La expresión, sus antecedentes y su aplicación en los ámbitos público y privado

Aquellos actos que carecen de carácter obligatorio y cuyo incumplimiento no puede ser exigido por las autoridades, se conocen como *soft law*. Se trata, pues, de prácticas que no han emanado de las fuentes tradicionales del derecho, quedando, en principio, fuera del ámbito de lo jurídico.¹⁰ En otras palabras, se trata de una cuasi-legalidad que no tiene vinculatoriedad y cuya fuerza de enlace es mucho más débil que la de la ley ordinaria.

En líneas generales, la doctrina revisada sobre el tema converge en el sentido de reconocer que la expresión *soft law* se remonta a la denominada *lex imperfecta* que en el curso del sistema jurídico romano, por contrapeso a las *leges rogatae*, identificaba aquellos instrumentos que carecían de la *sanctio*, que era la determinación de las consecuencias por la violación de la ley, pese a que contaban con *praescriptio*, esto es, iniciativa de Magistrado y aprobación por parte de la asamblea comicial, y *la rogati*, que correspondía al contenido de la norma.¹¹

¹⁰ TORO HUERTA, Mauricio Iván del., "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549.

¹¹ SARMIENTO, D., *op. cit.*, p. 75.

Es aceptado comúnmente anotar como punto de partida que el término fue acuñado por Lord Mcnair,¹² en su intento por establecer distinciones entre lo que era entendido por interpretación del derecho vigente y la modificación del derecho vigente, en donde la referida locución se empleaba para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos cuya legitimación y operatividad devenía de su aplicación por vía judicial. Sin embargo, en la actualidad, la forma en que se conoce al *soft law* proviene sobre todo de las corrientes del derecho internacional por virtud de los organismos supranacionales que, en su conjunto, representan junto al Estado, una de las instituciones más influyentes y ampliamente extendidas en el mundo.¹³ Sobre el particular, no existe duda alguna acerca de que las empresas se han convertido en agentes socialmente relevantes dado su papel de transformadores del desarrollo y agentes de una mayor integración e internacionalización de los mercados de bienes y servicios.

Ha sido esa importante apertura comercial la que ha puesto de relieve cómo los instrumentos normativos, utilizados por los distintos competidores de todas las latitudes, han experimentado transformaciones insospechadas. En este contexto es incomparable el ritmo de los negocios internacionales con aquel impuesto por el legislador, pues la actividad regulatoria de este último deviene limitada por su escasa capacidad de reacción ante las nuevas prácticas del mercado, ciertamente relevantes al ámbito jurídico.

Con razón entonces, que sea dable la preocupación generalizada por la articulación de respuestas ante las demandas de transparencia e independencia de

¹² MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.

¹³ CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel, *Transparencia y buen gobierno. Su regulación en España*, Madrid, La Ley, 2005.

quienes interactúan en dichos mercados. No sobra recordar, a manera de ejemplo, el movimiento de *corporate governance* que surgió precisamente como reacción a escándalos financieros y a distintos abusos en la retribución de los administradores, para intentar dar un giro radical en el rumbo de los sistemas de gobierno societario basado, no sólo en normas de imperativo cumplimiento, sino en valores éticos adoptados por las partes interesadas en la forma de reglas y principios, siguiendo recomendaciones voluntarias de códigos o manuales que, de una u otra manera, envuelven condiciones de vinculatoriedad y exigibilidad,¹⁴ al menos, por parte del mismo mercado en términos de credibilidad y reputación.¹⁵

Esto último, trajo a colación de nueva cuenta el tema de la importancia sobre que los ordenamientos jurídicos cuenten con normas e instrumentos adecuados para regular las diferentes entidades que actúan en los mercados financieros, tanto en el propósito de que conduzcan a la revisión y perfección del bagaje normativo construido sobre la materia, como en la búsqueda de una mayor confianza en las instituciones del sector. No se trata, pues, de una cuestión distinta a la pervivencia

¹⁴ Para ilustrar el tema en España, cabe resaltar los informes Olivencia, del 28 de febrero de 1998, el Informe Aldama del 8 de enero de 2003 y, finalmente, el Código Unificado de Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en 2006 y mejor conocido como "Código Conthe", todos los cuales incorporaron gran variedad de disposiciones de *soft law* con disímiles consecuencias, visto desde las perspectivas ontológica y empírica. En Colombia, por su parte, bien vale la pena traer a colación las guías ambientales, puesto que el Estado ya no impone sólo de manera unilateral una regulación dotada de fuerza vinculante para asegurar la realización de sus fines; también acuerda con los particulares destinatarios de dichas normas unos estándares de conducta de cumplimiento voluntario. Es el caso de la Resolución 1023 de 2005, expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el que establecen guías como instrumento de autogestión y regulación las guías ambientales son documentos técnicos *no vinculantes* de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades que se realicen, invocando el sentido de la responsabilidad social. Consultar, SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

¹⁵ HUTTON, Amy P., "The Determinants and Consequences of Managerial Earnings Guidance Prior to Regulation Fair Disclosure and Biasin Analysts", *Contemporary Accounting Research*, vol. 22, pp. 867-914. DOI: 10.1506/6QUR-CR5M-AQQX-KX1A; STICKEL, Scott E., "Reputation and Performance among Security Analysts", *The Journal of Finance*, vol. 47, núm. 5, diciembre de 1992, pp. 1811-1836. DOI: 10.1111/j.1540-6261.1992.tb04684.x.

entre regulación —*norma*— y autorregulación —*autonomía*— como modelos concurrentes y complementarios.¹⁶

Pero el auge y desarrollo del *soft law* en el Derecho internacional no se ha producido únicamente en el escenario de las actividades comerciales, sino que ha hundido sus raíces, por igual, en el ámbito de lo público.¹⁷ Recuérdese al efecto que, después de las guerras mundiales la comunidad internacional emprendió la tarea de articular una serie de procesos orientados a la redefinición de valores y preceptos dotados de carácter universal y susceptibles de protegerse por parte de los Estados, resultado de lo cual, el 10 de diciembre de 1948, se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹⁸

Así las cosas, comienzan a emerger paulatinamente una cantidad sustancial de instrumentos internacionales tales como declaraciones, pactos y convenios que, a la vez que han resultado útiles en la ampliación del catálogo de derechos humanos, han desarrollado paralelamente una serie de obligaciones de respeto y garantía de

¹⁶ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "¿Los Códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno?", *Revista el Sistema Financiero y el Gobierno Corporativo*, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, diciembre de 2012, pp. 25-28.

¹⁷ Pueden incluirse como motivos de la proliferación del *soft law* en el ámbito internacional, los siguientes: (i) el empoderamiento de organismos internacionales para adoptar normas de *hard law*; (ii) el temor del Estados hacia la adopción de normas *hard law* por su rigidez; (iii) el carácter pedagógico del *soft law* que induce a los Estados a participar en iniciativas reguladas por actos atípicos; (iv) la sofisticación y el desarrollo del derecho internacional; (v) la eficacia de los instrumentos atípicos al momento de definir consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento; (vi) la capacidad del *soft law* para integrar intereses y actores, y fomentar la participación de los sujetos afectados y, finalmente, (vii) el antiformalismo que rodea a la adopción del *soft law*, alejado de normas de votación, quórum, plazos. Véase, SHELTON, Dinah, *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International legal System*, Oxford, OUP, 2000, pp. 12 y 13.

¹⁸ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A de 10 de diciembre de 1948. Con todo, esto no significa que con anterioridad a la promulgación de este documento, no existieran textos elaborados por órganos internacionales encaminados a la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, desde 1919 fue creada la Organización Internacional del Trabajo (OIT), primer organismo especializado de las Naciones Unidas en fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales a través de la formulación de documentos como convenios y recomendaciones.

los Estados dentro de cada uno de los órdenes jurídicos internos, al punto de que se han llegado a estructurar mecanismos de exigibilidad judicial internacional.

2.2. Naturaleza, características y funciones atribuidas a la figura del *soft law*

Aun cuando interesa destacar el hecho de que la expresión *soft law*, también denominada derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, es bastante imprecisa, así como el papel que desempeña en el sistema de producción de normas, de la mayoría de las lecturas sobre su naturaleza emerge, espontáneamente, que se trata de una fuente alternativa con vocación de generar efectos jurídicos, carente, en principio, de coercitividad y desapegada, por entero, como ya se dijo, del principio de legalidad.¹⁹

¹⁹ Para algunos autores, el *soft law* es un derecho-programa con un sustrato ético formulado a través de principios y objetivos, y no por reglas detalladas y precisas (LACHS, Manfred, "The Threshold in Law-making", en BERNHARDT, Rudolf, et al. (eds.) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 493-501). Valencia Restrepo ubicará al *soft law* a medio camino entre la ética (es un deber moral) y la política legislativa; véase VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2003, p. 495. No obstante, la interacción entre tratados y determinadas configuraciones de *soft law* y la forma en como se han desarrollado en el ámbito de los derechos humanos han propiciado que algunos autores cuestionen acertadamente la pertinencia de considerar como *soft law* instrumentos no jurídicamente vinculantes, cuando justamente precisan el contenido del Derecho; véase MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40. Otros como Cesáreo Gutiérrez consideran que el *soft law* determina el "deber ser" de la norma jurídica: "...en el mundo de la justicia íntegra, pura, [y] radical"; véase GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*; Madrid, Trotta, 1995, p. 619. Asimismo, se considera como una técnica normativa favorable la unificación del Derecho que se genera en determinados foros de codificación internacional; véase, FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados, *La unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M. García Collantes, ed.), Civitas, Madrid, 1999, p. 162. La técnica jurídica en su fase descriptiva o propiamente técnica es: "...el conjunto de reglas que dirige la relación de la norma o "sistemas de reglas técnicas" que determinan la elaboración práctica del Derecho, siendo dicha fase denominada simplemente "técnica" (Delgado Ocando, citado Bernard, 1998: 123). Hay quienes consideran que el *soft law* es un derecho espontáneo, en tanto que nace o emerge de los usos y costumbres de los operadores jurídicos y comprende todo un conjunto de actos de variados tipos (guías jurídicas, leyes modelo, recomendaciones, resoluciones, entre otros), constituyendo un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el contexto internacional (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1991, p. 171). Se considera también ley imperfecta, pues son normas desprovistas de sanción o incoercibles que en algunos casos constituyen declaraciones de principios desprovistos de sanción y, debido a ello, no son normas jurídicas (BERNARD, Brigitte, *Manual de Introducción al Derecho*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. Delgado Ocando, Maracaibo, 1991).

Bernhardt considera que se trata de acuerdos no vinculantes que permanecen solamente en el ámbito de los compromisos políticos,²⁰ mientras que Alonso García les dota de plenos efectos jurídicos.²¹ Sin embargo, existe otra vertiente intermedia entre estas dos posturas que intenta identificar los instrumentos de *soft law* a partir de una serie de características específicas: (i) la formulación en términos no obligatorios conforme a procesos tradicionales de creación de derechos; (ii) términos vagos e imprecisos; (iii) que se trate de órganos que no tengan autoridad para dictar normas; (iv) que se trate de actores no estatales; (v) que los acuerdos se basen en una adhesión voluntaria y no existan mecanismos de exigibilidad.²² Desde una *perspectiva ontológica*, el *soft law* se caracteriza por contar con presupuestos taxativos de consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de sus objetivos.

En este sentido, tiene causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema formal de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, es ontológicamente un *mandato de optimización*, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en parte.²³

Con fundamento en una *perspectiva empírica*, cada acto o instrumento *soft* puede tener una estructura de *regla* o de *principio*. En la práctica existen instrumentos

²⁰ BERNHARDT, Rudolf, "Las fuentes del derecho comunitario: La Constitución de las Comunidades", en *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 84.

²¹ ALONSO GARCÍA, Ricardo, "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril, 2001.

²² CHINKIN, Christine, "Normative Development in the International Legal System" en SHELTON, D (ed). *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 30-31. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199270989.003.0002

²³ ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 86 y 87.

que se articulan como *reglas*, estableciendo un antecedente y un consecuente determinado, y otros simplemente con un consecuente indeterminado, que implica un mayor grado de compromiso de sus destinatarios, comprendiendo reglas o principios.

En suma, la tipología del *soft law* puede ser abordada desde diversos frentes, a pesar de que inicialmente se lo vincule con normas meramente programáticas formuladas a modo de principios. Podemos empezar a darnos cuenta de que su evolución ha permitido que algunos instrumentos del *soft law* alojen contenidos normativos específicos, acaparando mucho más atención y relevancia frente a los demás mecanismos jurídicos convencionales.

Incluso, también se ha llegado a calificar el *soft law* como fuente de derecho emergente,²⁴ por las nuevas formas de gestión administrativa que genera y las novedosas dinámicas de cooperación entre los poderes y sus ciudadanos que resultan de su aplicación. Por eso, en cuanto a las funciones que el *soft law* cumple en el sistema del derecho internacional pueden ser enunciadas las siguientes, a saber: a) como avance del *hard law*, b) como una alternativa al *hard law*, c) como complemento al *hard law*, y d) como un parámetro interpretativo del *hard law*.

2.3. Algunas diferencias entre el *hard law* y *soft law*

La discusión entre las opciones *hard law* y *soft law* no es reciente en el seno del Derecho internacional.²⁵ Cuando se alude al primero es para referirse a todas aquellas

²⁴ SARMIENTO, D., "La autoridad...", *art. cit.*

²⁵ Para efectos de estudiar las diferentes visiones en torno al significado mismo de las expresiones *hard law* y *soft law*, puede consultarse TRUBEK, David M., COTTRELL, Patrick y NANCE, Mark, "*Soft Law*", '*Hard Law*' and

normas o regulaciones con carácter obligatorio. En otros términos, se trata de un régimen cuya construcción, ejecución y vigencia recae directamente en la autoridad y el poder del Estado, por medio del control legítimo de sus medios de coerción.²⁶ Éste abarca desde obligaciones sustanciales y procedimentales, hasta dispositivos especiales y específicos para hacerlas cumplir a modo de sanciones legales o económicas.²⁷

Por su parte, Kenneth Abbott y Duncan Snidal²⁸ señalaron que las disposiciones de *hard law* tienen que contar, a lo sumo, con tres presupuestos: la precisión, la obligatoriedad y la delegación. Esto, comoquiera que una *dura lex* imponga gravámenes de contenido general que se articulen con un mayor grado de precisión al definir con más propiedad la conducta que prohíbe o que autoriza, y es susceptible de interpretarse y de hacerse cumplir por las autoridades competentes.

Por regla general, cuando se utiliza la expresión *hard law* es para designar tratados o acuerdos internacionales que estipulan obligaciones precisas para los Estados firmantes o los sujetos intervinientes. En el ámbito local, bien puede afirmarse que sirve para llamar la atención sobre el cumplimiento de las normas de Derecho positivo, en el que las prescripciones son claras y de obligatorio cumplimiento, y que además aparejan la posibilidad de sanción en el evento de su inobservancia. Por el contrario, la posición generalizada de la doctrina frente al *soft law* es consi-

European Integration. Toward a Theory of Hybridity", University of Wisconsin Legal Studies, documento de trabajo 1002, noviembre 2005. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.855447>.

²⁶ KIRTON, John J. y TREBILCOCK, Michel J., *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Globe Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2007, p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 177.

²⁸ ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, "Hard Law and Soft law in International Governance", *International Organization*, vol. 54, 2000, p. 421. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1402966>.

derarlo como un fenómeno con un carácter jurídicamente no vinculante, aunque por ello carente de cierta relevancia *iuris*.²⁹

Se describe al *soft law*, por ejemplo, dentro del campo de la gobernanza como un nuevo arreglo que cuenta con un determinado carácter normativo, es decir, que no posee rasgos de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, o autoridades que lo hagan cumplir. Son "meras reglas de conducta que en principio no tienen fuerza legal obligatoria pero que de todas formas pueden tener efecto prácticos".³⁰ Y a pesar de que no pueden ser aplicadas sanciones como consecuencia del incumplimiento de un instrumento *soft law*, la realidad práctica ha llegado a relativizar tal aserto, pues viene acentuándose el término *soft coerción* para demostrar, de alguna manera, que se cuenta con herramientas especiales para alcanzar un nivel aceptable de censura o reproche.³¹

3. ALGUNAS RAZONES SOBRE LA INCURSIÓN DEL *SOFT LAW* O DERECHO BLANDO EN EL DERECHO

El sociólogo Zygmunt Bauman³² se refiere a la globalización como un proceso vertiginoso que atraviesan las sociedades que ahora son forzosamente mutables y fluidas, pero sin identidad fija. Este autor llama la atención sobre el uso poco meditado del término, por lo cual trataré de caracterizarlo brevemente.

²⁹ TORO HUERTA, M., "El fenómeno del *soft law*...", *art. cit.*, p. 519.

³⁰ SNYDER, Francis, "The Effectiveness of EC Law", en DAINTITH, Terence (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom*, Wiley, Nueva York, 1995.

³¹ CALDERÓN CARRERO, Juan Manuel y CAAMANO ANIDO, Miguel Ángel. "Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?", *Civitas. Revista Española de derecho financiero*, núm. 114, 2002, pp. 245-288.

³² BAUMAN, Zygmunt, *La Cultura en el mundo de la modernidad líquida*, trad. Lilia Mosconi, FCE, Madrid, 2013, p. 33.

La globalización puede definirse como "un proceso complejo de intensificación, interrelación e interdependencia de las relaciones entre países, personas, economías, bienes y servicios, cuyo motor o eje es la economía y los avances tecnológicos y comunicacionales".³³ Proceso que, vale anotar, da lugar a la casi instantánea e intensa interrelación que permite hablar de la disolución de las fronteras espacio-temporales en un contexto global.

La globalización económica es la tendencia predominante que se caracteriza por la posibilidad de la apertura de mercados y finanzas, la deslocalización empresarial, el consumo y la producción mundial, así como la desregulación de la economía. Immanuel Wallerstein describe el proceso como el de una "economía mundo",³⁴ a efectos de subrayar el hecho de que la globalización como proceso propiamente dicho está sujeto a una tendencia económica en particular. Por vía de ejemplo, Ulrich Beck en su obra³⁵ deja entrever que la económica, es sólo una de las aristas del fenómeno descrito, categorizándolo como *globalismo* todo aquello que no tiene que ver con lo económico; la integración de éste con la *globalidad* resulta en la globalización en sentido amplio.

Como puede apreciarse, las múltiples significaciones que se le atribuyen a la globalización hacen de ella un concepto *multidimensional*³⁶ porque abarca un vasto y complejo conjunto de procesos relacionados entre sí, entre los que despuntan la autonomía adquirida por la economía en relación a la política; la emergencia de

³³ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp.187-219.

³⁴ WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía mundo europea en el siglo XVI, Siglo XXI*, Madrid, 1979.

³⁵ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 2001.

³⁶ CLARK, Ian, *Globalization and International Relations Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 35.

nuevas estructuras de decisión que operen en tiempo real y con alcance universal; las alteraciones producidas de las condiciones de competitividad de empresas y sectores; la desnacionalización de derechos y el surgimiento de estructuras político-económicas multipolares que suponen nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial.³⁷

Ha de ponerse de relieve que las complejas interdependencias que caracterizan al mundo contemporáneo no han sido superadas del todo en su conjunto. "Disminuido", "defectuoso" y "vacío" han sido algunos de los adjetivos con los que se ha calificado al Estado contemporáneo para hacer frente al proceso de globalización, mientras que el carácter cambiante de las relaciones económicas trasnacionales ha creado un nuevo y limitado contexto de acción estatal.³⁸

En íntimo enlace con lo anteriormente tratado, la ciencia jurídica, como disciplina académica que es, se ha encontrado envuelta en una permanente evolución de las formas en que se manifiesta. Particularmente, los temas que tienen que ver con los síntomas y rasgos de la globalización obligan a todos los juristas a abordar cuestiones trascendentes de la teoría jurídica desde otra perspectiva. Y es que los avances tecnológicos y la manera en que se llevan a cabo hoy en día las relaciones interpersonales, impulsan a que el Derecho se renueve constantemente porque "ya no es sólo el Estado quien tiene el monopolio de la creación de determinados sistemas legales, sino que ahora las nuevas prácticas sociales y el dinamismo de la sociedad"³⁹ se están convirtiendo en nuevos actores jurídicos en sí mismos.

³⁷ FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 49.

³⁸ STRANGE, Susan, "The Defective State", *Revista Daedalus*, vol. 124, 1995, pp. 56.

³⁹ CASSESE, Sabino, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, trad. Juan J. Gutiérrez Alonso, Sarmiento, Global Law Press, Sevilla, 2011.

En este sentido el "fenómeno de la globalización ha originado que el derecho deje de ser un concepto unitario y centralizado"⁴⁰ para ser lo que ahora, un espacio en el que la horizontalidad de las relaciones de todos sus actores permiten su constante transformación y adecuación a las realidades del presente siglo. Lleva razón el famoso concepto de Estado moderno de Ronald Dworkin que afirmaba que la ciencia y la teoría jurídica deben preocuparse por la construcción de nuevos conceptos de derecho que faciliten su aplicación de una manera más práctica, y no de una forma compleja, a todas las sociedades y todos los tiempos, haciendo de esta manera del Derecho una cuestión más pragmática, en últimas, porque "el derecho es un ente alerta que debería identificar los signos de los tiempos en los que influye".⁴¹

El influjo de los procesos de integración económica, y la combinación con el desarrollo de las tecnologías digitales, ha modificado no sólo al Estado sino también las formas de concebir y de crear el derecho, y el *soft law* es una expresión de la adaptación a este nuevo contexto global. Aun con la dinámica vertiginosa que vive el mundo hoy en día, no deja de ser particularmente llamativa la permanente evolución de las reglas que rigen las relaciones jurídicas derivadas de la interacción de un número cada vez mayor de agentes económicos; quienes, no obstante su nacionalidad, concurren a un entorno global que ofrece un amplio abanico de opciones negociales y que, sin duda, desborda los alcances de los mercados domésticos. Ello conduce a aceptar, por otro lado, que el tradicional sistema de fuentes kelseniano ha sido alterado por obra de la contracción sufrida por el poder público frente al sector privado y la dimensión económica de una realidad regida, en gran medida,

⁴⁰ SCHIERA, Pierangelo y CLAVERO, Bartolomé, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

⁴¹ DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. Ernest Weikert Garía, Paidós, Barcelona, 2008.

por empresas supranacionales, en cuyos ámbitos de acción proliferan normas privadas de carácter obligacional de dudosa naturaleza jurídica, que reclaman inmediatez y activismo para su adaptabilidad al nuevo entorno.

El *soft law* pasa así, de constituir meras normas programáticas, a adoptar la forma de marcos de referencia con contenidos normativos específicos, incluso más potentes que los derivados del propio *hard law*. Para ilustrar la discusión bien vale la pena dar cuenta de los panoramas público y privado. De una parte, han de tenerse en cuenta las resoluciones, en teoría, no vinculantes de organizaciones internacionales como una actividad normativa indirecta y con carácter simplemente exhortativo;⁴² que, en todo caso, se caracterizan por anticiparse al derecho y servir de marco interpretativo. De ello dan cuenta las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores", mejor conocidas como "*Reglas de Beijing*" (aprobadas mediante Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985), y las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" (aprobadas mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990), las cuales figuran en el ordenamiento jurídico colombiano como instrumentos valiosos para la codificación de las principales obligaciones internacionales de Colombia en la materia, de suerte que se consideran como parámetros de control de constitucionalidad de las disposiciones legales que versan sobre dicho tópico.

Han de resaltarse, por igual, todos aquellos instrumentos que ante lagunas normativas llenan de contenido una determinada prerrogativa. Es el caso, a nivel

⁴² Sentencias C-203 de 2005 y C-684 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana. Las *Reglas de Beijing* o "*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*" codifican, sistematizan y desarrollan estándares mínimos en la investigación y juzgamiento de personas menores de edad reconocidos en el Derecho internacional de los derechos humanos, los cuales deben ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la Ley penal.

regional, de las *Reglas de Heredia* que, aun siendo de *soft law*, fueron delineadas para enfrentar el vacío normativo y jurisprudencial que existía sobre la forma como los tribunales debían publicar su información en Internet cuando examinaran casos con información personal sensible. Su origen es fruto de la intención de un grupo de países y de autoridades judiciales para solucionar un problema que empezaba a avizorarse como complejo y que no tenía herramientas para saber hacia dónde orientarse.⁴³

Por otra parte, en el espectro de lo privado, cabe mencionar las soluciones de autorregulación que proponen los actores, sobre todo en el campo de la Responsabilidad Social Empresarial: se encuentran códigos de ética o documentos de principios y valores expedidos por organizaciones que representan los intereses de las empresas, como el de la Cámara de Comercio Internacional o, en muchas otras ocasiones, entidades que representan a los gobiernos, como la OECD, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que buscan articular estándares de conducta para el comercio internacional.⁴⁴

Sumado a lo anterior, debe agregarse el deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica. Entendiendo por generalidad

⁴³ Las *Reglas de Heredia* han alimentado el debate sobre la publicación de sentencias en Internet y son el punto de referencia de cómo se debe enfocar este tema. Tampoco han sido superadas, porque no ha surgido nada que las remplace ni han perdido vigencia. Al contrario, han sido convalidadas en diferentes países, como Argentina, con un conjunto de leyes llamadas de democratización de la justicia, en donde se reproduce la idea central de publicación anonimizada. Costa Rica ha empezado a operar el sitio web del Poder Judicial con base en estas reglas. México las ha aplicado a nivel de la Suprema Corte.

⁴⁴ Dentro de los instrumentos más relevantes de *soft law* que incorporan estándares y principios internacionales están: (i) el *Pacto Mundial* que tiene la función de promover el desarrollo sostenible y la responsabilidad social, (ii) *The Global Reporting Initiative* cuya meta es proporcionar elementos de soporte para la elaboración de memorias y directrices en materia de Responsabilidad Social Empresarial; (iii) los sistemas de certificación SA8000 e ISO14000 que dan constancia del cumplimiento de normas en materias de derechos humanos, de las directivas de la Organización Internacional del Trabajo, así como de convenciones de derechos.

la garantía de imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. Y por abstracción, la generalidad en el tiempo, consistente en prescripciones destinadas a valer indefinidamente, y fundamentada sobre la base de supuestos de hecho abstractos. Ambas notas características, al tiempo que respondían a la moderación del poder, la separación del mismo y a la igualdad ante la ley, también garantizaban la seguridad jurídica, la estabilidad del orden jurídico, la certeza y la previsibilidad del Derecho.

Hasta no hace mucho podíamos haber hablado de la concentración de la producción jurídica en un solo actor constitucional: el legislador, sino fuera por la que Zagrebelsky llama *pulverización del derecho legislativo*, originada en la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal al punto de desdibujarse su sentido regulatorio, consecuencia natural de la diversificación de los grupos sociales y estratos por virtud de la intensificación de la integración, el predominio de lo económico, el auge de las tecnologías y manifestaciones como el cosmopolitismo.⁴⁵

La multiplicidad de tratamientos normativos y la necesidad de adecuación, transformación, derogación y sustitución de los contenidos de los dispositivos legales a específicas realidades sociales, han derivado en un exacerbado pluralismo legislativo que conlleva el reconocimiento alucinante de valores, intereses y prerrogativas dispares y, en muchos casos, diametralmente opuestas entre sí. Tiene razón, pues, Zagrebelsky, al concluir sobre la ley que "ya no es una garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad".⁴⁶

⁴⁵ HELD, David, "La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita", trad. De S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p. 321.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 38.

Otro hecho indiscutible es la incapacidad del legislador para generar consensos en todos los ámbitos y niveles: "la complejidad de la realidad social, unida a la rapidez con la que acaecen los avances tecnológicos, han puesto a los parlamentos contra las cuerdas a la hora de adaptar las normas que rigen la convivencia a la complejidad del día a día".⁴⁷

Por otro lado, también es cierto que los avances tecnológicos establecieron una nueva era revolucionaria con paradigmas que han modificado la actuación de las empresas, los particulares y los poderes públicos,⁴⁸ tornando al legislador en una suerte de máquina normativa que regula como puede y acomete unos sucesos que luego no logra descifrar. Pero también es cierto que los gobiernos dificultan la tarea a través de la articulación de procedimientos y técnicas que intentan pasar por alto la función reguladora del legislador, y por ello es que se explican las denominadas leyes de delegación o de acompañamiento que logran imponer en circunstancias especiales en las que legislan excepcionalmente.

Dentro de las deficiencias que pueden sumarse al legislador se encuentra aquella que se refiere al proceso de elaboración de las normas; el que, por regla general, termina siendo excesivamente rígido y muy prolongado, dificultando las labores de interpretación seria y de redacción concreta de las medidas por implantar, que en muchas ocasiones desconocen gran parte de la realidad normada;⁴⁹ y, en otras tantas, consienten normas abiertas e indeterminadas, las cuales bien pueden abrir paso a instrumentos de *soft law* o de derecho blando. Y esto es así porque la in-

⁴⁷ SARMIENTO, D., *El Soft Law Administrativo*, op. cit., p. 33.

⁴⁸ VALLESPÍN OÑA, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 25.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas ediciones, Madrid, 1999, p. 77.

determinación no permite encuadrar ciertos parámetros de valor o de experiencia incorporados previamente al ordenamiento jurídico de forma razonable, dado que para la definición de sus contornos no existen referentes normativos precisos. Legislación que queda, entonces, a la deriva de la interpretación que de ella hagan los operadores jurídicos cuando quiera que la asuman como materia relevante para resolver los casos que se le presenten.

Y es que, tanto la maleabilidad, como la apertura y la indeterminación de las normas abren paso a una cierta discrecionalidad judicial que hace factible la adopción de toda clase de soluciones. De hecho, el fenómeno expansivo de la constitucionalización del derecho ha admitido la aplicación de principios y mandatos que constituyen auténticas novedades jurisprudenciales. Tendencia a la que se suma la aplicación de valores, que hace mucho más compleja la interpretación de textos legales.

En este escenario, tampoco resulta extraño que las actuaciones judiciales comiencen a ser objeto de censura debido a la falta de homogeneidad en los criterios aplicados y, si se quiere, a la innovación de soluciones a modo de respuestas a asuntos complejos por fuera del ordenamiento jurídico. De esa forma "nace una desconfianza generalizada hacia el poder judicial, un temor ante las actuaciones discrecionales de los tribunales, expresadas en fallos discutibles en los que un órgano judicial contradice abiertamente lo dispuesto por el legislador, o aprovecha las deficiencias técnicas de la norma para lograr el resultado que mejor se ajusta a su buen criterio".⁵⁰

⁵⁰ SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, op. cit., p. 41.

4. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE COLOMBIANA Y EL *SOFT LAW* EN LA RESOLUCIÓN DE ASUNTOS DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA Y CONCRETA

Una vez recogidos algunos de los elementos conceptuales que permiten identificar actos e instrumentos del *soft law*, pretendo mostrar a continuación que la Corte Constitucional colombiana los ha empleado en numerosas ocasiones, en el marco de sus competencias de control abstracto de constitucionalidad de leyes, al igual que en el ámbito del control concreto que realiza mediante la revisión de sentencias de tutela proferidas en virtud de la solicitud de amparo constitucional de derechos fundamentales amenazados o vulnerados.⁵¹ De esta manera, expondré algunos ejemplos destacados en los que dicha Corte ha empleado este tipo de instrumentos, con el fin de ilustrar el valor que les ha conferido. Ello dará cuenta sobre qué tipo de usos ha hecho el Tribunal Constitucional colombiano de los mismos, y permitirá establecer si se han presentado variaciones en la utilización de instrumentos de *soft law*.

Con el análisis de la jurisprudencia enunciada será posible dar respuesta a la cuestión relativa al carácter que dicho Tribunal ha otorgado a los documentos de *soft law*. Esto es, si se ha inclinado por reconocerle fuerza vinculante como una fuente de Derecho más, o si por el contrario, lo ha utilizado como un criterio o parámetro de interpretación que puede complementar la labor del operador jurídico. Así mismo, intentaré ilustrar cuál ha sido la orientación de las decisiones de esta Corte mediante la elaboración de una línea jurisprudencial que dé cuenta de la posición

⁵¹ La Corte Constitucional colombiana tiene dos competencias básicas. Una de ellas es de control abstracto de las leyes, el cual es ejercido por el impulso de las demandas ciudadanas o en aquellos casos en que la Constitución prescribe un control automático de constitucionalidad. La otra competencia es la que tiene para llevar a cabo la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por Jueces de instancia dentro de las acciones de tutela invocadas para el amparo de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. (C.P., artículo 241).

asumida en los casos de estudio y los cambios de jurisprudencia que se han producido en este tema.⁵²

4.1. La utilización de instrumentos de *soft law* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional colombiana se ha valido de instrumentos considerados como parte del *soft law* o derecho blando, tanto en la adopción de sentencias de control de constitucionalidad, como de revisión de tutelas. En seguida presento algunas de estas decisiones, para analizar y poder concluir sobre la actividad de este Tribunal en la materia objeto de estudio, esto es, que muestren si ese alto Tribunal se ha inclinado hacia una posición que propenda por conferir fuerza normativa vinculante a instrumentos de Derecho internacional público consideradas de *soft law*, o se ha inclinado más bien por tomarlos como fuentes auxiliares para contribuir a la identificación e interpretación de las fuentes principales. A partir del estudio de estos casos, me propongo mostrar los contenidos esenciales de las sentencias objeto de análisis, con la finalidad última de evidenciar la posición que ha asumido la Corte en cuanto al carácter de diversos instrumentos y documentos de *soft law*, y el papel que ha reconocido a éstos en el sistema de fuentes interno.

⁵² Esta metodología ha sido propuesta por Diego López y ampliamente utilizada en el análisis jurisprudencial en Colombia, particularmente en el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a fin de evaluar la orientación y los cambios de precedente que ha asumido dicho Tribunal en gran diversidad de temas. Así, se trata de una herramienta de análisis dinámico de precedentes que se materializa gráficamente, a partir de una pregunta o un problema jurídico bien definido y que muestra las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema, lo cual permite reconocer si existe o no un patrón de desarrollo decisional. La descripción detallada de la metodología y de su trasfondo teórico, se encuentra en LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los Jueces*. 2a. ed., Legis/Universidad de los Andes, Bogotá, 2006. Véase en esp. Cap. 5: "La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes", pp. 139-192.

Pues bien, una primera aproximación válida del tema puede encontrarse en la sentencia T-371 de 2001, donde la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso de un ciudadano víctima de desplazamiento forzado en el departamento del Chocó, por amenazas recibidas de parte de grupos paramilitares. El solicitante del amparo no había podido acceder al Registro Único Nacional de Población Desplazada, con su consecuente exclusión del Programa de Atención para la población desplazada por la violencia de la Red de Solidaridad Social. Por esta razón se encontraba en condición de total desamparo, sin ayuda humanitaria de alimentación, alojamiento, atención psicosocial, salud y educación.

Las razones esgrimidas por la entidad encargada de realizar su registro partían de considerar que éste no era procedente, puesto que el ciudadano afectado *i)* no aportó documentos nuevos; *ii)* sus declaraciones contenían información contradictoria; y *iii)* de conformidad con la Delegación de la Red de Solidaridad para el departamento del Chocó, los hechos presuntamente causantes del desplazamiento del peticionario, no habían tenido lugar. Con todo, la Corte concedió el amparo al accionante y ordenó a la Red de Solidaridad Social su inclusión en el Registro Único de Población Desplazada y la consecuente prestación de los beneficios derivados del registro. Para arribar a tal decisión, el Tribunal colombiano se basó en la definición de desplazamiento interno contenida en la propia jurisprudencia constitucional y la legislación interna, pero lo que es más importante en cuanto al objeto de la presente investigación, tomó como fundamento los Principios Rectores de los Desplazados Internos, emanados de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU. En efecto, lo que resultó determinante en la decisión del Alto Tribunal fue el hecho de que, en los Principios no estaba contenido un requisito atinente a una declaración de funcionario público o privado para que se configurara la situación de desplazamiento interno.

Así pues, señaló enfáticamente que el artículo del cuerpo reglamentario en el que aparecía consagrado el requisito de tal declaración⁵³ debía ser objeto de una interpretación razonable, en la cual se debían aplicar "criterios de interpretación sistemática teleológica, y más favorable a la protección de los derechos humanos". Y añadió que el decreto que contenía la regla restrictiva no podía desconocer ni la legislación interna, ni mucho menos la Constitución Política, a la cual, en su concepto, estaban incorporadas normas supranacionales como los "Principios Rectores de los Desplazamientos Internos", emanados de la ONU y el artículo 17 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,⁵⁴ que buscan proteger a los desplazados y no exigen certificación de tal fenómeno de facto. Como se ve, en este caso, la Corte colombiana otorgó valor normativo vinculante a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, por dos vías: i) la primera de ellas, al indicar que, en tanto dichos Principios no contemplaban un requisito de naturaleza administrativa para el reconocimiento de la condición de desplazado interno, tal condición era por definición un fenómeno de facto, así establecido en el derecho

⁵³ Se refiere al artículo 2º, inciso 2º del Decreto 2569 de 2000, que dispone: "Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertades personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias que emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

El Gobierno Nacional a través de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior o la entidad que esta delegue, declarará que se encuentra en condición de desplazamiento aquella persona desplazada que solicite tal reconocimiento mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley 387 de 1997, a saber:

Declarar esos hechos ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales o distritales o cualquier despacho judicial, y

Solicitar que se remita para su inscripción a la Dirección General para los Derechos humanos del Ministerio del Interior o a la oficina que este designe a nivel departamental distrital o municipal copia de la declaración de los hechos de que trata el numeral anterior."

⁵⁴ En la sentencia T-1635 de 2000, se analizaron no sólo las normas de la Constitución Política, sino también los tratados aprobados por Colombia en la materia conformantes del bloque de constitucionalidad, que protegen a la población desplazada.

internacional de los derechos humanos; y, ii) de otra parte, al señalar expresamente que los Principios objeto de referencia, se encuentran incorporados a la Constitución Política de Colombia, o lo que es lo mismo, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres casos específicos. La decisión del alto Tribunal consistió en condicionar la declaratoria de constitucionalidad del artículo del Código Penal que penalizaba el aborto, a que no se incurriera en delito, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo, se produjera en los siguientes casos: i) cuando la continuación del embarazo constituyese peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) cuando existiera grave malformación del feto que hiciera inviable su vida, certificada por un médico; y, iii) cuando el embarazo fuese el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En virtud de que algunas de las demandas públicas de inconstitucionalidad para la despenalización del aborto basaban buena parte de su argumentación tanto en tratados y convenios suscritos por el Estado colombiano en favor de los derechos de las mujeres, como en recomendaciones y observaciones de Comités de la Organización de Naciones Unidas, e instrumentos varios de *soft law*, la Corte plasmó algunas consideraciones en torno a este tema. De igual manera ocurrió con los salvamentos y aclaraciones de voto que suscitó tan polémico tema.

De este asunto interesa destacar que esa Corporación estableció una clara diferenciación entre el valor normativo de los tratados internacionales de derechos

humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, bien sea entendido en sentido estricto o en sentido lato, y los documentos que recogen las interpretaciones de dichos tratados hechas por los organismos encargados de establecer su alcance. Y concluyó que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sin que dichos documentos interpretativos llegaran a integrar directamente el bloque, lo cual les resta todo valor normativo dentro del sistema constitucional.

De igual manera, hizo una distinción adicional entre la jurisprudencia de instancias internacionales, a partir de la referencia expresa a aquella proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como única instancia judicial del Sistema Interamericano,⁵⁵ y las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, sin desconocer que tales documentos "pueden ser tenidos en cuenta para interpretar los derechos

⁵⁵ Respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha sostenido que debe ser un parámetro hermenéutico para los Jueces constitucionales. Así lo estableció, por ejemplo, en sentencia C-936 de 2010, al señalar: "[...] en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales." No obstante, es importante anotar que en sentencias como: C-370 de 2006 y C-442 de 2011, la Corte ha reconocido fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los siguientes términos: "Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario." De igual manera, importa señalar que tal fuerza vinculante se ha circunscrito a: i) recordar que las sentencias de dicho órgano son obligatorias para el caso concreto; y ii) establecer que si bien son referentes importantes, no pueden ser utilizados indiscriminadamente como precedente, ni pueden ser trasladadas dichas decisiones de manera automática al caso colombiano "en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia [...]".

fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente".⁵⁶

Con fundamento en tales consideraciones, el alto Tribunal colombiano tuvo en cuenta ciertas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como relevantes para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto, sin que tales instrumentos resultaran determinantes para la Corporación.

A partir del análisis de esta sentencia, se observa que la Corte asumió una postura diferente que apunta incluso a restar carácter vinculante, como fuente del derecho internacional, a los tratados de derechos humanos, en tanto no los asume como parámetros de constitucionalidad de las leyes internas. En este pronunciamiento, el Tribunal colombiano se decantó por una posición, según la cual, estos últimos son parte del bloque de constitucionalidad, sin que funjan como estándares respecto de los cuales se pueda establecer la constitucionalidad de una disposición legal. En relación con los documentos emitidos por los intérpretes autorizados de dichos tratados, los redujo aquí a meras pautas interpretativas para establecer el alcance de tales instrumentos integrantes del bloque de constitucionalidad, e incluso, de los propios derechos reconocidos en la Carta Fundamental colombiana, sin ningún tipo de vinculatoriedad.

⁵⁶ En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Para finalizar este aparte en el que he intentado ilustrar cómo ha utilizado la Corte Constitucional colombiana algunos instrumentos de *soft law* en la protección de personas en situación de especial vulnerabilidad, a continuación haré referencia a la sentencia T-884 de 2006 que estudió el caso de un joven con discapacidad auditiva viendo vulnerado su derecho de acceso a la educación superior, como consecuencia de la adopción de una medida regresiva por parte del centro educativo.

En aquella ocasión, la Corte Constitucional revisó el caso de un joven que padecía hipoacusia sensorial profunda bilateral, y a quien un establecimiento público de educación técnica profesional había negado el acceso al programa que había escogido, pues para ese año lectivo no se ofrecería a personas con limitaciones auditivas, sino únicamente a personas oyentes. Ante la actuación del centro educativo, el peticionario consideró vulnerados sus derechos a la igualdad y a la educación y solicitó el amparo de los mismos. Concurría, además, una situación que, en su opinión, hacía más evidente la conculcación de sus derechos, pues el centro educativo había ofrecido durante varios periodos lectivos anteriores el programa de su interés en la modalidad de cursos mixtos integrados por personas oyentes y sordas,⁵⁷ y para el año en que el joven quiso participar en el proceso de admisión para adelantar dichos estudios, la institución no ofreció el programa ni en la modalidad de programa mixto, ni tampoco en cursos especiales para personas sordas.

⁵⁷ La propia sentencia señala que "[d]e conformidad con los instrumentos internacionales y la hermenéutica efectuada por sus intérpretes autorizados, los mandatos constitucionales, la legislación en materia de derecho a la educación de las personas con discapacidad, y la reiterada jurisprudencia proferida por este Tribunal Constitucional, el modelo por el que deben propender los Estados contemporáneos, en la medida de sus posibilidades, es el de la *integración* de las personas con discapacidad al sistema general de educación, a fin de garantizar una verdadera integración social".

La Sala Séptima de Revisión de tutelas decidió conceder el amparo constitucional de los derechos invocados por el peticionario, pues consideró que la suspensión de la prestación del servicio de educación que venía adelantando la institución educativa demandada —y que se compadecía con las previsiones que en materia de integración de la población con discapacidad y, en particular, con limitaciones auditivas contempla el ordenamiento jurídico colombiano—, representaba una medida regresiva injustificada que implicaba el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de efectividad progresiva del derecho a la educación, particularmente respecto de sujetos de especial protección como la población sorda.

Después de hacer referencia a tratados y otros instrumentos de derecho internacional, la sentencia toma la Observación General No. 5 del Comité del PIDESC⁵⁸ sobre los derechos de las personas con discapacidad,⁵⁹ las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad,⁶⁰ al igual que el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad⁶¹ como insumo fundamental de la decisión que finalmente adopta. Estos instrumentos de *soft law* indican que la mejor manera de educar a las personas con discapacidad se materializa dentro del sistema general de educación, esto es, en entornos integrados que no impliquen su aislamiento. Adicional a lo anterior, son claros en establecer que el Estado tiene el deber de velar porque los profesores reciban la capacitación adecuada

⁵⁸ En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

⁵⁹ Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

⁶⁰ Anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993.

⁶¹ Resolución 37/52 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1982.

para impartir la educación que corresponda según las necesidades de los niños, jóvenes y adultos con discapacidad en escuelas ordinarias. Y señala, de la misma manera, que es importante contar con los recursos humanos y técnicos en aras de que esta población con limitaciones alcance el mismo nivel de educación que las demás personas.

Específicamente, las normas consultadas por el Alto Tribunal colombiano, hacen énfasis en que sólo en caso de que el sistema general de educación no se encuentre en condiciones de atender las necesidades de toda la población con discapacidad, debe acudir a la educación especial. Sin embargo, este instrumento es claro en señalar que la educación especial sólo debe ser un espacio de preparación de este grupo poblacional para su posterior ingreso en el sistema de educación general, comoquiera que los Estados deben propender por la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. La Sala de Revisión, después de analizar lo prescrito por los anteriores instrumentos, no sólo encontró que, efectivamente, había existido una vulneración de los derechos a la educación y a la igualdad del ciudadano accionante, por vulneración del principio de prohibición de regresividad establecido en el PIDESC, por lo cual concedió el amparo de sus derechos fundamentales, sino que decidió ajustar la orden mediante la cual se materializaría la protección, a tales prescripciones, al ordenar al centro educativo que ofreciera el programa de interés del peticionario para el periodo lectivo siguiente, en su modalidad de curso mixto (para personas sordas y oyentes), y que en el futuro se abstudiese de suspenderlo nuevamente en virtud del principio de progresividad.

En dicha ocasión, la Corte reiteró que el alcance del consenso internacional en materia de derechos de las personas con discapacidad es tan amplio, que la propia Corporación ha sostenido que "las obligaciones del Estado colombiano para con los discapacitados, no sólo surgen de los tratados y convenios internacionales

ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana".⁶²

Se ve entonces cómo en esta ocasión la Corte dotó de fuerza vinculante a varios instrumentos de *soft law* o derecho blando adoptados en el ámbito de protección de la población con discapacidad, y así lo reconoció expresamente al señalar que, debido al amplio consenso internacional los tratados y convenios en la materia no son sólo de cumplimiento obligatorio para el Estado colombiano, sino que también lo son las diversas "manifestaciones de voluntad" en pos de realizar los derechos fundamentales de esta población.

Otro caso particularmente relevante es el analizado en la sentencia T-603 de 2003, en donde la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional debió estudiar el caso del despido de varios integrantes de una asociación sindical recién conformada en el INPEC, sin que mediara justa causa y sin haber obtenido la autorización judicial requerida para el efecto, como lo exige la protección foral.

Los peticionarios en la acción de amparo exigieron el reintegro y el pago de sus salarios por violación del derecho a la libertad sindical, con fundamento en las recomendaciones impartidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

La Sala, en relación con este punto, procedió a reiterar la sentencia T-568 de 1999, e indicó que, en efecto, tales instrumentos están dotados de carácter vinculante,

⁶² Sentencia C-410 de 2001.

en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano, al suscribir y ratificar el Tratado constitutivo de la OIT. Diferenció, no obstante, las recomendaciones pronunciadas por la OIT y las de sus órganos de control, y respecto de las primeras señaló que "no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados partes en busca de las condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países;⁶³ mientras que las recomendaciones de sus órganos de control en ocasiones son vinculantes".

Así, con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó que las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical no constituían meras directrices o lineamientos que debiera seguir el Estado colombiano, sino que, antes bien, constituían una orden expresa vinculante para éste. Por esta razón, concedió la acción de tutela, al encontrar que asistía razón a los peticionarios, en tanto de la recomendación cuya aplicación solicitaban, en efecto, emergía una obligación para el Estado, por lo cual ordenó al Instituto Penitenciario el reintegro de los empleados despedidos con desconocimiento del fuero sindical que les asistía.

Se observa que este es un pronunciamiento que reconoce carácter vinculante absoluto a las recomendaciones del citado Comité de Libertad Sindical de la OIT, reiterando sin un análisis muy profundo una providencia previa que así lo había establecido. Así, dotó la Corte a este instrumento particular de *soft law* de valor normativo de obligatorio cumplimiento por el Estado.

⁶³ Consultar las Sentencias C-562 de 1992, C-147 de 1994 y C-468 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia.

En otra oportunidad, la Corte, en la sentencia T-979 de 2004, se pronunció sobre el caso de 155 trabajadores oficiales pertenecientes a la Secretaría de Obras Públicas de un municipio colombiano, que fueron desvinculados bajo el argumento de la liquidación de dicho ente. Los trabajadores alegaron que la causal de supresión del cargo no estaba contemplada por el ordenamiento jurídico para quienes tuvieran ese tipo de vinculación con la administración, sino únicamente para los empleados públicos.

Una vez agotados los recursos judiciales internos, sin obtener una decisión favorable, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) interpuso queja contra el Estado colombiano ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en la que solicitaba su condena por la violación de los derechos de los trabajadores, entre otros, asociación y fuero sindical. Con ocasión de esta queja, el Comité de Libertad Sindical formuló recomendaciones al Consejo de Administración para su aprobación.

Con todo, las autoridades colombianas concernidas no dieron curso a las recomendaciones, por lo que los accionantes acudieron a la acción de tutela, solicitando su cumplimiento. La Corte Constitucional, contrario a lo sostenido en sentencias previas arriba referidas, fue categórica en afirmar que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical no tenían carácter vinculante para los Estados miembros de la OIT, y que para que tales recomendaciones tuvieran efectos era necesaria su adopción por el Consejo de Administración.

De lo anterior la Corte derivó que la acción de tutela resultaba improcedente para solicitar el cumplimiento de dichas recomendaciones, máxime cuando en el presente caso, los peticionarios habían acudido en reiteradas ocasiones a este mecanismo constitucional para obtener el cumplimiento de la recomendación varias veces sometida a consideración del Consejo de Administración.

Se observa a partir de lo anterior, un cambio drástico de postura por parte de la Corte Constitucional, la cual negó en esta ocasión toda fuerza vinculante a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

4.2. Línea jurisprudencial sobre el carácter conferido por la jurisprudencia constitucional colombiana a los instrumentos de soft law

En el cuadro 1 se muestra cuál ha sido la orientación de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana así como las variaciones que se han producido en la jurisprudencia.⁶⁴ El punto que nos interesará evaluar será el del tratamiento que ha dado la Corte Constitucional a diversos instrumentos de derecho blando, en términos de si los ha considerado vinculantes jurídicamente o les ha atribuido el valor de mera pauta interpretativa carente de obligatoriedad normativa.

Cuadro 1

Los instrumentos de <i>soft law</i> constituyen una mera pauta interpretativa, sin fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno	<ul style="list-style-type: none"> ■ T-568/99 ■ T-371/01 ■ T-603/03 ■ T-979/04 ■ C-355/06 ■ T-884/06 	Los instrumentos de <i>soft law</i> tienen fuerza vinculante y constituyen una fuente de derecho internacional que obliga al Estado
--	--	---

⁶⁴ Se seguirá el modelo propuesto por Diego López, ya comentado previamente en el presente capítulo. Su metodología, como había sido señalado, se encuentra ampliamente explicada en LÓPEZ MEDINA, D., *El derecho de los Jueces*, op. cit., pp. 137 y ss.

De acuerdo con el gráfico se puede apreciar que en la parte de las sentencias analizadas, la Corte Constitucional colombiana se ha inclinado más por conferir carácter vinculante a ciertos instrumentos de *soft law*, al considerar que las recomendaciones, observaciones generales, principios y, en general, los documentos emitidos por los órganos autorizados para interpretar los tratados y convenios no son meras directrices orientadoras, sino que a ellos subyacen auténticas obligaciones que deben cumplir los Estados partes de dichos instrumentos que sí hacen parte del bloque de constitucionalidad y a los que se someten los Estados al momento de suscribir y ratificar.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-371 de 2001, en la que la Corte Constitucional restó validez a un requisito administrativo que estaba obstaculizando el disfrute de las ayudas humanitarias a que tenía derecho un ciudadano en situación de desplazamiento forzado, con fundamento en los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, pues entendió que los mismos se hallaban incorporados a la Constitución Política y, en consecuencia, los dotó de valor normativo, para poder establecer que el desplazamiento forzado interno, de acuerdo con este instrumento, no requería de una declaración de autoridad, sino que se trataba de un fenómeno de hecho, ya de por sí vulneratorio del conjunto de derechos fundamentales de los que se es titular, como para que el Estado se encargara de hacer más gravosa dicha situación con la exigencia de requisitos administrativos no contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en los mencionados Principios.

Este Tribunal interpretó el carácter de instrumentos de derecho blando en un sentido similar en las sentencias que reconocieron valor vinculante a las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical de la OIT y que permitieron a esta Corporación ordenar su cumplimiento por vía de tutela, dada su obligatoriedad

en el Estado colombiano. Este es el caso de las sentencias T-568 de 1999 y T-603 de 2003.

Lo mismo hizo en la sentencia T-884 de 2006 en la que analizó la suspensión del servicio de formación técnica profesional que venía prestando una institución de educación superior en favor de la población con limitaciones auditivas. La Sala Séptima de Revisión se inclinó por el reconocimiento del valor normativo de varios instrumentos de *soft law* que le permitieron concluir, en primer lugar, que dichas manifestaciones de voluntad en el concierto internacional, respecto de la necesidad de proteger y materializar los derechos de la población con discapacidad, dotaba de un mayor grado de vinculatoriedad a observaciones generales, principios y normas regulatorias de la materia; y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, que estos instrumentos podían tener una aplicación directa en la resolución de casos particulares. Así procedió la Sala, y dio una solución acorde con los documentos de los intérpretes autorizados en materia de educación para la población con discapacidades.

Con todo, la apreciación de que la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido la de reconocer valor normativo vinculante a los instrumentos de *soft law* tiene su contrapeso, como se evidencia en el cuadro, pues si bien es cierto, la jurisprudencia ha propendido por dicho extremo de la disyuntiva que planteamos, no lo es menos que en algunos casos, como ocurre con la sentencia T-979 de 2004, la Corte ha asumido una posición completamente opuesta incluso tratándose de iguales instrumentos del Derecho internacional, como es el caso de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Igual ocurre con la sentencia que despenalizó el aborto en tres situaciones específicas, pues, a pesar de que las demandas solicitaron a la Corte tomar instrumentos de *soft law* como parámetros de constitucionalidad, ésta fue clara en indicar que estos constituían meras pautas de interpretación, sin que

estuvieran dotadas de valor normativo, ni mucho menos pudieran ser tenidas en cuenta como criterios para establecer la constitucionalidad de una disposición legal.

El anterior ejercicio ha permitido apreciar, no solamente que el Juez constitucional se ha valido para resolver casos difíciles de instrumentos de *soft law*, sino también que no se ha expresado bajo un mismo derrotero, puesto que no ha habido un único criterio en relación con el papel y el valor jurídico de los documentos de *soft law* en el ordenamiento jurídico colombiano. Según el análisis que venimos de hacer, se evidencia que la Corte ha tenido cambios significativos de posición y que su jurisprudencia no ha sido uniforme. Así pues, no puede hablarse de un precedente claro en la materia, fenómeno éste que tiene lugar con cierta frecuencia tratándose de sentencias de tutela, pues las Salas de Revisión cuentan con mayor libertad para apartarse de los precedentes que han establecido otras Salas de la misma jerarquía, al no existir una sentencia de unificación adoptada por el pleno de la Corte para el caso.

A pesar de estas dificultades provenientes de la lógica misma del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, no se pueden desconocer los avances que en materia de aplicación de instrumentos de *soft law* ha tenido esta Corte en múltiples escenarios constitucionales específicos.

5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente escrito se mostró un panorama teórico general que permitiera explicar los elementos más importantes del surgimiento del *soft law* en el derecho internacional, comercial y constitucional, no solamente en el marco de lo privado, sino en el ámbito del derecho público, en donde tan poca atención se le ha prestado

al tema que no existe un criterio unívoco en cuanto a su uso y repercusiones. De igual manera, se pretendieron plasmar los principales argumentos que han surgido en torno a la discusión sobre su naturaleza y gradación en el sistema de fuentes, así como las posibles causas que coadyuvaron a su fortalecimiento como un nuevo arreglo de la administración pública para lograr consensos y orientar políticas públicas en un determinado sentido.

Otro de los propósitos trazados era observar cómo, a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana, los documentos que hacen parte del *soft law* adquieren en un ordenamiento jurídico interno, sin mayor resistencia de análisis, especial relevancia *iuris*, bien como criterios relevantes de interpretación o bien como postulados de obligatorio cumplimiento, no sólo cuando se recurre a ellos para garantizar determinados derechos constitucionales, sino para mejorar sus contenidos, atribuyéndoseles, de manera fluctuante, características especiales tales como la vinculatoriedad, aun cuando de ordinario se ha afirmado que tales actos e instrumentos no son obligatorios ni integran, en estricto sentido, el bloque de constitucionalidad.

Así se desvirtúa la idea conforme a la cual los Jueces, en particular aquellos encargados de la supremacía del Texto Constitucional, al momento de resolver cualquier problemática que se les presente, acuden exclusivamente al sistema tradicional de fuentes del derecho para plantear con base en él una posible respuesta en un caso particular, como si se tratase de un andamiaje jurídico exhaustivo, completo y coherente.

Con todo, bien vale la pena señalar, a partir del esfuerzo de sistematización aquí plasmado, algunas de las ideas que el presente escrito aporta a la interesante discusión sobre el papel de los instrumentos de *soft law* en el derecho público:

1. De acuerdo con el presupuesto de la fragmentación en el sistema de fuentes del Derecho internacional, a diferencia de lo que usualmente dicta la enseñanza tradicional, está compuesto por una asistemática multiplicidad de textos, contenidos normativos y metodologías de exigibilidad que se superponen entre sí. Se estructura también con la participación de diversos actores, diferentes a los Estados; los cuales también, de acuerdo a sus posibilidades, intervienen en los procesos que definen los recursos normativos que rigen el Derecho internacional.
2. El *soft law* puede variar en sus grados de vinculatoriedad dependiendo del nexo que le una con el ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras, toda norma necesita un vínculo con el sistema de fuentes para que pueda desplegar los efectos que trae consigo el Derecho. Por esto el *soft law* no desplazará a *hard law*, ya que la existencia del primero se explica en la pervivencia del segundo.
3. El *soft law* puede desempeñar una función legitimadora de la actuación de los poderes públicos, asumiendo un rol normativo que se nutre de la participación de distintos sujetos, o desplegando un marco normativo de cumplimiento voluntario que va a condicionar la actuación del Estado. En ambos casos, el *soft law* pretende generar confianza en la actividad del poder público, integrando a los destinatarios de las políticas públicas u ofreciéndoles garantías adicionales mediante técnicas que incrementan la transparencia.
4. La aparición del *soft law* debe entenderse como una manifestación relativamente reciente del poder público dentro del espacio constitucional que coadyuva en el cumplimiento de los programas normativos trazados por el Texto Constitucional y el legislador.
5. En el campo del sistema universal de protección de derechos humanos, el *soft law* adquiere mayor protagonismo, puesto que los tratados allí

celebrados tienen la particularidad de prever la creación de órganos cuasi-jurisdiccionales cuya función es la de interpretar y supervisar el cumplimiento de los tratados por parte de los Estados a través de la emisión de observaciones finales, observaciones generales y recomendaciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001, pp. 63-94.
- BERNHARDT, Rudolf, "Las fuentes del Derecho Comunitario. La Constitución de las Comunidades", *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, pp. 73-86.
- CASSESE, Sabino, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, trad. Juan J. GUTIÉRREZ, Global Law Press, Sevilla, 2011.
- CHINKIN, Christine, "Normative Development in the International Legal System", SHELTON D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 30-31.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.
- O'CONNELL, M.E., "The Role of Soft Law in a Global Order", D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 100-114.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp.187-219.

- RUFFILLI, R., "Crisi dello statu e storiografia contemporanea", *Istituzioni Società Stato II, Nasita e crisi dello Statu moderno: ideologie e istituzioni*, IL Mulino, Bologna, 1990.
- SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos vinculantes de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- _____, "La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>.
- SCHIERA, Pierangelo y CLAVERO, Bartolomé, "Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2013.
- TRUBEK, David, COTRELL, Patrick y NANCE, Mark, "Soft law, Hard law and European Integration: Toward a Theory of Hybridity", *Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, Octubre de 2008.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho Internacional Público*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 10a. ed., 2011.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia T-568 de 1999
- Sentencia T-371 de 2001
- Sentencia T-603 de 2003
- Sentencia T-979 de 2004
- Sentencia T-884 de 2006
- Sentencia C-355 de 2006

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2016 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Tlaxcala núm. 19, Colonia Barrio de San Francisco, Delegación Magdalena Contreras, C.P. 10500, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

