CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

HACIA UN **POPULISMO CONSTITUCIONAL**

Fernando **Castillo Víquez**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Democracia



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Hacia un populismo constitucional

Fernando **Castillo Víquez**



Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2023

Primera edición: abril de 2023

Hacia un populismo constitucional

© Fernando Castillo Víquez

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-8908-01-1

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
Edición

Estephanía **Martínez Pineda**
Formación

Contenido

Prólogo 11

Introducción 15

Capítulo primero
El principio de reserva de ley y el populismo constitucional

I. Introducción 19
II. La reserva de ley: un presupuesto esencial del Estado de derecho 20
III. La reserva reglamentaria. Alcances 35
IV. La desaplicación de la reserva de ley en el desarrollo de los derechos fundamentales 38
V. Peligros de la desaplicación de la reserva de ley 40
VI. El populismo constitucional, herramienta de un Gobierno populista 47
VII. A modo de conclusión 50

Capítulo segundo
Populismo constitucional y los postulados de la democracia y el régimen republicano

I. Introducción 51
II. El principio de separación de poderes o funciones. . . 53
III. La oposición, un presupuesto esencial de la democracia 56
IV. La reelección presidencial indefinida 66
V. El fraude constitucional. 83
VI. A modo de conclusión 88

Capítulo tercero
Populismo constitucional y libertad de prensa

I. Introducción 91
II. La importancia de la libertad de prensa para la democracia 92
III. Un repaso de las sentencias de la Corte IDH sobre libertad de prensa 96
IV. Los embates de los gobiernos populistas contra la libertad de prensa 113
V. A modo de conclusión 118

Bibliografía 121

Prólogo

Es para mí un gran honor y motivo de alegría que el profesor Fernando Castillo Víquez, presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, me haya escogido para prologar su más reciente publicación: *Hacia un populismo constitucional*. En este libro, fruto de sus últimas investigaciones, todas relacionadas con el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho económico, don Fernando Castillo pone de manifiesto el peligro que actualmente afrontan las democracias latinoamericanas, en las que por obra de sus regímenes presidencialistas se fortalece la cabeza del poder ejecutivo, es decir, la figura del caudillo, quien pretende por todos los medios posibles perpetuarse en el poder y lograr la relección presidencial indefinida. Lo anterior socaba, sin duda alguna, las bases de los regímenes democráticos de los países de la región, así como los derechos fundamentales de los particulares, en concreto sus derechos político-electorales, al suprimirse cualquier vestigio o forma de oposición.

En efecto, tales han sido los casos de Bolivia, Venezuela, Nicaragua, Ecuador y, en su forma más reciente, Honduras y El Salvador, cuyos líderes políticos han logrado, mediante sentencias de los jueces constitucionales, modificar sus respectivas constituciones y promover la reelección presidencial.

En su libro, don Fernando Castillo nos describe la manera en que, mediante el fenómeno del populismo, dichos regímenes se consolidan en el poder, con sendos procesos de deconstitucionalización de las leyes fundamentales latinoamericanas.

Pese a que dichos textos reconocen expresamente el principio de separación de poderes y de división de funciones, y se comprometen al desarrollo y la salvaguarda de los derechos fundamentales, en la práctica se vuelven meras cartas políticas donde proliferan —como lo expone don Fernando— la relativización del principio de reserva de ley y el abuso de la potestad reglamentaria, además de la consolidación del poder en la figura del ejecutivo, con el consecuente carácter nugatorio de la oposición política, cuyos escenarios de actuación se reducen al vacío.

En esta línea, por ejemplo, Daniel Ziblat y Steven Levitzky, en su monografía *Cómo mueren las democracias* (Barcelona, Ariel, 2018), describen la manera en que un candidato llega al poder, con poco compromiso hacia los derechos fundamentales y tendencias autoritarias evidentes, que trata a sus adversarios como enemigos, intimida a la prensa libre, impugna elecciones y debilita las defensas institucionales de la democracia —incluida la judicatura, los servicios de inteligencia y las oficinas de ética—. De este modo, podemos decir que hay dos formas en que mueren las democracias: una a toda prisa, como los casos de la Alemania nazi, Argentina, Chile, Guatemala, Perú, Brasil, con fenómenos golpistas, y otra, no menos relevante, de manera paulatina, como en el caso venezolano, donde se llega al poder mediante procesos democráticos pero luego se restringen todos los espacios de la oposición, se nombra a jueces afines, se suprime la libertad de los medios de comunicación y acontecen procesos de judicialización de la política y de politización de la justicia. Particularmente el último fenómeno, que debilita la independencia judicial y, consecuentemente, erosiona la democracia, muchas veces es imperceptible.

En este escenario, el texto constitucional no es suficiente para impedir la subversión de la democracia. Según los autores referidos, hacen falta reglas no escritas y fomentar la costumbre institucional democrática, que permiten, en concreto en el ámbito de los partidos, desarrollar una tolerancia mutua, llegar al acuerdo de aceptarse como adversarios legítimos y la autocontención. Los partidos deben moderarse al delimitar sus prerrogativas institucionales. Debe evitarse la lucha partidista a muerte. En suma, la democracia consiste en el gobierno de la mayoría

con el respeto de los derechos de la minoría. Se trata de un sano y frágil equilibrio que debe ser respetado por los diversos actores políticos. Así, la Constitución —siguiendo a don Manuel Aragón, magistrado emérito del Tribunal Constitucional español— sería un verdadero instrumento de control de poder que sirve para defender los intereses de los grupos minoritarios frente a la acción de las mayorías parlamentarias.

Don Fernando también ha desarrollado de manera prolija el contenido esencial de la libertad de prensa, así como su defensa por el derecho interno y en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es claro que el respeto de este derecho fundamental también constituye una condición *sine qua non* para la consolidación de un verdadero régimen democrático. Asimismo, es relevante el análisis de derecho comparado y convencional que realiza el profesor Castillo Víquez respecto de la figura de la reelección presidencial, siguiendo el criterio que la Corte Interamericana expuso en su opinión consultiva sobre el tema.

Para concluir, extiendo un sincero agradecimiento a don Fernando Castillo por permitirme prologar su libro, cuya lectura recomiendo sin ninguna reserva, al constituir un aporte muy valioso para el foro jurídico constitucional latinoamericano.

Víctor E. Orozco Solano*
Tejar del Guarco, Cartago, Costa Rica
18 de octubre de 2021

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez contencioso administrativo. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

Introducción

Esta obra tiene su origen en un artículo que publiqué en la *Revista de Derecho Electoral* del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, concretamente en su número 23, correspondiente al primer semestre de 2017. En esa oportunidad se hizo énfasis en el principio de reserva de ley y su importancia para la existencia del sistema democrático.

A causa del avance del populismo en América Latina, decidí ampliar mis reflexiones a otros ámbitos, específicamente en lo referente a la parte orgánica de la carta fundamental, para establecer cómo el populismo afecta los principios medulares del régimen republicano, así como analizar, desde la óptica del derecho constitucional (valores, principios y normas), las herramientas de las que se han servido los gobiernos de corte populista.

No menos importante es el análisis de la parte dogmática de la Constitución, en especial de aquellos derechos fundamentales que son indispensables en una democracia. Lógicamente, por razones de espacio no es posible hacer un abordaje de todos estos, por lo que nos limitaremos al estudio de la libertad de prensa, que es un pilar esencial del sistema democrático.

Lo anterior no implica desconocer que la irrupción de los partidos populistas en la actividad política de un Estado, en especial cuando estos asumen el poder y sus líderes buscan perpetuarse en él, trae como nefasta consecuencia la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de aquellas personas que se les oponen. Un ejemplo palpable de lo que afirmamos es la situación que se vive en el Estado de Nicaragua, en el que se ha

instaurado, en la práctica, una dictadura. Todo aquel que tenga la osadía de oponerse al presidente de la República y a su partido es arrestado y acusado de delitos previstos por la legislación penal para erradicar cualquier vestigio de oposición.

Decíamos en la introducción a nuestro artículo, a manera de aclaración, que, hasta donde hemos podido investigar, ningún pensador serio ha desarrollado una teoría sobre el populismo constitucional —ni creemos que lo haya—, porque la expresión en sí misma tiene un sentido emotivo negativo y, por ende, pensamos que nadie, en su sano juicio, levantaría la voz en defensa de semejante despropósito. No obstante, sí hemos encontrado pensadores serios, de renombre internacional, que sostienen y promueven ciertas teorías sobre el principio de reserva de ley que daría pie a que un Gobierno de corte populista cuente con herramientas jurídicas para lograr sus propósitos, todo con sustento constitucional, lo que es el comienzo de una transformación de la parte orgánica de la carta fundamental y la violación sistemática de los derechos fundamentales de la persona, tal y como veremos a lo largo de esta investigación. Quizás ellos no se han dado cuenta de las nefastas consecuencias de su postura.

Para nadie es un secreto —y como muestra tenemos la historia reciente de América Latina— que los gobiernos populistas son aquellos que toman el poder, entre otras cosas, aprovechando una coyuntura política de descontento social entre la clase gobernante y los partidos políticos, y que, a través de una visión mesiánica de la función del Estado, logran cautivar —o más bien "seducir"— a los sectores sociales más vulnerables y a los sectores medios a través de promesas que son de difícil o imposible cumplimiento. Una vez instaurados en el poder, procuran a toda costa mantenerse en él, y para ello recurren a la adopción y ejecución de políticas públicas que favorecen a los sectores sociales más desposeídos, con el fin de ampliar su base electoral y, así, perpetuarse en el Gobierno.

Lo lamentable de todo ello no es que se beneficie a los sectores sociales que más requieren de la acción del Estado, sino que sus políticas públicas no estén sustentadas en una política fiscal sana, que se instrumentalice el poder con fines políticos electorales, fomentando el clientelismo político, el despilfarro y

la corrupción, y, más grave aún, que se promueva una política de acoso contra todos aquellos sectores empresariales, sociales y políticos que se le opongan, a tal extremo que no se escatime ningún esfuerzo, aunque para ello sea necesario vulnerar los derechos fundamentales de los opositores, en especial aquellos que atañen a las libertades políticas, a la libertad de expresión, de prensa, de empresa, etcétera.

Como puede constatar un agudo observador, el asunto que tenemos entre manos tiene la mayor importancia desde los prismas político, económico, social y jurídico. Desde el primero, es un hecho comprobado que los gobiernos populistas han puesto en serios aprietos al sistema democrático. Desde el segundo y el tercero, la conducción de la política social y económica de este tipo de gobiernos ha llevado al desastre económico, pues se han infringido reglas macroeconómicas elementales, lo que se ha traducido en altos déficits fiscales, inflación, desaceleración económica, altas tasas de desempleo, desabastecimiento, etc., todo lo cual ha derivado en un profundo descontento social. En lo concerniente al ámbito jurídico, y más concretamente constitucional, la parte dogmática de la carta fundamental ha dejado de tener sentido para todos aquellos que osan oponerse al Gobierno.

El autor

Capítulo primero

El principio de reserva de ley y el populismo constitucional

I. Introducción

En este capítulo se analizan ciertas tendencias doctrinales que relativizan la reserva de ley, argumentando que esta solo se aplica cuando se trata de limitar los derechos fundamentales; no así cuando se busca ampliarlos o desarrollarlos. Esta postura constituye la herramienta necesaria para validar, desde la óptica del derecho de la Constitución, los decretos ejecutivos de un Gobierno populista con el propósito de mantener y ampliar su base electoral y, de esa forma, perpetuarse en el poder.

En estas líneas se desarrolla la relación entre la reserva de ley, la potestad reglamentaria y las libertades públicas. Sin ánimo de ser alarmista, hay que tener presente el peligro que entrañan ciertas corrientes de pensamiento que reducen el ámbito de aplicación de la reserva de ley para la supervivencia de la democracia y, por ende, para las libertades públicas.

Como podrá comprobarse a lo largo de este capítulo, el principio de reserva de ley no es nada baladí; todo lo contrario, es un elemento central del Estado social y democrático de derecho, de modo que sus alcances no pueden ser recortados sin esperar que ello no tenga consecuencias o que solo conlleve beneficios para la colectividad. Estamos, pues, tocando la médula espinal del sistema democrático, por lo que su tratamiento no solo amerita

acertados diagnósticos, conocimientos, destrezas, sino también una perspectiva clara de su replanteamiento —consecuencias positivas y negativas—.

Por tales razones, desarrollaremos la reserva de ley como presupuesto esencial del Estado social y democrático de derecho y, asimismo, abordaremos un tema estrechamente relacionado, como es la reserva reglamentaria. Acto seguido, pasaremos revista por los argumentos de quienes abogan por la desaplicación de la reserva de ley cuando del desarrollo de los derechos fundamentales se trata, y no de sus limitaciones. Posteriormente, se expondrán los peligros de esta posición y cómo podría desembocar en un populismo constitucional; teoría que cae como anillo al dedo a los propósitos de un Gobierno de corte populista. Finalmente, a modo de conclusión, se hará un resumen de los principales hallazgos.

II. La reserva de ley: un presupuesto esencial del Estado de derecho

Sobre el principio de reserva de ley mucho se ha escrito, por lo que es poco lo que se puede agregar al respecto. No obstante, es importante repasar algunas aristas del tema haciendo referencia a lo que han afirmado algunos académicos y a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Como punto de partida hay que tener presente que el principio de reserva de ley en materia de libertades públicas constituye un triunfo del pensamiento liberal. No en vano se estableció este principio en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.[1] Este se ha perpetuado en el tiempo y es recogido en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, en la Declaración Uni-

[1] IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

versal de los Derechos Humanos, en su artículo 29, inciso 2,[2] y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su numeral 30.[3] Sobre el alcance del último precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que

> [...] en respuesta a la pregunta del Gobierno del Uruguay sobre la interpretación de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención, [...] la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.[4]

Como puede observarse, el principio de reserva de ley es un elemento central del Estado social y democrático de derecho. En esta dirección, el Tribunal Constitucional español tiene razón cuando afirma que dicho principio

> [...] entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de la libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibili-

---

2 En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3 Artículo 30.- Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

4 Véase Corte IDH. OC-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6.

> dad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.[5]

En la Constitución Política costarricense no encontramos ninguna norma expresa que establezca, en todos los casos, que la organización de las libertades públicas corresponde al legislador ordinario. A lo sumo, en el artículo 28 de la carta fundamental se estatuye el principio de libertad —todo lo que no está prohibido está permitido— y se señala que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera del alcance de la ley.

De conformidad con esta norma, el legislador tiene competencia limitada a la hora de regular las libertades públicas. En primer término, no puede prohibir aquellas acciones de los sujetos privados que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros. Su competencia está orientada a regular las relaciones entre los individuos que surgen del ejercicio de las libertades públicas (como sucede con los códigos y las leyes), pues los derechos privados también tienen que ser objeto de reglamentación, debido a que es necesario establecer soluciones para los conflictos que se suscitan a causa de su ejercicio, aun en la esfera de la autonomía de la voluntad.[6]

Por otra parte, para que las restricciones a la libertad sean lícitas, deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo, tal y como acertadamente lo ha establecido la Sala Constitucional (SC) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> El orden público, la moral, y los derechos de los terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio *pro libertate*, el cual, junto con el principio *pro homine* constituyen el meollo de la doctrina de los derechos hu-

[5] Véase Tribunal Constitucional español, STC 83/84, de 24 de julio (*BOE —Boletín Oficial del Estado—* núm. 203, de 24 de agosto de 1984).

[6] Véase Corte Plena, sesión extraordinaria de 30 de septiembre de 1982.

manos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o como "...el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social" (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982).[7]

En Costa Rica, el régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de ley. Según lo ha establecido el Tribunal Constitucional, este principio tiene rango constitucional,[8] rango legal[9] y reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativo. La SC ha dicho que de este principio se derivan cuatro corolarios:

a) en primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza

[7] Véase Sala Constitucional (SC) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencias 3173-93, de 6 de julio de 1993, y 3550-92, de 24 de noviembre de 1992.

[8] Véase Constitución Política de Costa Rica, art. 39, y SC, sentencia 3173-93, *cit*.

[9] Véase Ley No. 6227. Ley General de la Administración Pública, arts. 19 y 124: 1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia. // Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general, no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas.

y régimen de estos lo permitan, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables;

b) en segundo, que solo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de estas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial";

c) en tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, la ley podría válidamente delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial;

d) finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque estas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.[10]

En ese mismo fallo, la SC fue categórica al afirmar que la potestad del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o que perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros, es la legislativa, excluyendo así los decretos o reglamentos dictados por el poder ejecutivo y los reglamentos autónomos dictados por ese poder o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior rango.

La concepción del principio de reserva de ley, según lo que hemos expuesto, visualiza a los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles frente al Estado, con el fin de salvaguardar la libertad individual "[...] y, al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico".[11]

No cabe duda de que el principio de reserva de ley debe ser confrontado con nuevas realidades que han surgido en el ámbito político y jurídico, toda vez que cuando se formuló no se tuvo en cuenta

10 Véase SC, sentencia 3173-93, *cit*.

11 Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 2, 2005.

el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ni la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, ni su visualización como un sistema objetivo de valores que irradia no solo las relaciones entre el justiciable y el Estado, sino también entre particulares, lo que en la doctrina se conoce como "la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros". Y qué decir de los derechos prestacionales, los cuales imponen al Estado actuaciones concretas para hacerlos efectivos, y que atañen a los nuevos derechos de la humanidad. En muchos casos, estos exigen acciones conjuntas de los particulares y el Estado para evitar su vulneración. Piénsese en el derecho a la autodeterminación informativa, que impone a los particulares deberes de abstención y al Estado deberes de actuación. El punto es si el principio de reserva de ley tiene el mismo alcance que tuvo frente a los derechos civiles y políticos o si, por el contrario, su ámbito de cobertura es reducido. Para determinar lo anterior, es necesario pasar una breve revista a dichos temas.

Como es bien sabido, la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales surge en Alemania a propósito de lo que dispone el numeral 19 de la Constitución actual de dicho país.[12] Si bien no hay intersubjetividad respecto a qué comprende el contenido esencial de un derecho fundamental,[13] para su

[12] Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949, art. 19 [Restricción de los derechos fundamentales]: 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.
2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.
3. Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.
4. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1.

[13] La doctrina y jurisprudencia alemanas son consistentes en cuanto a que se debe individualizar el contenido esencial de cada derecho fundamental: "En conclusión, parece pacífico, dentro de la doctrina y la jurisprudencia

determinación sí resultan útiles los métodos que ha seguido el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia. Este ha definido el contenido esencial como

> [...] aquella parte del contenido de un derecho sin el cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo.

---

alemana, que el modo de examen de la garantía del contenido esencial es individualizado, es decir, aplicable a cada derecho fundamental en concreto". Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 214.

Ahora bien, la tarea de precisar el contenido esencial de una libertad fundamental no es fácil. No solo requiere de un esfuerzo intelectual, sino también adoptar una postura frente a los distintos criterios, teorías y métodos que han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia con ese fin. En efecto, entre otros, existe el criterio de calificar la esencia como lo general en contraposición a lo individual; el criterio de calificar la esencia en contraposición a lo cambiante, aplicado en las primeras sentencias del Tribunal Administrativo alemán; el criterio de calificar lo esencial como lo determinante necesario en contraposición a lo accesorio; la teoría de precisar el contenido esencial como equivalente al principio de dignidad humana; la determinación del contenido esencial como expresión de una núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable de los derechos fundamentales, que tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar; el criterio que trata de precisar el contenido esencial a partir de la identificación de los ámbitos materiales referentes a derechos fundamentales excluidos de la regulación normativa del Estado; la teoría de los límites inmanentes que exige, dentro de la inclusión del derecho fundamental, de una serie de límites intrínsecos al mismo, cuyo planteamiento más importante, en el ámbito jurisprudencial, es la cláusula de la comunidad, desarrollada por el Tribunal Federal Administrativo, a partir de la cual se considera que un derecho fundamental no puede ser objeto de pretensión cuando supone un peligro para un bien jurídico necesario para la estabilidad de la comunidad o para el ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas; el método de la ponderación de bienes, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que consiste en adoptar una decisión de preferencia entre varios bienes jurídicos que están en conflicto, para lo cual se siguen dos sistemas: la ponderación abstracta y la ponderación concreta; el principio de proporcionalidad, que se expresa en tres subprincipios: *i)* el de adecuación, *ii)* el de necesidad, y *iii)* el de proporcionalidad en sentido estricto. Véase Gavara de Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 212-335.

> Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.
>
> [...]
>
> De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.[14]

Como puede observarse, el primero de los métodos se refiere a la naturaleza jurídica del derecho, preexistente al momento en que el legislador lo regula, de manera que las facultades y posibilidades de actuación necesarias para el titular hacen recognoscible el contenido (tipo abstracto) del derecho. Si el legislador lo priva de tales facultades, lo vuelve irreconocible y lo desnaturaliza. El segundo corresponde a los intereses jurídicos que deben ser protegidos por cuanto dan vida y fundamento al derecho. Por ello, el contenido se lesiona cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección.[15] Al respecto, Hernández Valle nos recuerda lo siguiente:

> Conforme a la doctrina alemana, que es la que más ha profundizado en el tema, una limitación afecta el contenido esencial de un derecho fundamental cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso del derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño (Durig).
>
> En otros términos y como dice otro jurista alemán "Los derechos de libertad protegen determinados intereses particulares. Se trata de hacer posible que los particulares puedan conseguir los intereses

---

14 Véase Tribunal Constitucional español, STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (*BOE* núm. 99, de 25 de abril de 1981).

15 Cajaleón Castillo, Eddie R., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los parlamentarios, en particular del derecho a la información*, Tesis para optar por el grado de Máster en el Instituto de Derecho Parlamentario en la Universidad Complutense, inscrita en el año 2013, pero que aún no ha sido aprobada.

> protegidos por el Derecho Constitucional. Cualquier limitación a un derecho fundamental a favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares. Pero si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental, porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta su contenido esencial y es, por lo tanto, inconstitucional" (Stein).
>
> De esta forma la garantía del contenido esencial se convierte en un "límite de límites" (De Otto), puesto que las autoridades públicas, en su labor conformadora de derechos fundamentales, no pueden ir más allá de su contenido esencial.[16]

Confrontando la teoría del contenido esencial con el principio de reserva de ley, y adoptando como parámetro lo expresado por el Tribunal Constitucional español, hay varios escenarios posibles: el primero sostendría que el contenido esencial de un derecho fundamental es indisponible para el legislador, pues su afectación lo desnaturaliza o lo hace impracticable. En otras palabras, el contenido esencial de un derecho fundamental está fuera del alcance del legislador e, incluso, la SC concluyó que no solo está fuera del alcance del legislador en el ejercicio de la potestad legislativa, sino también en el ejercicio de la potestad constituyente:

> La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede *reducir*, amputar, eliminar, ni *limitar* derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podrá intentar una reforma de tal naturaleza.[17]

Consideramos que esta posición extrema tiene una debilidad en sí misma: que es posible limitar el derecho fundamental en su contenido esencial sin que con ello se le desnaturalice o se le

[16] Hernández Valle, Rubén, *Derecho de la Constitución*, San José, Editorial Juricentro, 1993, vol. II, pp. 347 y 348.

[17] Véase SC, sentencia 2771-03, de 3 de abril de 2003.

haga impracticable. Es lógico suponer que en este ámbito se trata de modos, condiciones, formas y limitaciones —restricciones al derecho—, pues lo relativo a su desnaturalización o impracticabilidad conlleva la idea de un impedimento que afecta su ejercicio o disfrute.

Como consecuencia, un segundo escenario sería aquel en el que legislador sí puede afectar el contenido esencial del derecho fundamental, pero bajo una *conditio sine qua non*: que no lo desnaturalice ni lo haga impracticable. En este contexto, el legislador podría establecer modos, condiciones, formas y limitaciones que afecten el contenido esencial del derecho fundamental, siempre y cuando lo respete en su esencia.

El otro escenario a considerar es el relativo a la periferia del derecho fundamental. Tanto la primera como la segunda tesis aceptan que el legislador sí puede afectar la periferia del derecho fundamental, es decir, puede limitarla, sin que ello conlleve, lógicamente, a su desnaturalización o impracticabilidad.

También se reconoce el aporte de la doctrina alemana en el desarrollo de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Hay que tener presente que los derechos fundamentales, en su concepción prístina, se visualizaron como derechos de defensa frente al Estado, lo que entrañaba, por lo general, un deber de abstención de este último y, en algunos casos, una actuación del Estado para facilitar su ejercicio. De esa forma, se garantiza el ámbito de libertad del sujeto.

Con el devenir del tiempo, y bajo el influjo del Tribunal Constitucional Federal alemán, los derechos fundamentales ya no solo son conceptualizados como derechos subjetivos oponibles únicamente frente al Estado, sino como un sistema objetivo de valores que irradia todas las relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas. Bajo esta óptica, este sistema de valores objetivo tiene como eje central el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. A partir de lo anterior, el Estado debe realizar todas aquellas acciones necesarias para garantizar el efectivo disfrute de los derechos fundamentales.

Pasamos, pues, de un modelo donde los derechos fundamentales se garantizaban a través de exigirle al Estado su abstención

a uno donde, además de ello, se le imponen deberes de acción y protección especial. Pero las consecuencias de esta visión no se reducen a ello, pues también se deben garantizar los derechos fundamentales en las relaciones entre entes privados.

Resulta importante aclarar que hay sistemas jurídicos que solo conciben a los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles frente al Estado, como es el caso de Estados Unidos, donde solo se pueden invocar si se produce una *state action*.[18]

En este ámbito existen varios escenarios posibles. En primer término, sí aceptásemos a rajatabla la doctrina de que el principio de reserva de ley solo opera cuando se trata de limitaciones a los derechos fundamentales, habría que admitir que, por virtud de un reglamento, el poder ejecutivo podría autorizar el ejercicio de un derecho fundamental ante el cual habría un deber de abstención de parte de otros particulares. Por otro lado, no ocurría así cuando este deber de abstención supone una limitación o restricción de un derecho fundamental de terceros, es decir, estaríamos en un escenario donde necesariamente el legislador —y solo él, no así el poder ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria— debe realizar un juicio de ponderación. Por consiguiente, a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad debe hacer un balance entre dos derechos fundamentales que colisionan entre sí, dando mayor peso a uno en demérito del otro, siempre y cuando no vacíe el contenido esencial del derecho fundamental que cede.

En este punto de la exposición resulta necesario hacer una breve digresión. Siguiendo la doctrina francesa de los derechos fundamentales, estos se encuentran sometidos a tres regímenes diferentes, atendiendo a su naturaleza. Por un lado tenemos el régimen represivo, que es el más favorable a los derechos fundamentales, toda vez que su ejercicio no requiere de ninguna auto-

[18] Los derechos fundamentales constituyen limitaciones al ejercicio de los poderes del Estado y no a las actuaciones privadas. Ergo, es un requisito indispensable que haya una "actuación del Estado" (*state action*) que amenace o restrinja un derecho fundamental para que proceda plantear judicialmente alguna violación de un derecho constitucional.

rización previa por parte del Estado o la Administración pública. En caso de un exceso y, por consiguiente, la vulneración de un derecho de un tercero, debe repararse el daño y los perjuicios ocasionados. Típicos casos de derechos fundamentales que están sometidos a este régimen —y no podría ser de otro modo— son los de la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de prensa, etcétera.

En segundo lugar, el régimen menos favorable para las libertades públicas es el preventivo, por la razón elemental de que, para su ejercicio, resulta necesario contar con una autorización, permiso o licencia de la Administración pública. Mientras no se satisfagan todos los requisitos para que la Administración pública dicte el acto de autorización, no se puede ejercer la libertad. En este ámbito encontramos algunas libertades económicas, como el ejercicio de la propiedad privada y la libertad de empresa. Si bien las libertades públicas quedan condicionadas en su ejercicio a una autorización previa, es importante advertir que los requisitos para dictar la autorización han de ser los estrictamente necesarios, pues por esa vía se podría restringir de forma ilegítima las libertades públicas.

Por último, encontramos el régimen de la declaración previa, en el cual se le exige a la persona que cuando ejerza su libertad, concomitantemente, comunique a la Administración pública ese hecho.

Recapitulando, en razón de su naturaleza, hay derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser sometido ni condicionado a una autorización previa; hay otros que sí lo admiten, y existen algunos otros —muy pocos, por cierto— cuyo ejercicio debe ir acompañado de una comunicación sobre ese hecho a la Administración pública.

Ahora bien, la polémica sobre la justiciabilidad de los DESC aún no acaba. La consagración de los DESC en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las cartas fundamentales es el resultado de una larga lucha para lograr la igualdad material y la democracia económica en los ámbitos ideológico, político y social. Hoy en día se les consagra como derechos humanos o derechos fundamentales, los cuales —a diferencia de

los civiles y políticos, que generalmente imponen un deber de abstención para su observación y respeto— exigen al Estado emprender acciones positivas tendentes a su satisfacción. Ello causa un fuerte impacto en las finanzas públicas y ha sido objeto de no poca polémica, sobre si son verdaderos derechos subjetivos o no.[19] Sin embargo, en materia de los derechos a la salud,[20]

[19] Rubén Hernández Valle (*op. cit.,* pp. 255-261), después de un repaso de las distintas posturas en la doctrina francesa, italiana y española sobre los derechos prestacionales, llega a la conclusión de que no son auténticos derechos subjetivos a favor de las personas, sino "[...] que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli), cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos". En este sentido, aunque con algún grado de matiz, en referencia al derecho a la vida, la SC manifestó lo siguiente: "En consecuencia, la posibilidad de exigir judicialmente, a través del recurso de amparo, un tipo específico de actividad prestacional por parte del Estado en cumplimiento de su deber de protección a la vida e integridad física de sus habitantes, es restringida a la clara verificación de un peligro inminente contra esos derechos de las personas, de forma tal que si por ejemplo, una determinada comunidad estimara necesario contar con un hospital para la atención de sus pobladores (o de cualquier otra obra pública), no es por la vía del amparo que se debe exigir sino a través de los mecanismos previamente establecidos y ante los órganos y entes competentes, quienes deberán atender la petición y resolver su procedencia técnica, que no implica necesariamente una respuesta positiva. De lo que se desprende que la injerencia de la jurisdicción constitucional solamente es viable ante la inercia comprobada del Estado, a través de sus órganos competentes, en atender las demandas que en ejercicio de sus derechos realicen los habitantes del país". SC, sentencia 2519-03. En España, el Tribunal Constitucional ha llegado a entender que no cabe deducir ningún tipo de derecho subjetivo de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III de la Constitución Política española. Solo en un caso se ha pronunciado a favor de un "núcleo indisponible para el legislador" a propósito del sistema de seguridad social, pues el artículo 41 "[...] consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo [...] *un núcleo o reducto indisponible para el legislador*" (cursivas añadidas). Prieto Sanchís, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 69.

[20] Refiriéndose al deber del Estado y de la Caja Costarricense de Seguro Social de prestar efectivo auxilio médico a las personas que viven con VIH, la SC indicó que, si bien esa decisión puede colocar a las autoridades de esa institución "[...] en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento", deben hacerlo. Véase SC, sentencia 5788-98, de

a la educación,[21] de la niñez[22] y a un medioambiente sano,[23] la SC ha sostenido la tesis[24] de que no puede alegarse la falta de

11 de agosto de 1998, así como sentencias 8758, 8757, 8756, 8755, 8648, 8647 y 5934, todas de 1997.

21 Sobre la disminución del calendario escolar por la falta de provisión de fondos en el Presupuesto del Ministerio de Educación para el año 2003, la SC indicó lo siguiente: "[...] El Derecho a la Educación, en sus tres vertientes —derecho a educar, derecho a elegir los educadores y derecho a aprender—, no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamiento de índole presupuestario. Los Derechos Fundamentales y Humanos son el fundamento y la base del entero ordenamiento jurídico y poseen una eficacia directa e inmediata y, ante todo, vinculan muy fuertemente a todos los poderes públicos, los que están obligados a crear las condiciones para su ejercicio efectivo y pleno respeto... Esos argumentos meramente crematísticos no tienen la virtud de enervar la aplicación y respeto del Derecho a la Educación en su manifestación específica de los educandos a aprender, dado que, este es un derecho que se encuentra consagrado en el texto constitucional y que, por ende, debe ser respetado y fortalecido y no cercenado". Véase SC, sentencia 856-03, de 5 de febrero de 2003.

22 El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 7739 de 6 de enero de 1998, en su artículo 4, párrafo *in fine,* establece que el Estado no puede alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones establecidas en este cuerpo normativo.

23 Véase SC, sentencia 6322-03, de 3 de julio de 2003.

24 Véase SC, sentencia 2794-03, de 8 de abril de 2003: "IV. Sobre la normatividad de los derechos prestacionales. La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las

presupuesto (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) como excusa de los entes públicos para no brindarlos a los justiciables, consecuencia lógica de su normatividad. Este criterio se ha visto complementado con la aprobación y ratificación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, por parte del Estado de Costa Rica.

El profesor Bazán puntualiza una serie de interrogantes que se plantean los estudiosos de estos temas, por ejemplo, si se trata de verdaderos derechos y, en caso afirmativo, quién es el sujeto obligado y quién es su titular.[25] Como sabemos, hay distintas perspectivas sobre los DESC. Hay quienes piensan que son normas programáticas de las que no es posible derivar un derecho subjetivo exigible al Estado. Otros ordenamientos jurídicos los normativizan como principios rectores de la política social y económica y, por ende, los sujetan a lo que disponga el legislador y a las disponibilidades presupuestarias (verbigracia, la Constitución española, arts. 39 y ss.) Para otros, se trata de derechos prestacionales no justiciables ante la jurisdicción constitucional u ordinaria; no hay un derecho subjetivo y el Estado únicamente está obligado a abstenerse de no discriminar cuando diseña, adopta o ejecuta políticas públicas.

En relación con su estructura, se afirma que no responde a una tipología única, sino que es heterogénea,[26] pues algunos son

normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal *per se,* sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada".

25 Bazán, Víctor, "Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre 'La garantía constitucional de los derechos sociales: progreso, dificultades o zonas de tensión'", en Bazán, Víctor (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 59-89.

26 *Idem*.

derechos de libertad (p. ej., el derecho a la sindicalización y a la huelga), aunque no por ello están exentos de ser sometidos a un régimen preventivo. Una gran mayoría son derechos de naturaleza prestacional, ya que el Estado debe efectuar acciones positivas para hacer posible su efectividad, por ejemplo, el derecho a la salud. En otros casos, como son los derechos laborales, se requiere de una garantía judicial. Por último, los hay de naturaleza multidimensional, por ejemplo, el derecho a la educación.

Un tema insoslayable es el relativo a la efectividad de los DESC. Algunos de estos derechos se derivan directamente de la Constitución y, como se dijo, imponen al Estado obligaciones prestacionales. En este caso particular, el principio de la fuerza normativa de la Constitución los arropa y se aboga por su efectividad inmediata. Empero, aun y cuando se vea con buenos ojos esta postura, lo cierto es que las limitaciones económicas y presupuestarias constituyen, en algunos casos, valladares insalvables para su efectividad. De ahí que se sostenga que es el legislador quien debe configurar el contenido de los DESC. Por consiguiente, la labor de los tribunales debe limitarse a dictar sentencias exhortativas, estructurales y, en algunos casos, a adoptar un sistema mixto, ya sea aceptando su derivación directamente de la Constitución, o bien, reconociendo que lograr su efectividad es competencia de los poderes del Estado.

III. La reserva reglamentaria. Alcances

A diferencia de lo que ocurre en Francia a partir de la promulgación de la Constitución de la V República de 1958, en Costa Rica no existe una reserva reglamentaria. La consagración de la reserva reglamentaria en la carta fundamental francesa supuso un giro copernicano, debido a que redefinió de manera radical la relación ley-reglamento. En efecto, en los numerales 34 y 37 se estableció que el ámbito de la ley se circunscribía exclusivamente a las materias reguladas en el primer artículo y, por consiguiente, aquellas que no correspondían al legislador quedaban reservadas al ámbito reglamentario. Las consecuencias de esta postura son de enorme trascendencia, tal y como acertadamente señala Hernández Gon-

zález.[27] En efecto, el parámetro del reglamento autónomo[28] ya no es la Constitución y la ley, sino únicamente la primera, junto con la jurisprudencia y los principios generales de derecho.

En segundo término, se produce una ruptura del principio de jerarquía normativa, pues es evidente que la relación entre la ley y el reglamento ya no se presenta verticalmente, sino que su relación es de exclusión de competencias o se determina sobre la base del principio de competencia.

Por otra parte, se desaplica el principio de presunción de competencia que regenta la potestad de legislar, dado que los dominios de regulación de la ley ya no tienen un alcance casi ilimitado, excluyendo las materias reservadas por la propia Constitución a otros órganos o entes, a otras fuentes normativas, o que constituyen contenidos constitucionales. Es decir, la ley "[...] pierde su carácter de ilimitado, desvalorizándose en favor del reglamento. El reglamento pasa a ser la regla, en tanto que la Ley es la excepción. En consecuencia, se afirma que el Ejecutivo detenta la 'competencia normativa del Derecho común', mientras que la potestad legislativa queda reducida a una simple 'potestad de atribución' [...]".[29]

No menos importante es el hecho de que el poder ejecutivo asume una potestad reglamentaria autónoma o independiente de la ley.[30] Desde esta perspectiva, la idea central en el constitucionalismo de que el reglamento es una norma subordinada, secundaria y al servicio de la ley, sufre un cambio sustancial, toda vez que el reglamento del poder ejecutivo tiene un ámbito fuera del control del legislador. Nótese que en Francia esta reserva llegó a tener tal alcance que una ley que regulaba materias reservadas al reglamento podía ser modificada por decreto, aunque bajo cier-

27 Hernández González, Francisco L., "La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril de 2004, pp. 465-494.

28 *Ibidem*, pp. 483 y 484. El autor hace una distinción entre reglamentos autónomos, que son aquellos que se dictan al tenor del art. 37 constitucional, los reglamentos ejecutivos, que desarrollan la ley, los reglamentos autónomos de organización y de servicio y los reglamentos de policía.

29 *Ibidem*, p. 486.

30 *Idem*.

tas condiciones: "En estos casos puede hablarse de 'deslegalización'; pero ya no opera en bloque (como veíamos respecto a la Ley de 1948), sino que se trata de una potencial deslegalización, caso por caso, previo dictamen del Consejo de Estado que aprecie su naturaleza materialmente reglamentaria. Esto no ha evitado un juicio fuertemente crítico por un sector de la doctrina, que lo ha calificado como 'antinomique a la democratie'".[31] Además de lo anterior, para proteger el ámbito de la reserva reglamentaria, el artículo 41 de la Constitución francesa "permite al Gobierno oponer la inadmisibilidad [...] a cualquier proposición de ley o enmienda aparecida en el curso del procedimiento legislativo en materia que no sea del ámbito de ley";[32] aunque, dada su naturaleza facultativa, no solo atendiendo a razones jurídicas, sino políticas, el Gobierno permite al Parlamento pronunciarse sobre ámbitos propios de la materia reglamentaria.

Para finalizar, no cabe duda de que la reserva reglamentaria conlleva la afectación de un elemento central del sistema democrático. La supremacía del Parlamento no es un idilio del constitucionalismo clásico, sino que supone la existencia de instituciones políticas y jurídicas que plasmen en la realidad institucional esta aspiración democrática. Para tal fin, ubicar a la ley como una fuente normativa subordinada únicamente a la Constitución, y subordinar el Reglamento a las dos últimas, implica, nada más y nada menos, una subordinación del poder ejecutivo al legislativo, por la razón elemental de que su fuente normativa es más potente o más resistente que el reglamento.

De esta forma, el reglamento debe subordinarse a la ley, y no a la inversa. Pero además de lo anterior, el régimen de impugnación de la ley es diferente al del reglamento, pues la primera solo puede ser anulada y expulsada del ordenamiento jurídico por violar el bloque de constitucionalidad, mientras que el segundo también puede ser anulado por vulnerar la ley. Así las cosas, la reserva reglamentaria implica el fortalecimiento del poder ejecutivo y el debilitamiento del poder legislativo, todo lo cual pone en un estado de incertidumbre a instituciones nucleares del sistema democrático.

---

31 *Ibidem*, p. 483.

32 *Idem*.

IV. La desaplicación de la reserva de ley en el desarrollo de los derechos fundamentales

Hay quienes sostienen que el principio de reserva de ley solo se aplica cuando se establecen limitaciones a los derechos fundamentales, mas no así cuando se trata de establecer regulaciones que no los limitan o cuando se trata de hacerlos efectivos. En estos supuestos, el poder ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria, bien puede regular la materia, sin perjuicio, claro está, de que también lo haga el Parlamento en virtud de los principios de fuerza, eficacia o autoridad de ley, de presunción de competencia y el de jerarquía normativa. El primero nos remite a la potencia (fuerza activa), a la resistencia (fuerza pasiva) y al régimen de impugnación de la ley. Así las cosas, una vez que la ley entra en vigor, esta deroga o modifica toda norma de igual o inferior rango; y no puede ser derogada ni modificada por una norma de inferior rango, es decir, la ley solo puede ser impugnada por razones de inconstitucionalidad y, por ende, solo una resolución de la SC la puede anular. En Costa Rica, la base constitucional de este principio la encontramos en el numeral 129 de la carta fundamental, que señala que la ley solo puede ser derogada, abrogada o modificada por otra norma posterior de igual rango.

Por otra parte, el principio de fuerza, autoridad o eficacia de ley es un presupuesto esencial del Estado social y democrático de derecho, toda vez que parte de una idea sustancial: el acto normativo parlamentario es superior en rango al acto normativo que emiten los otros poderes del Estado —en especial del poder ejecutivo—, lo que supone que todos los poderes del Estado, cuando ejercen la potestad normativa (Ley General de la Administración Pública, art. 6, inc. d), han de ajustarse a lo dispuesto por el legislador —principio de jerarquía normativa—. Cuando ello no ocurre se desconoce el rango normativo de la ley, que, en la escala jerárquica normativa, ocupa el tercer lugar en importancia después de la Constitución Política y los tratados internacionales (arts. 10 y 7). Por consiguiente, se vulnera un principio clave del Estado social y democrático de derecho.

Por su parte, el principio de presunción de competencia está recogido en el numeral 121, inciso 1, de la Constitución Política.

En efecto, la Asamblea Legislativa tiene como atribución exclusiva el dictar las leyes, reformarlas, derogarlas e interpretarlas, salvo en materia electoral. Por virtud de ese principio, el Parlamento, en el ejercicio de la potestad de legislar, puede regular cualquier materia, excepto aquellas que el derecho de la Constitución ha reservado, en forma exclusiva y excluyente, a otros entes u órganos, a otras fuentes normativas, o que constituyen contenidos necesarios de la Constitución Política.

Como es bien sabido, el principio de presunción de competencia es la expresión moderna del principio de la omnipotencia de la ley,[33] el cual tiene su origen en la concepción de la soberanía parlamentaria que se desarrolló en Gran Bretaña y, con menor intensidad, en Francia. Recordemos que la concepción del dominio de la ley en Gran Bretaña no admitía fisura, aunque hoy se ha visto relativizada. Como he señalado,

> BLACKSTONE, en una frase, sintetiza el fundamento del sistema británico, "the power of parliament is absolute and without control" (el poder del Parlamento es absoluto y sin control). En consecuencia, "tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier ley... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo"; es, por tanto, el verdadero soberano, esto es, "la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada".[34]

Según esta tesis extrema, que lógicamente conlleva un fortalecimiento del poder ejecutivo y un debilitamiento del Parlamento, y que afecta sensiblemente los equilibrios políticos e institucionales, el poder ejecutivo está habilitado para dictar reglamentos sin necesidad de ley previa, cuando con ello no se afecte el contenido esencial de los derechos fundamentales o su plena eficacia, lo que supondría la existencia de lo que se conoce en la doctrina como "reglamentos independientes". No se trata en este caso de los reglamentos autónomos de organización o de servicios, los cuales

---

33 Hernández Valle, Rubén, "La ley", AA. VV., *Ensayos de derecho constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1983.

34 Castillo Víquez, Fernando, *El control de constitucionalidad en Costa Rica. Las cuestiones de constitucionalidad,* Tesis para optar por el título de doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, 2002.

están plenamente justificados y no requieren de ley previa, sino de aquellos que regulan materias reservadas a la ley, pero que, al no limitar ni afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, pueden ser dictados por el poder ejecutivo sin necesidad de que haya una ley previa, esto según el criterio de algunos.

Como se verá en el apartado siguiente, esta postura desconoce importantes principios que conforman el Estado social y democrático de derecho y entraña peligros de una envergadura mayor.

V. Peligros de la desaplicación de la reserva de ley

La desaplicación del principio de reserva de ley, so pretexto de desarrollar los derechos fundamentales o con el objetivo de lograr su aplicación inmediata, presenta falencias y peligros. En primer lugar, hay derechos fundamentales que, dada su naturaleza, necesariamente se encuentran sometidos a un régimen represivo. En estos casos, son derechos que se ejercen sin necesidad de que haya una regulación previa, tal y como ocurre con la libertad de pensamiento, el derecho de reunión, la libertad de prensa, la libertad de conciencia, etc. Hay otros que, igualmente en razón de su naturaleza, así como dada su incidencia en el orden público y la afectación de derechos de terceros, están sometidos a un régimen preventivo. Por consiguiente, se requiere de una normativa que establezca las pautas para su ejercicio, así como las atribuciones de la Administración.

Otro tema que se ha discutido en la doctrina es el concerniente a los reglamentos independientes, instituto que tiene matices diferentes en aquellos Estados donde se reconoce la existencia de una reserva reglamentaria, que no es el caso de Costa Rica, pero sí el de Francia.

Sobre el tema se han acuñado dos teorías: una que considera inviable este tipo de reglamentos y otra que sí los admite. La tesis mayoritaria, con la cual concuerda el profesor García de Enterría, excluye la posibilidad de dictar reglamentos *ad extra*. En efecto, "[...] el Reglamento no puede ser independiente de la Ley, por la simple razón de que la creación del Derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en el Estado moderno

(salvo que la Constitución así lo precisara, como en el caso francés [...])".[35] Esta problemática está íntimamente ligada a la función del reglamento, pues esta "[...] ni es ni puede ser la de *suplir* a la Ley, la de *adelantarse* a esta, la de intentar ponerse a su nivel, sino más bien la de complementarla, la de desarrollarla o ejecutarla, la de colaboración con ella en las diversas formas que las técnicas de delegación legislativa habilitan"[36] (cursivas añadidas).

Ergo, cuando una materia ha sido reservada a la ley, no es posible que, en ausencia de esta, el poder ejecutivo dicte un reglamento, aun cuando con esa normativa secundaria se pretenda desarrollar el ejercicio del derecho fundamental. El principio de reserva de ley, límite material para el ejercicio de la potestad reglamentaria, se erige como una valla insalvable.

Así, cuando hay una reserva material, es decir, cuando el derecho de la Constitución determina las materias que solo pueden ser reguladas por ley, la posibilidad de que el poder ejecutivo dicte reglamentos independientes es inexistente: "Conforme a esta posición el límite esencial para los reglamentos independientes lo constituye la reserva material de ley, como ámbito que les está vedado en todo caso".[37]

La otra posición —minoritaria— la expone el profesor Ignacio de Otto, quien, después de concluir que la Constitución española no otorga al Parlamento una reserva de ley general, sino una parcial sobre determinadas materias, sostiene que en aquellas donde no hay una reserva de ley material se pueden dictar reglamentos independientes *ad extra*.[38] Díez-Picazo sostiene que esta tesis se basa en el

> [...] rechazo del argumento central de la doctrina mayoritaria, según el cual la interdicción de los reglamentos independientes en mate-

---

35 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, reimp. a la 3a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 1980, p. 191.

36 *Ibidem*, pp. 191 y 192.

37 Peñaranda Ramos, José Luis, "El régimen jurídico de los reglamentos", OpenCourseWare de la Universidad Carlos III de Madrid, p. 12, *https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod_page/content/16/leccion5.pdf*

38 Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 218.

> rias no organizativas deriva de la reserva general del artículo 53.1 CE [Constitución española], esto es, procede de la natural fuerza expansiva de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, de suerte que toda regulación de relaciones intersubjetivas afecta, de un modo u otro, a derechos fundamentales, coincidiendo así la reserva del citado artículo 53.1 CE con la vieja cláusula germánica de libertad y propiedad. Frente a esto, subraya De Otto, el tenor literal del artículo 53.1 CE, que reserva a la ley tan solo la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades, a la vez que pone de relieve la íntima conexión existente entre la mayoría parlamentaria y Poder Ejecutivo —hoy el auténtico conflicto es el que media entre mayoría y oposición— y la consiguiente legitimación democrática del Gobierno.[39]

La regulación de los derechos fundamentales a través de una ley formal es un asunto álgido de todo Estado que profesa ser uno social y de derecho. En esta dirección, la Constitución española no solo exige que la materia se regule mediante una ley, sino a través de una reforzada: la ley orgánica. En efecto, su numeral 80 establece que el desarrollo de los derechos fundamentales corresponde a una ley orgánica, que requiere la aprobación del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto, además de otras limitaciones procedimentales. Según el Tribunal Constitucional español, la noción de desarrollo implica una regulación general de los derechos y libertades, así como la ordenación de los aspectos esenciales de su régimen jurídico,[40] lo que incluye, aunque exclusivamente, las leyes que establezcan restricciones de los derechos y libertades.[41] Así pues, el desarrollo directo de los derechos y libertades fundamentales debe plasmarse en una ley orgánica, no así cuando meramente les afecten o incidan en ellos.[42]

---

39 Díez-Picazo, Luis María, "Concepto de ley y tipos de leyes", en Garrorena Morales, Ángel (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 154.

40 Véase Tribunal Constitucional español, STC 93/1988, de 24 de mayo (*BOE* núm. 143, de 15 de junio de 1988), y 173/1998, de 23 de julio (*BOE* núm. 197, de 18 de agosto de 1998).

41 Véase Tribunal Constitucional español, STC 101/1991, de 13 de mayo (*BOE* núm. 145, de 18 de junio de 1991).

42 Véase Tribunal Constitucional español, STC 6/1982, de 22 de febrero (*BOE* núm. 69, de 22 de marzo de 1982).

Lo dicho hasta ahora no implica desconocer que hay ámbitos en los cuales es posible ejercer la potestad reglamentaria sin necesidad de que exista una ley previa; empero, tratándose del desarrollo de los derechos fundamentales, la exigencia es mucho mayor, ya que los aspectos esenciales de su régimen jurídico están reservados a la ley y, por consiguiente, el poder ejecutivo carece de facultades para dictar reglamentos independientes en dicho ámbito.

Otro avatar que presenta la desaplicación del principio de reserva de ley consiste en la proliferación de los "decretos de media noche", lo que vulnera gravemente los principios de pluralismo político, transparencia y publicidad. El peligro se acrecienta en aquellos sistemas donde la elaboración, firma y promulgación de un decreto carecen de un procedimiento que garantice su regularidad y "[...] que su elaboración responderá a una adecuada tutela efectiva del interés público, y como medio de preservar los intereses de los potenciales afectados, lo que ha merecido reconocimiento constitucional".[43] En efecto, la Constitución española establece, en su artículo 105 a), que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

En nuestro medio, el numeral 361, incisos 2 y 3, determina que en la elaboración de disposiciones de carácter general se debe conceder audiencia a las entidades representativas de carácter general o corporativo para que expresen su parecer, dentro de un plazo de 10 días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente precisadas en el anteproyecto. Además, el poder ejecutivo o el Ministerio están autorizados a someter el anteproyecto a la información pública.

Esta normativa resulta insuficiente para garantizar los principios de pluralismo político, transparencia y publicidad, por varias razones. En primer lugar, la audiencia solo está prevista para los grupos formalmente organizados, excluyendo a aquellos que no lo estén —caso típico de intereses difusos—, lo que puede representar una fuerte afectación a los intereses trascendentes

[43] Peñaranda Ramos, José Luis, *op. cit.*, p. 16.

de la Nación —medioambiente, cuestiones electorales, recursos públicos, bienes públicos, patrimonio arquitectónico y cultura, etc.—. En segundo término, la ciudadanía podría ser sorprendida por reglamentos ejecutivos que afecten valores fundamentales de la población, so pretexto de favorecer a un determinado grupo en demérito de la colectividad.

Muy por el contrario a lo que hemos reseñado, la tendencia en Francia es abandonar la reserva reglamentaria y ampliar los ámbitos de regulación de la ley. En efecto, la Constitución de 1958, en el artículo 34, establece el ámbito material de la ley (las materias donde puede intervenir), así como los principios fundamentales. Por su parte, el artículo 37 constitucional francés crea una reserva reglamentaria en todas las materias que no le corresponde regular al legislador, es decir, aquellas que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario. Los reglamentos autónomos estaban sometidos únicamente a la Constitución. Así las cosas,

a) La ley (se rige por un criterio material) pierde su carácter ilimitado, desvalorizándolo a favor del reglamento. El reglamento pasó a ser la regla, en tanto que la ley es la excepción.
b) El poder ejecutivo tiene la potestad de ejecutar leyes, así como la facultad para aplicar o completar la legislación aprobada en el marco de las materias reservadas a la ley.
c) En la escala de valor jerárquico de las normas, las normas legales y reglamentarias entran en una relación de "yuxtaposición", es decir, dichas normas tienen el mismo valor normativo.
d) Autores como Hauriou sostienen que el principio de legalidad administrativa corresponde a la "conformidad de la Administración al Derecho". Esta es una concepción muy abierta en comparación a la de la actualidad (la Administración está sujeta a la ley).[44]

Sin embargo, a partir de los años setenta se experimenta una considerable extensión del ámbito de la ley, que goza de un "carácter atractivo" que le lleva a cubrir la mayor parte de las mate-

[44] Hernández González, Francisco L., *op. cit.*, pp. 486 y 487.

rias, incluso aquellas inicialmente reservadas al reglamento, sin que ello derive en su inconstitucionalidad.[45]

La ley recupera el ámbito que le era propio previo a la Constitución de 1958. Es a partir de 1962 que el Consejo de Estado francés aseguró, en su jurisprudencia, que los reglamentos deben ser conformes a las leyes y a la Constitución, es decir, surge lo que la doctrina denomina "la unidad del poder reglamentario".[46] A partir de este momento, la reserva de ley es delimitada por la lista del artículo 34 constitucional, así como por los derechos y libertades proclamados en el Preámbulo de la Constitución.

A su vez, el reglamento deja de tener un ámbito reservado porque, poco a poco, la ley ha intervenido en su ámbito de competencia.[47] Por último, los reglamentos deben respetar la ley —de no ser así, corren el riesgo de ser declarados inválidos—, unificándose el régimen contencioso. Así las cosas, se derrumba la creencia de que los reglamentos autónomos no requieren ser conformes a la ley, se restablecen los principios de jerarquía y supremacía de la ley y se restaura la competencia normativa de derecho común del Parlamento.[48]

Se puede afirmar que, en Francia, hoy existe un nuevo reparto de competencias normativas. Así, a la ley le corresponde regular detallada y ampliamente la materia, y al reglamento le compete la normación del desarrollo. En primer término, el carácter reglamentario de la materia a regular tiene una naturaleza secundaria o subsidiaria, mientras que la relación ley-reglamento *es* una relación de principal-accesorio: compete a la ley regular lo sustancial o principal, y al reglamento lo instrumental o complementario.[49]

Por otra parte, no se elimina la concepción de los reglamentos autónomos. Se sigue hablando de estos, "[...] pero no en el sentido de reglamentos no subordinados a la ley (inválidos, contra *legem*),

---

45 *Ibidem*, pp. 488 y 489.

46 *Ibidem*, p. 489.

47 *Ibidem*, p. 490.

48 *Idem*.

49 *Ibidem*, p. 491.

sino en el más estricto de reglamentos sin cobertura legal (aceptables, *praeter legem*)".[50]

Por último, los reglamentos autónomos y el ejecutivo son susceptibles de ser sometidos o confrontados por la ley, independientemente de su ámbito material. Por lo tanto, la limitación del ámbito de la ley no tiene más que un valor relativo, pues siempre que se quiera llevar a cabo una regulación sustancial de cualquier ámbito material será necesaria la intervención previa del legislador. Se concluye que:

1. No se puede hablar del "mito de la reserva reglamentaria".
2. Se hace una lectura de la Constitución francesa en el sentido de una "reconstrucción del principio de legalidad administrativa", que es la sujeción de la Administración a la ley.
3. Esta reconstrucción del concepto de legalidad permite a la doctrina francesa introducir figuras como *la reserva de ley,* como técnica jurídica para delimitar las competencias entre la ley y el reglamento.
4. De acuerdo con Tremeau, "la jurisprudencia constitucional debe levantar las dudas iniciales, limitando el reglamento a una simple función ejecutiva (aplicación de la ley), sin imponer la potestad reglamentaria como un poder indefectible, puesto que la ley no solo debe regular los aspectos importantes de la vida en sociedad, sino que [...] no puede evadirse de los sectores reservados".[51]

Por último, siguiendo la teoría de la esencialidad, las graves problemáticas sociales deben ser resueltas por el Parlamento. En efecto, coincidimos con la tesis de que las cuestiones más relevantes de una sociedad deben ser solucionadas por un órgano plural y democrático, siguiendo el criterio de la esencialidad deducido por el Tribunal Federal Constitucional alemán, el cual no supone una respuesta acabada, sino un punto de partida.

La idea central es que los asuntos más importantes que deban abordar los poderes constituidos (derechos fundamentales

[50] *Ibidem*, p. 492.

[51] Citado en *ibidem*, p. 494.

y algunas materias organizativas) han de quedar reservados a los órganos deliberantes de representación democrática directa, particularmente a los parlamentos. Otras materias han de quedar reservadas a la Administración. En este sentido, el magistrado Rueda Leal, en una nota separada, nos recuerda que el Parlamento,

> [...] por su misma configuración, es un órgano representativo de la soberanía popular, en el que confluyen fuerzas plurales y heterogéneas, de ahí que sin duda constituya, dentro de un sistema republicano, el escenario político más idóneo para el debate libre, igualitario y democrático de las diversas tendencias de pensamiento representadas en la Asamblea Legislativa, proceso en el que mayorías y minorías tienen su espacio y existe un importante control de la opinión pública, lo que da mayores garantías de que no se actúe de manera arbitraria. Por el contrario, en el Poder Ejecutivo, dentro del marco jurídico costarricense, las decisiones se adoptan obviamente de manera unilateral, no existe el mismo tipo de debate interno que caracteriza al Parlamento. Por ello, considero muy peligroso, permitir que la **regulación del contenido esencial de cualesquiera derechos fundamentales** le pueda ser atribuida al Poder Ejecutivo.[52]

VI. El populismo constitucional, herramienta de un Gobierno populista

El populismo es un movimiento político definido como una tendencia que pretende atraer a las clases populares. Los hay de izquierda y de derecha. Dadas sus consecuencias negativas en los diversos ámbitos —político, social y económico—, hoy en día este término tiene, por lo general, un sentido negativo, pues se asocia a prácticas políticas nocivas, tales como la demagogia, el clientelismo político, la corrupción, el abuso de poder y un menosprecio a las reglas básicas macroeconómicas para que haya economías sanas, prósperas y sostenibles.

Para quienes siguen esta praxis política, el fin justifica los medios y, por consiguiente, cualquier acción resulta justificada para

[52] Véase SC, sentencia 1692-16, de 3 de febrero de 2016.

alcanzar los objetivos políticos y perpetuarse en el poder, a pesar de que esta tenga serias consecuencias en el ámbito económico, afecte principios cardinales del Estado social y democrático de derecho o lesione los derechos fundamentales.

En aquellos sistemas jurídicos que visualizan a los DESC como principios rectores de la política económica y social sujetos a la disponibilidad presupuestaria y a lo que determine el legislador, la preocupación que exponemos no presenta problemas; no así en aquellos sistemas jurídicos donde a los DESC se les concibe como verdaderos derechos subjetivos oponibles no solo frente al Estado, sino ante terceros, lo que generalmente le impone al primero obligaciones de dar y hacer.

En principio, la materialización de los DESC no conlleva ninguna limitación a los derechos fundamentales; todo lo contrario, su desarrollo, que demanda acciones positivas del Estado, los hace efectivos. Siguiendo la tesis de que el principio de reserva de ley no opera en aquellos casos donde el objetivo de la acción estatal es su reconocimiento, ampliación o concretización, a través de decretos ejecutivos, y no de una ley en sentido formal, se les podría dotar de contenido.

A partir de esta idea, un Gobierno populista no tendría ningún problema, desde la óptica del derecho de la Constitución, para dotar a todas las clases populares de vivienda o conceder a los sectores menos favorecidos becas para tener acceso a la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y universitaria. Incluso, siguiendo esta lógica, se podría llegar a reconocer el derecho a la educación universitaria como un derecho fundamental. Y un tanto más se podría agregar en relación con la entrega de subsidios, bonos y otras gratificaciones, bajo el argumento de que se hacen efectivos los DESC y, de esa forma, se elimina la pobreza, se distribuye la riqueza, se reduce la brecha entre ricos y pobres, etcétera.

Ahora bien, cuando las políticas sociales no están sincronizadas con el uso racional y acorde a los estándares internacionales de las variables macroeconómicas —lo que se traduce en déficit fiscal, endeudamiento público, nivel de la carga tributaria, entre otros— y con el crecimiento del producto interno bruto, el resultado, cuando se recurre al populismo constitucional, es el de-

sastre económico y social, tal y como lamentablemente estamos viendo en algunos países de América Latina.

Hay que tener presente que no solo se daña la economía nacional, sino que el populismo afecta gravemente principios cardinales del sistema republicano, entre ellos: el de separación de poderes, el de independencia judicial, el de la imparcialidad del juez, lo que trae como resultado un régimen político hiperpresidencialista. Ello, obviamente, nos acerca o coloca en un sistema político autocrático, ya sea que este asuma la forma de un régimen hiperpresidencialista, autoritario o totalitario —donde, como es bien conocido, los destinatarios del poder carecen de vida política, no hay control político, hay un único detentador del poder, no hay medios de comunicación independientes y la oposición brilla por su ausencia—.[53]

Si lo anterior es grave, más aún lo es la afectación a los derechos fundamentales, pues estos regímenes populistas, cuando logran retener el poder político por un periodo prolongado, terminan por desconocer importantes libertades públicas a todas aquellas personas que se les opongan, tales como la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho de petición, etcétera.

El resultado final de esta historia es que, al desaplicar el principio de reserva de ley so pretexto de que solo es invocable cuando se trata de limitar las libertades públicas, no así cuando se busca su reconocimiento, desarrollo, u otorgar más derechos, el Gobierno populista encuentra en el decreto ejecutivo la herramienta constitucional y legal óptima para alcanzar sus objetivos políticos y ampliar su base electoral, con el fin de perpetuarse en el poder.

Es preciso aclarar que no nos oponemos a que un Gobierno desarrolle una política social agresiva para erradicar la miseria extrema y la pobreza. El meollo del asunto es que esta debe ser acorde al crecimiento de la producción y respetar en todo momento las reglas de oro que hacen posible una Hacienda pública sana y responsable.

---

53 Véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976.

VII. A modo de conclusión

A lo largo de estas líneas se puso en evidencia que una mala formulación del principio de reserva de ley tendría consecuencias funestas para la sociedad que decida transitar por ese camino. No puede ser de otra manera, ya que no es permisible modificar significativamente un postulado esencial del Estado social y democrático de derecho y esperar los mismos resultados que se venían dando antes de ese hecho.

Estamos conscientes de que la reserva de ley, acorde con los tiempos actuales, debe reformularse. Sin embargo, el fruto de este nuevo planteamiento no puede —ni debe— tener como resultado la exclusión del Parlamento en aquellos asuntos que se consideran esenciales para la sociedad, ni mucho menos en aquellos ámbitos que afectan la sostenibilidad del sistema económico y social y la disciplina fiscal.

Actuar en sentido contrario equivale a enaltecer a quienes abogan por el populismo —desgraciadamente esta es una epidemia que no ha sido posible erradicar, pese a las consecuencias negativas históricamente comprobadas— y celebran las condiciones para desmontar la democracia. En efecto, el populismo constitucional se constituiría como la herramienta jurídica ideal para que, a través de los decretos ejecutivos, se amplíe una serie de beneficios para los más necesitados, bajo el argumento de que, en este caso, no se están afectando los derechos fundamentales, sino ampliándolos.

De no ponerse fin a esta postura doctrinal y, por ende, de llegar a establecerse en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, se abriría la puerta para que un Gobierno de corte populista amplíe su base electoral a través de prebendas y otros beneficios propios del clientelismo político y, por esa vía, se perpetúe en el poder, causando una herida mortal al sistema democrático. Hay que tener presente que el sistema democrático es un Gobierno de medios, y no solo de fines.

Capítulo segundo
Populismo constitucional y los postulados de la democracia y el régimen republicano

I. Introducción

En el capítulo primero centramos el análisis en el principio de reserva de ley y la potestad reglamentaria, así como en su importancia para la sostenibilidad del Estado social y democrático de derecho. Ahora corresponde puntualizar los efectos de los gobiernos populistas en el régimen republicano. Muy a nuestro pesar, las tendencias populistas, lejos de menguar en América Latina, han ido en aumento, con el consecuente peligro para el régimen republicano y la democracia liberal.

Es claro que los términos "democracia" y "república" no son sinónimos. Se afirma que la primera es un modelo de elección de los gobernantes en un determinado Estado y que hoy, dadas las dimensiones del Estado nación, es representativa, aunque en los últimos años hemos sido testigos de una tendencia a potenciar los mecanismos de democracia directa o semidirecta. A su vez, la segunda nos remite a un diseño organizativo del Estado, aunque puede asumir distintas formas, tales como el régimen presidencial, el parlamentario, directorial, semiprecidencial, semiparlamentario, etcétera.

Ahora bien, hay que tener presente que hay principios de la república que son esenciales para sostener la democracia. Nos referimos a los principios de separación e independencia de los poderes, al ejercicio del poder con sujeción al bloque de legali-

dad, a la institución de la soberanía popular y a la primacía de los intereses generales sobre el interés particular. Así se infiere de la Carta Democrática Interamericana, específicamente de los numerales 3 a 6. Ergo, en las próximas líneas nos referiremos a la afectación al sistema democrático y a la transgresión del régimen republicano, teniendo presente esta distinción hasta donde sea posible, pues es difícil concebir un sistema democrático en el que no haya una vivencia efectiva de los postulados esenciales del régimen republicano:

> La República es la forma de gobierno en la cual la Democracia se funde al Estado de Derecho. Convicciones democráticas pueden llevar a una revolución, mas lo que la convertirá en Estado y en Derecho, en duración, es el Principio Republicano. La Democracia precisa de la República. Y, en cuanto mayor sea el control popular, cuanto más capaces de distinguir el bien común de los intereses privados, más republicanas serán estas personas y más democrático será el poder. Un régimen democrático, al satisfacer los deseos, necesita respetar el espacio público del bien común, pues la República es el espacio en que las mismas personas mandan y obedecen. La articulación entre la República y la Democracia es la participación y la dedicación a la cosa común, a la cosa colectiva.[1]

La democracia liberal se nutre de una serie de instituciones políticas y jurídicas cuyo eje central es limitar el poder político, pues, como señaló lord Acton, "el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente". La lógica del modelo es limitar el poder para garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona, que se encuentran consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el Estado de Costa Rica. Se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que todo el diseño institucional tiene como objetivo central la tutela efectiva de los derechos fundamentales, cuyo presupuesto es la dignidad de la persona humana.

Para tener claros los efectos de los gobiernos de corte populista sobre el régimen republicano resulta necesario analizar sus

[1] Cruz, Paulo Márcio, "Sobre el principio republicano", *Jurídicas*, Universidad de Caldas, vol. 6, núm. 1, enero-junio de 2009, p. 23.

presupuestos esenciales, en especial el principio de separación de poderes —o más correctamente denominado principio de separación de funciones—, el papel de la oposición y los partidos minoritarios, el principio de alternancia en el poder y, finalmente, la figura del fraude constitucional.

II. El principio de separación de poderes o funciones

La teoría y la práctica de la democracia parten de una premisa fundamental: la distribución del poder entre varios órganos. En efecto, la Carta Democrática Interamericana, en su numeral 3, considera la independencia de poderes como un elemento esencial del sistema democrático. Ahora bien, a pesar de que este principio se ha visto flexibilizado y hasta ha sido cuestionado por la irrupción de la democracia de partidos, lo cierto es que sigue siendo un pilar fundamental del Estado social de derecho, aunque hoy no tenga los alcances que tuvo en la democracia liberal.

Como sabemos, de este principio (*checks and balances*) se derivan dos consecuencias fundamentales. La primera, que se impide que un órgano fundamental del Estado concentre el poder más allá de lo razonable, lo cual supondría un peligro para las libertades y derechos fundamentales del individuo, fin último de toda sociedad democrática. En el lenguaje de la Sala Constitucional de Costa Rica (SC), este principio supone la asignación de funciones especializadas "[...] a diferentes órganos —Poderes— del Gobierno, y ha diseñado un complejo sistema de frenos y contrapesos como una garantía, la más importante, si se quiere, de la libertad. Desde esta perspectiva, la separación de funciones, *la fiscalización recíproca* y autolimitación de esos poderes, se yergue como un vallar de protección de los valores, principios y normas constitucionales en beneficio de todos los habitantes del país"[2] (cursivas añadidas).

La segunda, que entre los órganos fundamentales del Estado se da un control recíproco (control interórgano), lo que propicia

[2] Véase SC, sentencia 4091-94, de 9 de agosto de 1994.

un equilibrio esencial para el sistema democrático e impide, a la vez, que estos se extralimiten en sus competencias. De esta segunda consecuencia podemos extraer otra premisa fundamental, y es que todo órgano está sujeto a control, es decir, desde una perspectiva más dinámica, en un sistema democrático el ejercicio de toda potestad pública está sometido a controles.

Por otra parte, en el Estado democrático el ejercicio del poder es limitado y está sujeto a reglas previas y precisas, las cuales delimitan la competencia de los órganos y entes públicos, que fijan claramente sus potestades para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico les impone:

> En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de una definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso —para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado—.[3]

Pero el asunto va más allá. En el sistema democrático también se ha diseñado un conjunto de técnicas o remedios —sobre todo garantías de tipo procesal— con el fin de restablecer el equilibrio institucional u orgánico y funcional, alterado por una actuación de un órgano o ente público que se ha extralimitado en su competencia o que ha usurpado la de otro. Esto quiere decir que sujetar a los órganos y entes públicos a reglas precisas que definan su competencia es tan importante como contar con antídotos eficaces para restablecer el equilibrio cuando ocurra una violación flagrante al ordenamiento jurídico.

Cuando un líder populista asume la dirección del poder ejecutivo pueden presentarse varios escenarios posibles. Esto ocurre especialmente en los regímenes presidencialistas, en los que la fuente de poder es autónoma del Parlamento y, por ende, no re-

[3] Véase SC, sentencia 440-98.

quiere de la mayoría parlamentaria para iniciar, ejercer y cumplir su mandato dentro un periodo fijo —por lo general entre cuatro y cinco años— . El primer escenario posible es que no obtenga la mayoría parlamentaria. El segundo es que, además de no obtener la mayoría parlamentaria, su representación en el Parlamento sea muy escasa o insignificante. El tercero, que obtenga la mayoría parlamentaria. El último, que es el más peligroso para la institucionalidad democrática, es que obtenga una mayoría calificada, lo que le permite no solo reformar la Constitución, sino reducir a la oposición al mínimo.

En los dos primeros escenarios, y sobre todo en aquellos Estados donde hay elecciones de medio periodo para renovar parcial o totalmente el poder legislativo, el líder populista usará todos los recursos posibles para alcanzar la mayoría parlamentaria, e incluso una mayoría calificada. En estos y otros escenarios, no es de extrañar que se utilicen los recursos públicos para promover el clientelismo político, así como acciones gubernativas contrarias al principio de neutralidad electoral de quienes ejercen el poder transitoriamente. En los escenarios tres y cuatro, el partido de gobierno y su líder harán hasta lo imposible por conservar el poder y, de ser el caso, ampliarlo, sumiendo a la oposición en un estado de coma.

En contra de lo que estamos afirmando se dirá que es legítimo, e incluso razonable, que un partido político que ejerce el poder tenga por vocación mantenerse en él y hasta ampliarlo, con el fin de concretizar su programa de gobierno, el cual responde a una determinada ideología. Más aún, en los regímenes parlamentarios tal situación es normal, como lo demuestran las experiencias de Reino Unido,[4] Alemania[5] y España,[6] donde se han dado casos de partidos políticos que han gobernado durante largos periodos.

Empero, dicha realidad y la que ocurre con un partido o un líder de corte populista es sustancialmente distinta, por varias razones. En primer lugar, los partidos y sus respectivos líderes europeos comulgan con una posición democrática, es decir, no solo

[4] El Gobierno conservador de Margaret Thatcher.

[5] El Gobierno cristiano-demócrata de Helmut Kohl.

[6] El Gobierno socialista de Felipe González.

creen en la democracia, sino que su praxis política no tiene como elemento central el debilitar o socavar los presupuestos esenciales del sistema democrático. Por el contrario, están convencidos de la importancia del papel de la oposición para la institucionalidad democrática, por lo que, independientemente de las tácticas y estrategias políticas permitidas por el sistema, no tienen como objetivo político reducir a la oposición a su mínima expresión. Finalmente, y no por ello menos importante, su vocación política se orienta a garantizar las reglas básicas de la democracia, aunque ello suponga perder temporalmente el poder y pasar a jugar el papel del partido de oposición.

Todo lo contrario ocurre con el líder populista y su partido: él no está interesado en preservar los presupuestos esenciales del sistema democrático; antes bien, si es necesario, llega a socavarlo y a orillar a sus opositores con tal de alcanzar sus objetivos políticos, sin escatimar esfuerzos. Además, su praxis política se orienta a reducir a la oposición a su expresión mínima y, más aún, no duda en destruir esta institución política, pues se orienta a la consolidación de un Gobierno de corte autoritario, en el que los partidos políticos desaparecen de la vida política y se recortan las libertades y los derechos de los opositores.

En pocas palabras, el líder populista se encamina hacia un régimen de corte autoritario y, en palabras de Loewenstein,[7] en los regímenes presidencialistas se dirige hacia el hiperpresidencialismo, régimen en el que tiene un control casi absoluto de los poderes del Estado y, por consiguiente, socava el principio de separación de poderes y la institución de la oposición.

III. La oposición, un presupuesto esencial de la democracia

No hay democracia sin Parlamento ni Parlamento sin oposición. El papel de la oposición en una democracia es esencial. Cuando no hay un partido de oposición ni partidos minoritarios con re-

[7] Véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4a. reimp., Barcelona, Ariel, 1986.

presentación parlamentaria, quienes ejercen el poder tienen un amplio margen de maniobra, toda vez que pueden convertir sus intereses en leyes e, incluso, reformar la Constitución sin ningún tipo de obstáculo en el ámbito político. Además el control político se ve reducido al mínimo.

Es bien sabido que a la oposición y, en menor medida, a los partidos minoritarios con representación parlamentaria les corresponde una función cardinal en el sistema democrático. Su labor es ejercer el control político, pues es impensable que el partido de Gobierno, con representación parlamentaria, ejerza un control sobre las actuaciones y omisiones de quienes están conduciendo el poder ejecutivo. Es decir, tienen la tarea constitucional y política de ejercer la función de crítica, de vigilancia sobre las acciones y omisiones del Gobierno.

Pero no se debe confundir al partido de oposición. Este no cumple una función de obstrucción a través de estrategias y tácticas filibusteras. Una cosa es el partido de la oposición y otra muy distinta el "partido de la obstrucción". Hay que tener presente que la oposición actúa bajo el prisma de una visión constructiva, no destructiva. En esta dirección, no es permisible impedir la satisfacción objetiva de los intereses generales, ni mucho menos emprender acciones que deslegitimen el sistema democrático. Su función es ser un contrapeso para el partido de Gobierno, una alternativa de cara al próximo proceso electoral que, a través de elecciones periódicas, libres, disputadas y equitativas, debe demostrar por qué su oferta electoral es mejor que la del partido en el poder que busca la continuidad.

A través de la crítica constructiva, así como mediante las acciones políticas en el ámbito del control político que ponen al descubierto los actos del Gobierno que afectan los intereses generales, que riñen con los valores ético-funcionariales o que están colmados de torpeza política, la oposición representa una esperanza para el electorado, en caso de que el soberano decida darle el mandato. En pocas palabras, el partido de oposición "oxigena" el sistema cuando las acciones y omisiones del partido gobernante hayan enrarecido el ambiente político, social y económico, y representa una opción real para quienes consideren que es tiempo de cambiar el rumbo político del Gobierno.

Molas le asigna cuatro objetivos a la oposición. En primer lugar, ofrece una alternativa de Gobierno, con líder, programa y equipo humano, "[...] como una exigencia de la seguridad del sistema que cuenta con gobernantes de recambio preparados para asumir la dirección del país".[8] En segundo término, la oposición busca convencer al electorado de la conveniencia de un Gobierno distinto al existente. En tercer lugar, su actividad se dirige también a influir en el Gobierno, "[...] a fin de que este corrija errores, amplíe sus criterios de actuación o modere sus aristas".[9] Finalmente, la oposición integra demandas de ciertos sectores sociales, ideológicos o culturales.[10]

La oposición —nos recuerda Molas— es una institución política. En efecto, fue en 1937, en Reino Unido, cuando se reconoció jurídicamente la función de la oposición. "La *Ministers of the Crown Act* destinó una dotación al líder de la Oposición con cargo al Presupuesto. Con ello era reconocida jurídicamente como *His Majesty's Loyal Opposition* y dejaba de ser una realidad simplemente fáctica [...]".[11]

Son pocos los Estados que han constitucionalizado la institución de la oposición. Un ejemplo de estos es Colombia, cuya carta fundamental establece, en el artículo 112, que los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a este y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficiales; el uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales. Los partidos y mo-

8 Molas, Isidre, "La oposición en el parlamentarismo mayoritario", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, enero-abril de 1989, p. 59.

9 *Ibidem*, p. 61.

10 *Ibidem*, p. 62.

11 *Ibidem*, p. 58.

vimientos minoritarios tienen derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Corresponde a una ley estatutaria regular íntegramente esta materia.

Asimismo, el Congreso de Colombia emitió la Ley 1909, de 9 de julio de 2018, por medio de la cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y Algunos Derechos de las Organizaciones Políticas Independientes. Dicho cuerpo normativo establece el marco general para el ejercicio y la protección especial del derecho a la aposición de las organizaciones políticas y algunos derechos de las organizaciones independientes. Un elemento que llama poderosamente la atención es el numeral 3, que le da el carácter de derecho fundamental autónomo a la oposición política, la cual goza de especial protección por parte del Estado y las autoridades públicas. Como finalidad de la oposición, se señala que a esta le corresponde proponer alternativas políticas, disentir, criticar, fiscalizar y ejercer libremente el control político a la gestión de Gobierno, mediante los instrumentos señalados en el Estatuto correspondiente, sin perjuicio de los derechos consagrados en otras leyes.

Entre los derechos que se otorgan a la oposición se encuentran los siguientes:

a) financiación adicional para el ejercicio de la oposición;
b) acceso a los medios de comunicación social del Estado o que hacen uso del espectro electromagnético;
c) acceso a la información y a la documentación oficial;
d) derecho de réplica;
e) participación en mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular;
f) participación en la Agenda de las Corporaciones Públicas;
g) garantía del libre ejercicio de los derechos políticos;
h) participación en la Comisión de Relaciones Exteriores;
i) derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular, y
j) derecho a la sesión exclusiva sobre el Plan de Desarrollo y presupuesto.

Además de ello, la ley le otorga un financiamiento adicional a la oposición para su ejercicio, que consiste en una partida especial para el Fondo Nacional de Financiación Política, equivalente al 5% del monto del financiamiento del funcionamiento permanente de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, con destino a las organizaciones políticas declaradas opositoras al Gobierno nacional, quienes internamente garantizarán el manejo de los recursos asignados de acuerdo con los principios constitucionales y legales rectores del Estatuto. Esta partida se distribuye de manera proporcional entre todas ellas.

Un elemento fundamental en la sociedad de la información y de la comunicación es el acceso de la oposición a los medios de comunicación públicos y privados que usan el espectro electromagnético, tal y como lo establece el Estatuto de la oposición en su artículo 13. En esta misma dirección, y como es propio de una sociedad democrática en la que el libre mercado de ideas resulta fundamental, en especial en el debate político en condiciones de igualdad, se le garantiza a la oposición el acceso a los citados medios cuando se trata de alocuciones presidenciales.

Finalmente, la oposición tiene acceso a la información y a la documentación oficial, al derecho de réplica en los medios de comunicación social para responder a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por los altos funcionarios del Gobierno, y a la participación en mesas directivas de plenarias y corporaciones de elección popular, así como en la conformación de sus agendas.

La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia C-018/18, de 4 de abril de 2018, por la vía del control previo, declaró exequible el citado Estatuto, excepto en lo referente al numeral 30. Es importante resaltar dos aspectos de esta importante decisión. En primer lugar, el conceptual, que aborda el fundamento constitucional y político de la oposición. En segundo término, el papel de la oposición, tomando como marco de referencia si se trata de un régimen parlamentario o presidencialista. Sobre el primer aspecto, expresó lo siguiente:

> 206. El mandato constitucional de incorporar un estatuto de la oposición, con el fin de dotar de garantías concretas el ejercicio

de la oposición política aparece por primera vez en el constitucionalismo colombiano en el año de 1991; si bien, anteriormente, las Constituciones incluyeron disposiciones relativas al ejercicio de los derechos políticos, no se encargaron de enunciar, en concreto, las garantías para la oposición política.

207. De acuerdo con los debates de la Asamblea Nacional Constituyente con el estatuto de la oposición se buscó superar el sistema político "bipartidista" y cerrado al escrutinio ciudadano, denunciado en las sesiones de la Asamblea Constituyente, para darle a los distintos grupos políticos la posibilidad de pacíficamente y por las vías del derecho fiscalizar el poder, criticarlo y ofrecer alternativas para la alternancia política. Al respecto, el constituyente, Hernando Herrera Vergara manifestaría que con la creación de un estatuto de la oposición "nadie tendrá por qué hacer oposición clandestina, ni apelar a medios que no puedan utilizarse públicamente".

[...]

216. Dentro de los sistemas democráticos, la oposición desempeña un papel fundamental en la medida en que define la dinámica de los gobiernos de turno. De manera general, podría decirse que las funciones de la oposición en los sistemas políticos democráticos son: (i) expresarse sobre la dirección que toma (o debería tomar) el gobierno, ya sea a nivel general o sobre aspectos relevantes en la discusión de leyes o el desenvolvimiento de ciertas políticas; (ii) ejercer funciones de control del gobierno en turno, utilizando los recursos legales a su alcance y expresarse sobre los resultados de la actuación del gobierno y sus consecuencias; y (iii) prepararse para la alternancia, es decir, toda oposición tiene la responsabilidad de ostentarse como una opción de gobierno. En últimas, podría decirse que la oposición funciona como herramienta que materializa el control al poder, el pluralismo político y las condiciones de alternancia de gobierno, en el caso de los partidos políticos.[12]

En relación con el análisis de la oposición según el régimen político, manifestó:

[12] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-018/18. Referencia: Expediente RPZ-004 Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 03/17 Senado–006/17 Cámara, "Por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes".

> 219. En los sistemas parlamentarios, la oposición tiene un rol 'fluido' en las decisiones de gobierno y no solo en la formación de leyes. Por el contrario, los sistemas presidenciales se caracterizan por su forma electoral de 'suma cero' o 'todo o nada', donde el ganador se queda con todo y el perdedor sin nada, incluso si la elección ha sido resuelta por un solo voto. De este modo, mientras que en los sistemas parlamentarios existe un constante enfrentamiento entre oposición y gobierno, este debate, en los sistemas presidenciales es casi inexistente. Mientras que el sistema parlamentario maximiza la discusión y el encuentro entre gobierno y oposición; el presidencial maximiza la distancia entre estos dos.
>
> 220. En últimas, podría decirse que "el ejercicio de la oposición es claramente diferente en regímenes presidencialistas, ya que se constatan tendencias institucionales y culturales hacia la exclusión, frente a formas de gobierno que garantizan e incluso presionan la discusión y debate con la oposición, como el gobierno parlamentario". Y esto, precisamente justifica que la oposición en el presidencial sea estudiada de manera diferente a como funciona en los sistemas parlamentarios.[13]

En la citada sentencia se hace un análisis de los casos relevantes en los regímenes parlamentarios, concretamente en Portugal,[14]

---

13 *Idem*.

14 *Idem*. 235. El artículo 117.2 de la Constitución establece que una ley desarrollará los derechos de la oposición. La Ley 59 de 1977, reformada por la Ley 24 de 1988, establece el estatuto de la oposición. Consagra el derecho a la oposición en todos los niveles del gobierno (nacional, regional y local) y establece puntualmente quiénes son los titulares de este derecho: partidos políticos que no hagan parte del gobierno o que no ejerzan actividades ejecutivas en los niveles locales. Al desarrollar los derechos y garantías, establece el derecho a la información, a la consulta previa, a la participación, a declarar, establece medidas tendentes a asegurar la independencia de los medios de comunicación y fija un mecanismo de seguimiento de las garantías y los derechos de la oposición.
236. En cuanto al derecho a la información, señala que sus titulares tienen derecho a ser informados regularmente sobre el proceso de los principales asuntos de interés público. Este derecho obliga a los órganos ejecutivos a proporcionar esta información "*en un plazo razonable*".
237. Frente al derecho a la participación, establece que los partidos de oposición tienen derecho a pronunciarse por los medios constitucionales y legales de cualquier cuestión de interés público y, además, a participar y estar presentes en los actos y actividades oficiales que por su naturaleza requie-

Reino Unido,[15] Francia[16] y España,[17] en los que existe una serie de

ran de ella (artículo 6). Asimismo, el artículo 7 señala que los partidos de oposición tienen el derecho a pronunciarse, en el trámite legislativo, sobre los proyectos de ley que se refieran a las elecciones y al régimen de partidos. 238. Por último, establece que el ejecutivo de todos los niveles de gobierno debe presentar informes de evaluación del grado de observancia del respecto de los derechos y garantías consagradas en la ley, informes que se deben enviar a los titulares del derecho de oposición para que se pronuncien sobre ellos e, incluso, pueden ser objeto de discusión en la asamblea respectiva.

15 239. El reconocimiento legal del partido mayoritario por fuera del gobierno se dio con la expedición del *Minister of the Crown Act* de 1937, el cual estableció en su sección 5ª que "*There shall be paid to the Leader of the Opposition an anual Cortery of two thousand pounds*". Este criterio es solo para el partido mayoritario en la oposición, por lo que los terceros partidos minoritarios no tienen derecho a este financiamiento.
240. Por otro lado, la misma ley establece el "*opposition day*", donde la oposición tiene derecho de fijar el orden del día, ya sea para adelantar discusiones, debates o votaciones aprobatorias de leyes. Este día se celebra 20 veces en cada periodo constitucional de la cámara baja.

16 241. La Constitución francesa, en su artículo 48, establece que "*un día de sesión por mes está reservado al orden de la agenda en cada cámara a la iniciativa de los grupos de oposición y los grupos minoritarios*". Igualmente, en su artículo 51-1señala que el reglamento de cada Cámara "*reconocerá derechos específicos a los grupos de oposición de la Cámara correspondiente, así como a los grupos minoritarios*". Sumado a esto, establece, en su artículo 51-2, que en desarrollo de la misión de control y evaluación al gobierno, podrán crearse "*comisiones de investigación dentro de cada Cámara para recoger elementos de información*".

17 242. Entre las características más importantes del sistema electoral español, en lo que a funciones y efectos se refiere, se puede destacar que: (i) excluye a los partidos pequeños; (ii) ofrece ventajas para los principales partidos y el partido más grande o más votado; (iii) beneficia a los partidos del eje centro-derecha; (iv) produce efectos concentrados sobre el sistema de partidos; y (v) promueve la formación de mayorías.
El grupo parlamentario es el centro de gravedad del pluralismo político dentro de las Cortes Generales, y los diputados individuales se encuentran jurídica y políticamente limitados frente a los grupos. Con base en el Reglamento del Congreso de los Diputados y el Senado, los legisladores españoles optaron por potenciar la figura de los grupos parlamentarios en detrimento de la posición de los diputados individuales y autónomos. Como se puede ver en los artículos 25, 26 y 27 del Reglamento del Congreso, si algún o alguno de los diputados no quedara integrado en cualquiera de los grupos parlamentarios, se incorporaría automáticamente dentro del Grupo Mixto al vencimiento del plazo. Los grupos parlamentarios representan así

a los partidos, de modo que salvo el Grupo Mixto, los grupos parlamentarios se corresponden con los partidos políticos de forma individualizada.
Los grupos parlamentarios tienen cierta influencia frente a los proyectos de ley que el gobierno presenta a la cámara, donde a grupos y diputados, según el artículo 110.1 del Reglamento del Congreso, se les faculta para presentar enmiendas a los mismos, pero el escrito de enmiendas de los diputados deberá llevar la firma del portavoz del respectivo grupo parlamentario. Las enmiendas que sean a la totalidad del proyecto (y en las que se soliciten la devolución del proyecto de ley o se proponga un texto alternativo) sólo podrán ser presentadas por los grupos parlamentarios (artículo 110.3 del Reglamento del Congreso). Del mismo modo, sólo los grupos parlamentarios están facultados para mantener y defender esos votos particulares y enmiendas en la discusión plenaria, notificándolo previamente al presidente de la Cámara (artículo 117 del Reglamento del Congreso). Las proposiciones de ley pueden ser presentadas por un diputado siempre y cuando vayan acompañadas por la firma de otros catorce miembros de la cámara, o bien por un grupo parlamentario con la sola firma de su portavoz (artículo 126 del Reglamento del Congreso). La formulación de enmiendas, exige la firma del portavoz del grupo respectivo en las enmiendas al articulado, mientras que las enmiendas a la totalidad son privativas de los grupos. Así, el diputado individual en la vida parlamentaria tiene muy pocas posibilidades de intervención autónoma, y el control de los dirigentes del grupo es notorio.
Bajo este panorama, se ha concluido por lo general que los reglamentos y normas contienen pocas garantías formales para que la oposición y las minorías parlamentarias en la estructura parlamentaria española, desarrollen con efectividad sus funciones, lo que contrasta con lo observado en sistemas como el Reino Unido y Portugal. Esto se verifica desde el acceso a la Presidencia del Congreso y el Senado, cuya elección se rige por el principio de mayoría (artículo 37 del Reglamento del Congreso). Esto mismo se refleja en las Mesas del Congreso y el Senado, en la medida que su composición y capacidad de decisión responde al principio mayoritario. Sumado a esto, puede verse que la oposición no cuenta con garantías para interponer recursos ante el Pleno sobre órdenes impuestas por la mayoría y existe el riesgo de que ciertos grupos minoritarios no consigan tener presencia en las Mesas, impidiendo así su participación en las deliberaciones que en ellas tengan lugar. Al permitir un voto limitado, los promotores de la protección de las minorías sugieren que se establezca, al igual que en los sistemas parlamentarios belga y francés, el requisito de mayoría reforzada o absoluta a efecto de que obligue a negociar en la composición de la Mesa. También se ha propuesto que la fijación del orden del día quede al menos una vez a la semana en manos exclusivas de la oposición.
En lo que respecta a la Junta de Portavoces, ésta se encuentra integrada por un representante de todos los grupos parlamentarios (mayoría, oposición y minorías) y se reúne, para cada caso, bajo la Presidencia del Congreso y

garantías a favor de la oposición, tales como: dictar un estatuto de la oposición, el acceso a la información, el derecho de participación, la facultad para fijar el orden del día en 20 sesiones de la Cámara, el ejercicio del derecho de enmienda a las iniciativas legislativas, el derecho a participar en la Junta de Portavoces e integrar las comisiones especiales investigadoras, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la sentencia del caso *Manuel Cepeda vs. Colombia*, de 26 de mayo de 2010, concluyó que las voces de oposición resultan "imprescindibles en una sociedad democrática" y que "la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes

---

el Senado. Se ha señalado que es posible que dentro de la Junta la mayoría esté en inferioridad de condiciones respecto a unas minorías representadas a la hora de la discusión, así como por el hecho de que reglamentariamente se exige la adopción de acuerdos en función de un voto ponderado.

En lo correspondiente a las funciones de control, tales como preguntas e interpelaciones, se ha dicho que la ventaja de las preguntas es que pueden ser presentadas ante la Mesa de las Cámaras sin que se exija intervención de los grupos parlamentarios, dejándose en manos de los parlamentarios individuales la iniciativa de tomar alguna medida que pueda repercutir sobre un asunto del gobierno (artículo 185 del Reglamento del Congreso). Sin embargo, el problema al que nuevamente se enfrentan oposición y minorías, además de la admisibilidad de las preguntas por parte de la Mesa (y de las que se excluyen todas las de interés personal), es que en los órdenes del día no se seleccionan aquellas que destaquen por su impacto o trascendencia política, sino por el criterio de prioridad a los legisladores que no hubieran planteado otras en el mismo periodo de sesiones, así como por la proporcionalidad entre los grupos parlamentarios. Dentro de la práctica parlamentaria española la principal crítica sobre la efectividad de este instrumento de control es que su utilización deja mucho que desear cuando las Cámaras están dominadas por una mayoría sólida.

Por último, vale la pena destacar las comisiones de investigación especiales que prevé el reglamento del Congreso en España, en donde la Cámara de Diputados, a propuesta del gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, se podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público (artículo 52.1 del Reglamento del Congreso). Estas comisiones son integradas por diputados de los partidos fuera del gobierno, y se encargan de investigar temas de trascendencia nacional.

espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales".[18]

> Las democracias maduras son aquellas que, además de garantizar elecciones libres, periódicas, disputadas y equitativas en el proceso electoral, tienen instituciones sólidas para garantizar el ejercicio del poder —adoptar decisiones políticas en un plazo razonable, garantizando la participación de la oposición y los partidos minoritarios— y el control político. Es decir, donde la oposición es una institución sólida y cuenta con herramientas efectivas para cumplir su papel.

De ahí que no sea extraño que el líder populista, con su escasa vocación democrática, busque reducir a la oposición a la mínima expresión, o en algunos casos pretenda que exista, pero que no funcione. De esa forma busca encaminarse al ejercicio del poder político de manera autocrática, pues si controla los poderes legislativo y ejecutivo y reduce a la oposición, es solo cuestión de tiempo para que someta al poder judicial, al Tribunal Constitucional y a la Fiscalía General, aniquilando al régimen republicano, aunque la carta fundamental lo siga consagrando.

IV. La reelección presidencial indefinida

No es de extrañar que en el régimen parlamentario en el que hay una democracia sólida, un partido político ejerza el poder de forma consecutiva durante varios mandatos constitucionales y que el líder de ese partido permanezca al frente del Gobierno por un largo periodo. La situación se torna diferente en aquellos regímenes políticos presidencialistas de sociedades que tienen un trasfondo de corte autoritario, como ocurre en la mayoría de las sociedades latinoamericanas, donde, pese a adoptar el régimen republicano después de los procesos de independencia, la visión caudillista y autoritaria estuvo presente, a tal extremo

[18] Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213, párr. 173.

que muchas de las instituciones republicanas eran decorativas o habían desaparecido.

Para nadie es un secreto —y así lo demuestra la realidad latinoamericana— que la reelección presidencial sucesiva e indefinida, no así la escalonada o alternativa, se ha utilizado como mecanismo para que un líder de corte populista se perpetúe en el poder. De ahí la importancia de estudiar los distintos fallos que han emitido los tribunales constitucionales, así como un informe muy relevante de la Comisión de Venecia sobre el tema, solicitado por el secretario general de la Organización de los Estados Americanos, y una opinión consultiva (OC) de la Corte IDH que se reseñará más adelante. La discusión ha versado sobre varios temas. En primer término, si hay un derecho fundamental a la reelección presidencial o no (sufragio pasivo). En segundo lugar, si la reelección presidencial socava o lesiona el principio de alternancia en el poder. Y, finalmente, si el tema de la reelección presidencial pertenece a la parte orgánica de la Constitución o si, por el contrario, está ubicada en la parte dogmática.

Sobre el primer punto, es dable mencionar que la Sala Constitucional de Costa Rica, en la sentencia 2771-03 (votación dividida en cinco a favor y dos en contra) declaró inconstitucional la reforma al artículo 132, inciso 1), de la Constitución Política, realizada por la Ley 4349, de 11 de julio de 1969, mediante la cual se prohibió la reelección de quienes hubieran ejercido la presidencia de la República durante cualquier lapso (presidente, vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiera ejercido durante la mayor parte de un periodo constitucional).

El argumento principal de la sentencia se encuentra en los considerandos VIII y IX, aunque inicia realmente en el considerando VI, inciso A), cuando afirma que las dos decisiones más importantes a las que se enfrenta una sociedad son la elección de un modelo económico[19] y la elección de su sistema político. Pos-

[19] Si bien he sostenido la tesis de que todo constituyente se enfrenta al problema de definir el modelo económico que desea para la sociedad en un momento histórico determinado (véase Castillo Víquez, Fernando, *Elementos económicos en la Constitución Política*, San José, Editorial Juritexto, 1992), hay autores que indican que la Constitución es neutra. Véase, entre

teriormente, en el considerando VII, se esboza que, tal y como lo demuestra la historia, el pueblo de Costa Rica no ha querido, desde su independencia, dejar a la voluntad de una o varias instituciones ni el *núcleo* de derechos fundamentales ni el sistema político y económico, sino que cualquier cambio en ellos debe ser producto de un acuerdo que abarque un espectro político mucho mayor y mucho más independiente que los avatares político-electorales, de tal forma que su extensa aceptación social no solo sea perdurable en el tiempo, sino que sea efectivamente una manifestación de la voluntad popular.

Posteriormente, en el considerando VIII, se expresa que el principio de rigidez constitucional es una garantía que el pueblo decidió darse: "La 'rigidez' significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios políticos electorales de naturaleza circunstancial y transitoria". En este considerando, el Tribunal Constitucional también menciona el propósito de las *cláusulas pétreas*, aunque no nos indica en qué consisten.

Por último, en el considerando IX señala que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales, dado el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política, para concluir que la reforma parcial impugnada, al prohibir en forma total la reelección presidencial y afectar negativamente los derechos políticos de los ciudadanos, provoca que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio del poder constituyente, haya excedido los límites de su competencia:

> La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los

otras, Montoya Martín, Encarnación, *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

> ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podrá intentar una reforma de tal naturaleza.

En virtud de lo anterior, la reforma parcial impugnada contiene un vicio de procedimiento y, por consiguiente, es nula.

De acuerdo con nuestro punto de vista, los aciertos del voto de la mayoría, además de restablecer la reelección presidencial (la cual, en palabras de Jurado Fernández, como institución política no es necesariamente mala[20] —agregamos nosotros cuando no es inmediata e indefinida—) consisten en reafirmar el principio de rigidez constitucional y señalarle a la Asamblea Legislativa un límite material en su competencia, en el ejercicio del poder constituyente.

Además de observar el principio de rigidez constitucional, es preciso tener en cuenta que el poder reformador tiene límites de naturaleza material o sustancial, según la terminología de Saborío Valverde.[21] En esta dirección, la competencia de la Asamblea Legislativa no solo está definida por un criterio cuantitativo, sino también cualitativo. Desde esta perspectiva, el argumento de la mayoría es acertado al señalar la incompetencia de poder reformador cuando la modificación implique variar aspectos esenciales de la vida política, social y económica o desconocer los derechos fundamentales, aunque, paradójicamente, conlleva

---

20 Jurado Fernández, Julio, "Peligroso rediseño del sistema constitucional", *La Nación*, 27 de julio de 2003.

21 Saborío Valverde, Rodolfo, "Los límites a las reformas parciales a la Constitución y la jurisprudencia constitucional", *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 3, núm. 3, 1995, pp. 62-74. El citado autor considera que la Asamblea Legislativa, como poder reformador, se "[...] enfrenta en el ejercicio de sus competencias a límites intrínsecos derivados de la propia organización constitucional y de los principios y valores predominantes en la sociedad. Aunque acepta la existencia de límites sustanciales a las competencias del constituyente derivado en materia de reforma parcial al texto fundamental, considera que la Sala Constitucional no es competente para ejercer ese control, sino quien tiene la competencia es la propia Asamblea Legislativa, quien ejerce un autocontrol con el fin de que, en ningún momento, se traspasen los límites sustanciales derivados del propio orden político y social recogido en la Carta Fundamental".

un enorme riesgo para el sistema democrático, como se tendrá ocasión de analizar más adelante. En lo referente a estos últimos —como bien lo expresa Loewenstein cuando aborda el tema de las disposiciones intangibles y los límites inmanentes a la reforma constitucional—, las posturas más radicales, en el sentido de pregonar la inconstitucionalidad de aquellas reformas que los afecten, tuvieron que ceder ante las exigencias de la vida en comunidad, la cual día a día se ha vuelto más compleja y requiere de finos y cambiantes equilibrios.[22]

El profesor Brewer-Carías hace un análisis profundo de distintos fallos que han dictado los tribunales constitucionales en América Latina en materia de reelección presidencial.[23] La Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional la Ley 1353 del 2009, que tenía como propósito autorizar la reelección presidencial por dos periodos constitucionales consecutivos, lo que permitía que un ciudadano ejerciera la presidencia de la República por 12 años, argumentando que quebrantaba el principio de alternabilidad democrática.

En la sentencia C/141/10, de 26 de febrero del 2010, la Corte colombiana expresó que

> [...] lo que distingue a la república es el énfasis puesto en la legitimidad derivada de las elecciones, la importancia concedida al carácter

[22] Loewenstein, Karl (*op. cit.*, p. 194) nos advierte lo siguiente: "Pero tanto la concepción anglosajona sobre la inalienabilidad de los derechos fundamentales o la francesa sobre su concreción a través de la voluntad general, han tenido que ser llevadas en su efecto final práctico a una solución más congruente. También en Inglaterra y Estados Unidos los derechos fundamentales tuvieron que aceptar limitaciones en interés de la vida comunitaria. Esto ha sido siempre reconocido tanto por la jurisprudencia americana como británica. Aun cuando la libertad y la igualdad fueran traídas del estado natural a la sociedad estatal, su ejercicio está sometido a las condiciones de la vida comunitaria; son, por lo tanto, relativas y no absolutas. En la demarcación entre los intereses individuales y colectivos, que constituyen su tarea principal e interminable, la Supreme Court ha partido siempre de la idea de que no existen derechos de libertades absolutas y de que tampoco son posibles en un orden comunitario".

[23] Brewer-Carías, Allan R., *La jurisdicción constitucional en el contexto democrático latinoamericano: el dilema entre el derecho a la democracia y reelección presidencial,* Nueva York, mayo de 2019.

> periódico y disputado de los comicios, junto con la temporalidad del jefe del Estado y la garantía del derecho político a concurrir a la justa electoral, con el fin de elegirlo en condiciones de igualdad. La forma republicana procura así que el ejercicio temporal de la suprema magistratura permita, cada tanto, la postulación de varios ciudadanos con idéntica oportunidad, así como la intervención del cuerpo electoral integrado por todos los ciudadanos que, al efecto, se encuentran dotados de igual derecho para escoger al candidato de sus preferencias.

Sobre el principio de alternancia en el poder estableció, como principio toral de la democracia, que los gobernantes "[...] no son elegidos por un plazo indefinido o para que se perpetúen en el ejercicio del poder, sino que periódicamente han de llevarse a cabo elecciones para proveer sus plazas". En este sentido, señaló: "la idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas", de modo que la alternancia en el ejercicio del poder "cobra una doble dimensión: (i) como eje del esquema democrático y (ii) como límite al poder político", de manera que "en una democracia toda autoridad es rotatoria", no existiendo "cargos de elección popular vitalicios, pues para todos ellos, sin importar su rango, se establece un término fijo señalado por la Constitución o la Ley".[24]

Enseguida, la Corte refirió que, según su sentencia C/1040/2005, si bien la reelección inmediata por un periodo no configura una sustitución del principio de alternancia en el ejercicio del poder,

> [...] un tercer período en el ejercicio del poder, que fuera el resultado de una segunda reelección presidencial, desvirtuaría el principio de alternación, ya que mantendría en el poder a una persona e impondría la reproducción de una misma tendencia política e ideológica durante un lapso mayor al que es juzgado razonable de acuerdo con las reglas de funcionamiento de un régimen presidencial típico y al que el propio constituyente colombiano estableció, tanto en la versión original de la Carta de 1991, como en la reforma válidamente introducida mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2004.

[24] Extracto de la sentencia C/141/10 de 26, de febrero de 2010, citado por Brewer-Carías, Allan R., *op. cit*.

Ergo, "la segunda reelección y el tercer período consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y [...] esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva", declarando en definitiva que "la Ley 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instituya vulnera la Carta y debe ser declarada inconstitucional", resultando "inexequible en su totalidad".

Una posición diametralmente opuesta a la de la Corte Constitucional colombiana es la que asume su homóloga de Ecuador en la sentencia 001-14-RC, de 31 de octubre de 2014. En relación con ello, y como explica el profesor Brewer-Carías,

> [...] los procesos de elección y reelección de autoridades públicas se circunscriben a un ejercicio de la democracia directa dentro de un Estado constitucional, en el cual el pueblo es libre de elegir y reelegir a los gobernantes "como manifestación de la confianza del electorado en el desempeño de sus funciones;" procesos donde "el elemento central de la participación es el principio de igualdad" tanto para ejercer el derecho de elegir como el derecho a ser electo. En ese contexto del derecho a la "participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público" (art. 9), la Corte consideró que "la posibilidad de candidatearse afianza la participación ciudadana, autoridades que ejercen la facultad de ser reelectos por más de una vez deberán someterse a la transparencia de legitimidad a través de un proceso eleccionario democrático en el que el pueblo decidirá su reelección o no".
>
> De allí la conclusión de la Corte en el sentido de que "la actual Constitución ecuatoriana del año 2008 no reconoce a la alternancia como un elemento de la forma de gobierno"; o, en otras palabras, la Constitución "no consideró a la alternancia como un elemento que forme parte de la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, ni tampoco como una característica esencial de la forma de gobierno".

> Sin embargo, terminó la Corte afirmando que, si bien la alternancia no se encuentra dentro de los elementos constitutivos del Estado, ello "no significa que haya desaparecido del régimen democrático ecuatoriano", pues la misma es, en definitiva, "el resultado del derecho constitucional de participación de elegir". Así, la Corte Constitucional redujo el principio de la alternabilidad al principio electivo, como fraudulentamente lo hizo la Sala Constitucional de Venezuela, en la sentencia que dictó en la materia en 2009, y que se comenta más adelante.
>
> De todo ello, la Corte concluyó con que "la propuesta de modificaciones del texto constitucional no altera la estructura fundamental, o el carácter o elementos constitutivos del Estado", aceptando que era procedente sancionar las mismas mediante el procedimiento de la Enmienda, declarando entonces sin lugar las acciones de nulidad por inconstitucionalidad.[25]

Como es bien sabido, en Ecuador, en el año 2018, por vía de referéndum con una abrumadora mayoría, se aprobó una reforma a la carta fundamental mediante la cual se establece la reelección de los funcionarios públicos solo por un periodo.

El profesor Brewer-Carías refiere que, en el caso de Venezuela, el Tribunal Constitucional desconoció el principio pétreo a la alternancia republicana:

> La Constitución dice: "El gobierno es y será siempre alternativo" (art. 6), buscándose evitar el continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona; principio que solo podría ser modificado mediante el mecanismo de una Asamblea Nacional Constituyente. Dicho principio, por supuesto, no se puede confundir con el principio del gobierno "electivo" o el más general principio "democrático" que el mismo artículo 6 de la Constitución establece, pues una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que impide poder escoger al mismo gobernante ilimitadamente.
>
> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, a comienzos de 2009, y luego de que el pueblo mediante referendo de diciembre de 2007 rechazara el proyecto de reforma constitucional que pretendía eliminar el principio de la alternabilidad republicana

[25] *Idem.*

> estableciendo la reelección indefinida del presidente de la República, para "facilitar" la posibilidad de reformar el principio mediante una "Enmienda constitucional" para eliminar la alternabilidad republicana; mediante sentencia No. 53 de 3 de febrero de 2009 procedió a "interpretar" el artículo 6 de la Constitución afirmando, en contra de su texto, que el principio de la alternabilidad "lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes", confundiendo fraudulentamente "gobierno alternativo" con "gobierno electivo". Por ello, fue falso lo que afirmó la Sala Constitucional en la misma sentencia en relación con el principio de la alternabilidad, el sentido de que "sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones".
>
> Con su sentencia, la Sala Constitucional lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución pues, al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ser electo para cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, sí trastocaba el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder".

Por otra parte, en Nicaragua se declaró inconstitucional una norma constitucional (el art. 147) que prohibía la reelección presidencial:

> En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de Nº 504 del 19 de octubre de 2009,[26] a pesar de la prohibición constitucional expresa que prohibía la reelección, al decidir una acción de amparo constitucional que se había intentado contra una decisión del Consejo Supremo Electoral rechazando la presentación de diversas candidaturas por parte de ex funcionarios que buscaban precisamente la reelección prohibida en sus cargos, en la materia, resolvió para permitirla, proceder pura y simplemente a "reformar" o "mutar" la Constitución, declarando inconstitucional la norma constitucional que prohibía dicha reelección presidencial, y en consecuencia declarándola inaplicable.[27]

[26] Véase, sobre el caso de Nicaragua, Escobar Fornos, Iván, "Relaciones y tensiones de la justicia constitucional con los poderes del Estado: crisis permanente (democracia, gobernabilidad y el Tribunal Constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 15, 2011, pp. 67-137.

[27] Brewer-Carías, Allan R., *op. cit*.

> Es decir, la Sala Constitucional de la Corte Suprema en Nicaragua en una forma por demás bizarra, declaró la inconstitucionalidad de una norma constitucional, con lo cual mutó la Constitución, permitiendo así la reelección presidencial en dicho país en particular del presidente Daniel Ortega, que era el propósito buscado, lo que se materializó en las elecciones generales de noviembre de 2011, y luego, en las elecciones de 2016.[28]

En Honduras, el Tribunal Constitucional desaplicó la Constitución Política siguiendo la misma línea argumentativa de la Sala Constitucional de Nicaragua. Igual situación se presentó en el caso de Bolivia,

> [...] donde el presidente Evo Morales pretendió, en 2015, mediante referendo, introducir el principio de la reelección indefinida para perpetuarse en el poder y eliminar la restricción que establecía la Constitución que limitaba el ejercicio de cargos electivos a solo dos períodos, pretensión que fue rechazada por el pueblo mediante referéndum.
>
> Ante el rechazo popular de la pretensión presidencial, de nuevo, el Tribunal Constitucional Plurinacional salió presto a resolver la pretensión de Morales, y en la misma orientación de lo decidido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras, procedió a desarrollar un absurdo proceso, declarando inconstitucionales las normas de la propia Constitución, e ignorando el derecho del pueblo a la democracia, y a la alternabilidad republicana. Ello lo hizo mediante sentencia No. 84 dictada el 28 de noviembre de 2017, decidiendo el derecho de una sola persona a ser reelecta cuantas veces quisiera tenía prevalencia frente el derecho de todo un pueblo a la alternabilidad republicana, no solo inserto en la Constitución, sino expresado formalmente por el pueblo en el referendo mencionado.[29]

Después de este repaso que realiza el profesor Brewer-Carías a los fallos de los tribunales constitucionales de algunos Estados de América Latina que ejercen el control de constitucionalidad, podemos constatar que la reelección presidencial inmediata e indefinida en los regímenes presidencialistas socaba el principio de alternancia en el poder y da pie a que se desconozcan los principios torales

[28] *Idem.*

[29] *Idem.*

del régimen republicano, como son: el de separación de funciones o de poderes, el de independencia judicial, y el de imparcialidad en el ejercicio de la función electoral, propiciando un camino hacia el autoritarismo, con el consecuente perjuicio para los derechos fundamentales consagrados en la carta fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.

Corresponde ahora reseñar el informe que elaboró la Comisión de Venecia sobre la reelección presidencial a solicitud del secretario general de la Organización de los Estados Americanos.[30] En dicho informe se concluye que no existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección presidencial:

> La posibilidad de presentarse para un cargo para otro período prevista en la legislación es una modalidad, o una restricción, del derecho a la participación política y, específicamente, a contender por un cargo.
>
> 118. Según las normas internacionales, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de su forma de constitución o gobierno, los Estados deben adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que puedan ser necesarias para garantizar que los ciudadanos tengan efectivamente la posibilidad de gozar de los derechos protegidos. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos que ampara el artículo 25 no deben ser discriminatorias y deberán basarse en criterios objetivos y razonables.[31]

Sobre si los límites a la reelección restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los candidatos, la Comisión refiere que:

> [...] en las democracias modernas, a pesar de que el principio del sufragio universal disfruta de amplia aceptación y protección cuidadosa, el derecho de ser elegido puede verse limitado con mayor facilidad como consecuencia tanto de los requisitos legales como del número limitado de puestos de elección disponibles.

---

30 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), Informe sobre los Límites a la Reelección, Parte I- Presidente, aprobado en su sesión 114, sesiones plenarias, Venecia, 16 y 17 de marzo de 2018, Estudio núm. 908/2017.

31 *Ibidem*, p. 26.

> Los límites a la reelección presidencial son comunes tanto en sistemas presidenciales como semipresidenciales y también existen en los sistemas parlamentarios (tanto cuando el Jefe de Estado es elegido directamente como indirectamente), mientras que en estos últimos sistemas no se imponen para los primeros ministros, cuyo mandato, a diferencia del de los presidentes, puede ser retirado por el Parlamento en cualquier momento. En los sistemas presidenciales y semipresidenciales, los límites a la reelección presidencial representan entonces un medio para reducir el peligro del abuso del poder por el jefe del poder ejecutivo. Así pues, persiguen los fines legítimos de proteger los derechos humanos, que deben ser neutrales y no ser impuestos o eliminados de tal manera que se destituyera a un servidor en funciones o se asegurara la continuidad del mandato del gobernante de turno (por ejemplo, al eliminar los límites a la reelección). Es posible evitar este riesgo si estos cambios no benefician al mandatario en funciones.
>
> 121. En conclusión, los límites a la reelección que satisfacen los criterios anteriores no restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los candidatos.[32]

Y sobre si los límites a la reelección restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los electores, señala:

> En una democracia constitucional y representativa queda implícito que los representantes ejercen solamente los poderes que se les asignan de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Las elecciones genuinas, libres y periódicas acordes con el párrafo (b) del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son esenciales para asegurar la rendición de cuentas de los gobernantes en el ejercicio de los poderes que se les confieren. Estas elecciones deben celebrarse a intervalos que no sean indebidamente prolongados y que aseguren que la autoridad del gobierno continúe basándose en la libre expresión de la voluntad de los electores.
>
> 123. Es cierto que los límites a la reelección pueden desalentar a los votantes de seleccionar de nuevo a un Presidente o ex presidente. Sin embargo, esta es una consecuencia inevitable de la necesidad de restringir el derecho a la reelección de un Presidente o de un ex presidente. Como se argumentó anteriormente, los límites a la reelección tienen como objetivo preservar la democracia y proteger el

[32] *Ibidem*, pp. 26 y 27.

> derecho humano a la participación política. Contribuyen a garantizar que las elecciones periódicas sean "genuinas" en el sentido del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 23(1b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a asegurar que los representantes sean libremente elegidos y responsables ante los ciudadanos. Adicionalmente, cuando el pueblo decide adoptar un sistema presidencial o semipresidencial, también tiene la facultad de decidir el poder presidencial y el período de la presidencia. Por lo tanto, los límites a la reelección presidencial son una restricción autoimpuesta al poder del pueblo de elegir libremente a un representante con el objetivo de mantener un sistema democrático.
>
> 124. En opinión de la Comisión y a la luz del análisis comparativo de las constituciones de los 58 países considerados, abolir los límites a la reelección presidencial representa un paso atrás en materia de logros democráticos. Sea como fuere, si el pueblo desea modificar los límites a la reelección, ha de buscarse una enmienda constitucional acorde con las normas constitucionales aplicables.
>
> 125. En la medida en que una prohibición o restricción a la reelección pueda afectar el derecho y la capacidad de los ciudadanos de hacer responsables a quienes ocupan el poder, cabe resaltar que esta capacidad siempre se ve limitada por condiciones legales relacionadas con las reglas del sufragio, como edad, ciudadanía y capacidad legal, entre otras, así como por los reglamentos que rigen el derecho de postularse y aparecer en la boleta, es decir, las normas de nominación.
>
> 126. Adicionalmente, los límites a la reelección pueden promover la rendición de cuentas de los funcionarios electos al ayudar a prevenir concentraciones de poder inapropiadas.[33]

Finalmente, en relación con la mejor manera de modificar los límites a la reelección en un Estado constitucional, la Comisión se decanta por la postura que a continuación se expone:

> 127. Los límites a la reelección presidencial están consagrados en la Constitución; por lo tanto, se requiere una reforma constitucional para modificarlos. Solamente el pueblo, que tiene poder soberano legal, puede modificar el alcance de la delegación que le otorgó al Presidente. La decisión de alterar o eliminar los límites a la reelec-

[33] *Ibidem*, pp. 27 y 28.

ción presidencial debe sujetarse a un escrutinio y debate públicos minuciosos y debe respetar plenamente los procedimientos constitucionales y legales relevantes.

128. Cuando se proponen reformas constitucionales que aumenten o prolonguen los poderes de los altos niveles de Estado, dichas enmiendas (de ser promulgadas) solo deberían surtir efecto para los mandatarios futuros y no para el funcionario en el cargo.

129. Aunque la aprobación por referendo fortalece la legitimidad de la enmienda constitucional, la Comisión estima que para una reforma constitucional es igualmente legítimo incluir o no un referendo popular como parte del procedimiento. Sin embargo, recurrir a un referendo no debería ser utilizado por el ejecutivo con el fin de eludir los procedimientos parlamentarios de enmienda. Los referendos populares orientados a abolir los límites a la reelección presidencial son particularmente peligrosos, en tanto que generalmente es el presidente en funciones quien —directa o indirectamente— pide el referendo y el referendo mismo es una manifestación de los poderes plebiscitarios que se proponen prevenir las limitaciones a los mandatos presidenciales. Recurrir a un referendo popular para rescindir o modificar los límites a la reelección presidencial debería confinarse entonces a aquellos sistemas políticos en que la constitución lo requiere, la aplicación del referendo debe ser acorde con el procedimiento establecido y no debe utilizarse como instrumento para eludir los procedimientos parlamentarios o para socavar los principios democráticos fundamentales y los derechos humanos básicos.

130. En cuanto al posible papel de los tribunales constitucionales o supremos, estos deberían intervenir después de que la reforma en cuestión haya sido aprobada por el legislador constitucional de conformidad con los requisitos constitucionales especiales relevantes. La posibilidad de que el tribunal lleve a cabo una revisión profunda *a posteriori* de que la enmienda adoptada no incumple disposiciones o principios "no enmendables" solamente debe existir en aquellos países en que parte ya de una doctrina clara y establecida e, incluso en ellos, con cuidado, dejando un margen de apreciación para el legislador constitucional.[34]

Resta por reseñar la OC-28/2021, de 7 de junio de 2021, en la que la Corte IDH concluyó que no hay un derecho fundamental

[34] *Ibidem*, p. 128.

a la reelección presidencial indefinida (entendida como la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos periodos consecutivos de duración razonable en un régimen presidencialista). Muy por el contrario, expresó que esta se opone "[...] a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".[35]

En su amplio razonamiento, la Corte IDH reitera la interdependencia entre la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos, que son la base de todo el sistema del que la Convención forma parte. Asimismo, hace hincapié en que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder y garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes.

Un elemento digno de resaltarse de esta importante opinión consultiva es que no hay un derecho humano a la reelección presidencial indefinida. Tal derecho no se encuentra en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Como consecuencia lógica de lo anterior, la prohibición de la reelección presidencial indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre y cuando se establezca por ley. Este último aspecto es relevante, pues para ello no es necesaria una reforma parcial a la carta fundamental, que requiere de mayorías calificadas, ni un procedimiento especial agravado, tal y como ocurre en la mayoría de los Estados americanos, en los que el tema está reservado a la parte orgánica de la Constitución. El hecho de que sea por ley potencia el riesgo de que una mayo-

[35] Véase Corte IDH. OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión consultiva de 7 de junio de 2021. Serie A, núm. 28.

ría parlamentaria pueda sortear los obstáculos que le presente la fracción parlamentaria del Gobierno en el seno del Parlamento.

Según la Corte IDH, dicha prohibición tiene como fin garantizar la democracia representativa, sobre todo si se toma en cuenta la concentración de poderes que asume el presidente de la República en un régimen presidencialista. Se trata, pues, de una medida idónea para que una persona no se perpetúe en el poder lesionando el principio de separación de poderes, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la alternancia en el ejercicio del poder.

Finalmente, la Corte IDH puntualizó "[...] que la potencial afectación al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, así como la restricción que esto implica para los votantes son sacrificios menores cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida".[36]

En línea con la postura que estamos desarrollando en esta investigación, la Corte IDH advierte que "[...] el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante comicios populares".[37]

Después de que la Corte IDH emitió su opinión consultiva, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador emitió la sentencia 1-2021, de 3 de septiembre de 2021, mediante la cual autoriza la reelección sucesiva. En este fallo se ordena al Tribunal Supremo Electoral permitir "[...] que una persona que ejerza la Presidencia de la República y no haya sido presidente en el periodo inmediato anterior participe en la contienda electoral por una segunda ocasión".

Los jueces, nombrados el 1 de mayo de 2021 después de que el Congreso cesara a los magistrados constitucionalistas en un proceso ampliamente criticado, revirtieron así un fallo de 2014

[36] *Idem*.

[37] *Idem*.

que prohibía la reelección presidencial durante los 10 años siguientes a que cesara el cargo.[38]

La Constitución salvadoreña establece que no puede ser candidato a la Presidencia quien haya ejercido el cargo "por más de seis meses, consecutivos o no, durante el periodo inmediato anterior". La nueva integración de la Sala de lo Constitucional sostiene que la interpretación realizada por ese Tribunal en 2014 es "errónea". Puntualizaron que, a su juicio, la Constitución permite a un ciudadano ser presidente por un máximo de 10 años: "Es el mismo artículo 152 ordinal 1 quien permite como máximo

[38] Las razones que adujo la Sala de lo Constitucional en 2014 se resumen en el mismo falló de la siguiente manera: "En la sentencia 25-VI-2014, Inc. 163-2013, se hizo una interpretación sobre el contenido del artículo 152 ordinal 1°, haciendo referencia a las inelegibilidades contenidas en las disposiciones citadas, estableciendo que las mismas 'están dirigidas a la conservación de fines, bienes o intereses constitucionalmente relevantes, tales como la libertad del sufragio activo (que los electores decidan sin presiones o coacciones indebidas), las competencias electorales equitativas (con igualdad de oportunidades o sin ventajas discriminatorias) y la integridad de la función pública (al evitar los conflictos de intereses)'. En esa ocasión interpretó la Sala que el artículo 152 ordinal 1° 'comprende tanto a quienes hayan sustituido al Presidente electo como al titular del cargo, de modo que esta disposición forma parte del conjunto de preceptos encaminados a garantizar el principio de alternancia o alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia. Esta finalidad comparten, asimismo, los arts. 75 ordinal 4° (que sanciona a quienes promuevan la reelección presidencial continua); 88 (que afirma que dicho principio 'es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político' y que su violación 'obliga a la insurrección'); 131 ordinal 16° (que ordena a la Asamblea Legislativa 'desconocer' al Presidente de la República que continúe en el cargo a pesar de la terminación de su periodo); 154 (que fija la duración del periodo presidencial en 5 años y 'ni un día más'); y 248 Cn. (que prohíbe la reforma constitucional en este tema)'. Dijo la Sala en esa ocasión que todas esas disposiciones citadas indican que la Constitución prohíbe la reelección presidencial inmediata, esto sin tratar de encontrar una interpretación conforme con la realidad. Además la Sala plasma el siguiente razonamiento: 'al evitar la ocupación reiterada del poder por una misma persona se contribuye a la pureza o regularidad de los procesos electorales, y no solo a favor de la libertad de voto, sino también de condiciones más equitativas entre los competidores. [Hay] que agregar que la limitación temporal del mandato pone de manifiesto el carácter inestable del ejercicio del poder, que finaliza en cierto momento y que debe responder ante los ciudadanos por la forma en que se haya desempeñado'".

que una persona ejerza la Presidencia por 10 años y de hecho, el Constituyente de 1983 obliga a que esos 10 años se ejerzan, si el pueblo así lo decide, de forma consecutiva". La sentencia agrega que: "Ilegítimo sería promover la continuidad del presidente o una reelección más allá de los 10 años, es decir, más allá de dos periodos". La Sala de lo Constitucional hace una salvedad en la habilitación a la reelección inmediata y expresa que "[...] ha de requerirse al presidente que se haya postulado como candidato presidencial para un segundo periodo, deba solicitar una licencia durante los seis meses previos" al inicio del siguiente periodo.

Como puede observarse, desde la perspectiva del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador se ajusta a la opinión consultiva de la Corte IDH citada. Otra cosa muy diferente es si se hace una correcta interpretación y aplicación del derecho de la Constitución en ese Estado, ámbito en el cual el citado órgano judicial es intérprete último y supremo. No hay duda alguna de que la Sala de lo Constitucional tergiversa la normativa constitucional para favorecer a un presidente que ha concentrado el poder en El Salvador.

Finalmente, si se parte de la idea de que no hay un derecho fundamental a la reelección presidencial, tal y como acertadamente sostiene la Corte IDH en lo referente a la indefinitud, es válido suponer que las limitaciones, e incluso la prohibición, bien pueden ubicarse en la parte orgánica de la carta fundamental. Si, por el contrario, se parte de la tesis de que la reelección presidencial integra los derechos políticos de la persona —sufragio pasivo— y de los ciudadanos —sufragio activo—, la consecuencia lógica es que cualquier limitación debe ubicarse en su parte dogmática, específicamente cuando se regula el derecho de acceso a los cargos de elección popular.

V. El fraude constitucional

Cuando el líder populista decide utilizar los procedimientos y las formas de la democracia para su destrucción, estamos frente al colapso total del régimen republicano y del sistema democrático. Es una patología jurídica que, sin duda alguna, vulnera el dere-

cho de la Constitución (valores, principios y normas). En otros términos, se fracturan sus valores[39] y principios. En palabras de Rubio Llorente, los primeros, pertenecen al ámbito axiológico, mientras que los segundos son conceptos deontológicos.[40]

A causa de la proclamación constitucional de los valores, el constituyente los impone al Estado y, lógicamente, los poderes constituidos dentro de este se encuentran obligados a perseguir su realización. Por ende, con base en la doctrina alemana conocida como "fines del Estado" (*Staatzsiele*), cabe atribuirles carácter normativo:[41] "Es evidente que, aunque se trate de fines del Estado, los órganos de éste a los que tales fines son, en primer lugar, los legislativos, y que si algún efecto jurídico ha de tener la norma que comentamos es el de imponer a éstos un doble deber: el positivo de dictar las normas necesarias o indispensables para 'propugnar' esos valores y el negativo de *no adoptar ninguna decisión que los amenace o los destruya*"[42] (cursivas añadidas).

En relación con los principios, la doctrina alemana los conceptualizó principalmente como aquellas ideas sobre las cuales se basa la organización política del Estado, los elementos fundamentales de la forma de Estado. Pero hoy en día, la doctrina habla también de los principios con referencia a las ideas básicas "[...] sobre las que se articula una determinada institución; al 'espíritu' de ésta, si se me permite la metáfora. Éste es el uso del término cuando se habla, por ejemplo, de los principios del matrimonio o de la libertad contractual".[43]

---

39 La Sala Constitucional ha interpretado que la Constitución refleja los valores morales y el modelo ideológico de los habitantes del país. Incluso, considera que las normas constitucionales deben ser interpretadas en ese contexto, es decir, tomando en cuenta "[...] el sistema democrático constitucional con valores morales particulares reflejados en las normas y costumbres del ser costarricense, e interpretar junto con los constitucionales, cuál es la solución más justa para un determinado caso". Véase SC, sentencia 2093-93.

40 Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1995, p. VIII.

41 *Ibidem*, p. X.

42 *Ibidem*, p. XI.

43 *Ibidem*, p. XIV.

Ahora bien, aunque la doctrina nos advierte que no debemos confundir a las normas básicas de la institución (lo que Díez-Picazo llama "normas principales") con los principios constitucionales, lo cierto es que hay instituciones que son clave para la sostenibilidad de la democracia. Cuando ocurre tal cosa, como acertadamente afirma Rubio Llorente, las normas principales de la Institución, de no atentar contra estas, se constituyen en principios constitucionales que les imponen deberes muy precisos a los poderes constituidos, al igual que abstenciones muy claras y definidas. En este sentido, la doctrina —en especial la alemana— aporta sólidos e incuestionables argumentos para sostener que el principio es una norma, "un mandato de optimización",[44] en la definición de Alexy.

Fiel a la doctrina que venimos reseñando, la SC ha acuñado el concepto del derecho de la Constitución, o lo que la doctrina francesa llama "el bloque de constitucionalidad", donde además de las normas constitucionales se incluye a los valores y los principios que forman parte de estas. Lo anterior significa, ni más ni menos, que la SC considera vulnerado el derecho de la Constitución cuando la norma de inferior rango, la conducta omisiva o el acto de las autoridades públicas lo quebranta, precisamente porque está infringiendo un principio o un valor constitucional. Para la SC, los principios se encuentran en situación de paridad con las normas constitucionales, "[...] ambos igualmente prescriptivos, los primeros en su típica dimensión general y las normas o disposiciones con su habitual carácter más particular, los dos igualmente utilizables por este tribunal para contrastar los actos y disposiciones que se ofrecen a su examen".[45] En cuanto a los valores, la SC ha indicado que también son parámetros de constitucionalidad.[46]

---

44 *Ibidem*, p. XV.

45 Véase SC, sentencia 3513-94, de 15 de julio de 1994.

46 Véase SC, sentencia 9992-04, de 8 de septiembre de 2004, en la que indicó lo siguiente: "Esa filosofía es la que culmina con la 'Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada' de nuestro país, y los numerosos instrumentos internacionales firmados en el mismo sentido —citados en forma abundante por las partes—, como extensión de ese arraigado valor constitucional, que sirve como parámetro constitucional a la hora de ana-

El fraude constitucional ha sido analizado por la doctrina en torno a la creación de un nuevo régimen político y un orden constitucional diametralmente opuesto al existente. Se trata de utilizar la vía democrática, el mismo ordenamiento jurídico, para destruir o amenazar gravemente el sistema democrático. Es, pues, un desmontaje democrático de la democracia. De Vega nos recuerda que la doctrina francesa del derecho público ha distinguido perfectamente dos conceptos que,

> [...] bajo aparentes similitudes semánticas, encierran, no obstante, contenidos y significados diferentes. Por un lado, y bajo la expresión "falseamiento de la Constitución" (faussement de la Constitution), se alude al fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen. Su tratamiento se conectaría, en consecuencia, bien con lo que los alemanes llaman modificación no formal de la Constitución (Verfassungswandlung), bien con la simple transgresión de la misma (Verfassungsüberschreitung). Por otro lado, y bajo la fórmula "fraude constitucional" (fraude à la Constitution), que es la que ahora nos interesa considerar, se entiende la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la crea-

---

lizar los actos impugnados. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala que ha resaltado el valor paz como principio jurídico y político, en sus sentencias al señalar:
'... de allí que las leyes, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución..., como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad' (ver sentencia número 1739-92).
En otra sentencia refiriéndose a los valores fundamentales de la identidad costarricense:
'...pueden resumirse... en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el sistema de libertad, además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia...' (ver sentencia número 1313-93).
Asimismo en el ámbito del derecho internacional relacionado con la promoción de la paz como valor —e incorporados a nuestra Constitución—, debemos tomar en consideración las obligaciones que se derivan de instrumentos internacionales relevantes [...]".

ción de un nuevo régimen político y un orden constitucional diferente.[47]

A través de esta vía, mediante un respeto estricto de las formas y los procedimientos constitucionales, se logra destruir el sistema democrático. Así, tenemos que en 1943, en la Francia de Pétain, Lieut-Vaux observó y denunció la destrucción de las corrientes democráticas en Italia, Alemania y Francia mediante la aplicación, precisamente, de los procedimientos y las formas constitucionales, tal y como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la Ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas la plenitud del poder constituyente.[48]

De Vega advierte que este proceder pone de manifiesto el conflicto entre el ejercicio de la propia legalidad y el orden de valores y principios sobre los que descansa el sistema de legitimidad; "Que ese conflicto no constituye una mera hipótesis teó-

---

47 Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, reimp. a la 1a. ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 291.

48 Lieut-Vaux, Georges, "Le fraude à la Constitution", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, abril-junio de 1943, p. 116. Al respecto, De Vega explica lo siguiente: "Tomando como ejemplo más significativo el del nacional-socialismo alemán (ya que el fascismo italiano operó con una constitución flexible, como era el todavía vigente Estatuto Albertino de 1848), es lo cierto que Hitler consiguió el poder, implantó la más execrable dictadura y aniquiló la estructura constitucional de la República de Weimar, apelando a la propia legalidad de la Constitución de 1919. No importa discutir ahora el significado y el valor constitucional del artículo 48, por el que se autorizaba la legislación por ordenanzas y la supresión de ciertas garantías constitucionales, y cuyo empleo, a partir del 17 de julio de 1930, siendo Canciller Brüning, marca el comienzo del ocaso del sistema constitucional. Lo que interesa es dejar suficientemente claro que las leyes de Hitler de 24 de marzo de 1933 y la de 31 de enero de 1934, en la que se decreta la desaparición definitiva del ordenamiento constitucional de Weimar, se dictaron sin quebrantamiento formal de la legalidad. En efecto, conforme al artículo 76, la reforma constitucional, confiada al órgano legislativo, requería como procedimiento de agravación la mayoría de los dos tercios de ambas cámaras. Mayoría hartamente satisfecha por la ley de plenos poderes de marzo de 1933, aprobada por unanimidad en el *Reischsrat*, y por el aplastante resultado de 441 votos contra 94 en el *Reichstag*". Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

rica lo demuestra el hecho de la utilización que del ordenamiento constitucional establecido hicieron tanto el nacional-socialismo alemán como el fascismo italiano".[49] Lo anterior ocurre al esgrimir una concepción de la Constitución que predica de esta un neutralismo axiológico y el indiferentismo ideológico. Lo contrario sucede cuando se sostiene que el ejercicio del poder constituyente derivado de una reforma parcial o poder reformador está limitado por el sistema de valores propios del ordenamiento jurídico, postura que imposibilita la destrucción del Estado democrático por medio del ejercicio de la legalidad constitucional. Así, "No reconocer ningún tipo de frontera a la acción de reforma, en definitiva, equivaldría a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional".[50] Solo así se puede impedir que la legalidad democrática trate de eliminar los principios democráticos que dan soporte legitimador al sistema.

Como puede deducirse, el fraude constitucional resulta ser el último paso que dan el líder populista y su partido político para transformar un sistema democrático en algo totalmente opuesto (en el caso de la realidad latinoamericana, para transformar un sistema autocrático en su versión autoritaria). Pese a su fachada democrática, en dichos regímenes dejan de funcionar los principios torales del sistema republicano y se produce una violación sistemática de los derechos fundamentales de la persona.

VI. A modo de conclusión

El primer bastión del sistema republicano que sufre los embates del líder populista y su partido es el principio de separación de poderes o funciones. A través del control de los poderes ejecutivo y legislativo se amplía su cuota de poder, lo que, finalmente, también le permite tomar el control del poder judicial y la Fiscalía General; en este último caso, con el fin de instrumentalizar la acción penal contra todos los opositores. La división de poderes sigue existiendo en los textos constitucionales, al igual que los principios de imparcialidad e independencia judicial, y de objeti-

[49] Vega, Pedro de, *op. cit.*, p. 292.

[50] *Ibidem*, p. 294.

vidad e imparcialidad en el ejercicio de la acción penal. Empero, en la realidad ocurre todo lo contrario: se ha instaurado un régimen de corte autoritario.

La oposición es una institución fundamental en el sistema democrático. De ahí la importancia de que sea regulada en el nivel más alto, es decir, en la carta fundamental, y de que sus atribuciones sean establecidas en un estatuto con carácter de ley formal, las cuales tienen que ir en sintonía con el principio del pluralismo político o democrático y sus componentes esenciales. Resulta extraño que, en el caso del sistema político costarricense, a pesar de su larga vocación democrática, no se le haya dado a la oposición asidero constitucional ni se haya desarrollado su estatuto. Hay que tener muy presente que uno de los objetivos principales del líder populista y su partido es reducir a su mínima expresión a la oposición —que exista, pero que no funcione— y, en casos más severos, borrar todo vestigio de esta.

La reelección presidencial inmediata e indefinida, en términos generales, ha sido nefasta para la consolidación de las democracias en América Latina, pues no solo se ha lesionado el principio de alternancia en el poder político, sino que ha sido el instrumento para instaurar Gobiernos de tendencias autoritarias que han violentado de forma sistemática los derechos fundamentales de los habitantes de las respectivas sociedades, las que, lamentablemente, han sufrido este flagelo.

Coincido con el informe de la Comisión de Venecia y con la OC-28/21 de la Corte IDH, en el sentido de que limitar la reelección presidencial, en el especial la indefinida, no restringe indebidamente los derechos humanos y políticos de los candidatos ni de los ciudadanos. Más aún, en la mayoría de las sociedades latinoamericanas, es una necesidad imperiosa establecer esta prohibición.

Finalmente, la tentación del líder populista y sus seguidores por cometer un fraude constitucional es un peligro latente, en tanto estén ejerciendo el poder político. Por ende, resulta necesario que existan normas pétreas, indisponibles para el poder reformador —el legislativo en el ejercicio de la potestad constituyente para reformar parcialmente la Constitución— y el le-

gislador, tal y como ocurre con la Constitución alemana, cuyo numeral 79, inciso 3, establece que no está permitida ninguna modificación a Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20. Igual ocurre con la Constitución italiana, que en su numeral 139 estatuye que la forma de gobierno republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional.

En Costa Rica, si bien la SC declaró inconstitucional la prohibición de la reelección presidencial y, a título de *obiter dictum*, que las modificaciones esenciales al sistema político y al modelo económico son competencia de un poder constituyente de reforma general, lo cierto es que se trata de un precedente que en cualquier momento podría ser variado en otra dirección. Así, resulta menester que las reglas sean claramente definidas en la carta fundamental.

Capítulo tercero

Populismo constitucional y libertad de prensa

I. Introducción

Es un hecho constatable que los gobiernos de corte populista, independientemente de la ideología que afirman profesar, transgreden los derechos fundamentales. Como es bien sabido, el derecho de la Constitución admite limitaciones —mediante decreto ejecutivo— e incluso su vaciamiento, cuando hay motivos objetivos y razonables y se ha decretado la suspensión de algunas prerrogativas constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa (acuerdo legislativo), verbigracia, una conmoción interna a causa de hechos producidos por la naturaleza.

Frente a tales situaciones, el ordenamiento jurídico ensancha las potestades de la Administración pública, provocando la consecuente limitación de algunos derechos fundamentales, dependiendo de la intensidad de la afectación y de la modalidad que se adopte. Ahora bien, lo que constituye una patología desde la óptica jurídica es que, en una situación de normalidad, la Administración pública eche mano a esas potestades con el fin de conculcar, limitar más allá de lo razonable o vaciar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Mención aparte merece el hecho de que los gobiernos de corte populista, con una profunda vocación autoritaria, conculquen los derechos fundamentales de sus opositores. Para ello recurren a una serie de tácticas y estrategias políticas que instrumentali-

zan al poder judicial y al Ministerio Público con el fin de eliminar cualquier tipo de resistencia. Cuando sucede esta situación, los derechos fundamentales más básicos de las personas son literalmente pisoteados —vaciados— por quienes ejercen la autoridad pública.

No obstante, en este apartado no pretendemos realizar un análisis pormenorizado de cada derecho fundamental quebrantado, pues estas páginas se volverían interminables, atendiendo a la realidad que se vive en América Latina. Nuestra pretensión es menos ambiciosa: nos limitaremos a establecer un parangón entre la libertad de prensa y los gobiernos de corte populista o, dicho de otra forma, determinaremos cómo se ve afectada esa libertad cuando una sociedad determinada está transitando por el traumático episodio histórico de tener al frente este tipo de Gobierno.

Nos dedicaremos a analizar la importancia de la libertad de prensa para el funcionamiento de la democracia y revisaremos importantes fallos de algunos tribunales constitucionales y de las cortes de derechos humanos. También reseñaremos algunos casos que ilustran el proceder de los gobiernos de corte populista. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

II. La importancia de la libertad de prensa para la democracia

Sin duda alguna, la libertad de prensa es un elemento esencial de la democracia, tal como lo visualizaron los pensadores liberales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, del mismo año, y la Constitución de Cádiz, de 1812, son evidencia de que dicha afirmación es cierta. La primera establece, en su artículo 11, que, puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre —hoy de la persona—, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley. La segunda afirma, de forma categórica, que el Congreso no

podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa. Finalmente, la Constitución de Cádiz, en su artículo 371, expresa que todos los españoles tienen *libertad* de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.

Fiel al espíritu de las democracias liberales y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Sala Constitucional de Costa Rica (SC) ha sentado importantes precedentes para garantizar y tutelar efectivamente la libertad de prensa. En efecto, desde que dictó sus primeras sentencias se ha destacado por proteger el contenido esencial de este derecho fundamental. Haciendo una reseña histórica, encontramos la sentencia 2313-1995, reiterada en la sentencia 15038-2019, en la que la colegiatura obligatoria para ejercer el periodismo fue declarada inconstitucional. Adicionalmente, tenemos la sentencia 7548-2008, en la que se concluyó que un elemento del contenido esencial de la libertad de prensa es el secreto de las fuentes, es decir que la o el periodista, en ejercicio de esta prerrogativa fundamental, tiene derecho a guardar en secreto sus fuentes de información, con el propósito de garantizar la confidencialidad de su identidad y, así, propiciar la formación de una opinión pública libre y el pluralismo democrático.

En una sentencia posterior (la 4035-2014), la SC estableció que el secreto de las fuentes que poseen las y los periodistas puede ser definido como la facultad de no revelar la fuente de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora como a terceros o a las autoridades y poderes públicos. Ha sido jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que la persona —incluidos las y los periodistas— no tiene la obligación de acreditar ante la autoridad respectiva cuál es el interés público que se persigue con la obtención de información.[1] La SC tampoco ha permitido disposiciones u órdenes que obstaculicen la labor periodística.

[1] Véase, entre otras, la sentencia de la SC 9757-2012, de 20 de julio de 2012.

En efecto, en la sentencia 3564-2015 se condenó al Directorio de la Asamblea Legislativa por concentrar en la Dirección Ejecutiva la tarea de entregar la información que requieren las y los periodistas o cualquier persona. Asimismo, en la sentencia 15740-2017 se condenó a la Asamblea Legislativa y se ordenó que, cuando sesione la Comisión Especial sobre los Créditos Bancarios, se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso de las y los periodistas al recinto.

También es importante traer a colación la sentencia 8263-2019, donde se analizó la presión indebida que ejerció una entidad bancaria en contra de un medio de comunicación escrito debido a una serie de publicaciones, por medio de la manipulación de su pauta publicitaria, utilizando fondos públicos para silenciarlo. En este caso, la SC concluyó que la libertad de prensa —que tiene una dimensión social evidente— implica precisamente el derecho de todas las personas a recibir información adecuada y oportuna (no manipulada). En virtud de dichos fallos, podemos enfatizar que la SC, con su jurisprudencia relativa al derecho fundamental de acceso a la información pública, ha potenciado al máximo la libertad de prensa en Costa Rica.

En lo que atañe a las limitaciones a la libertad de prensa y acceso a la información pública, la SC ha sabido establecer los balances necesarios entre esos derechos fundamentales y otros, así como los requerimientos que el orden público impone en una sociedad democrática. En primer lugar, hay que partir de la idea de que cualquier restricción a la libertad debe estar sustentada en una norma legal. En segundo término, es pertinente recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que la libertad de expresión tiene límites —intrínsecos— y limitaciones —extrínsecas—, verbigracia: el respeto a los derechos de terceros, la reputación, la garantía de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, así como el criterio de la SC, establecen que toda limitación a la libertad de expresión debe: perseguir un fin legítimo; estar orientada a satisfacer un interés público im-

perativo (según el lenguaje de la Corte IDH)[2] o una imperiosa necesidad social (según lo ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—),[3] y ser sometida a un examen de proporcionalidad o, como lo ha señalado el TEDH, a un escrupuloso examen de proporcionalidad, con el propósito de determinar si existe congruencia entre el motivo supuesto de hecho en la norma, el medio que se utiliza y el fin que persigue.

En el lenguaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la restricción debe someterse a un test estricto de razonabilidad cuando todo acto o medida que la restrinja sea sospechoso, por lo que la autoridad tiene la carga de la prueba de demostrar que hay un interés público apremiante y plenamente justificado. Asimismo, habrá de demostrar que la medida o acto adoptado es el menos gravoso para el derecho fundamental, amén de que debe interpretarse restrictivamente y, en caso de duda, optarse siempre por la libertad de prensa.

La jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos y de la SC ha sido clara respecto a que las responsabilidades por un mal ejercicio de la libertad de expresión, por un ejercicio abusivo de la misma, han de ser sancionadas a través de responsabilidades ulteriores. Esto significa que no es legítimo restringir previamente el ejercicio de la libertad de prensa, pues ello podría convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

La sociedad de la información y la comunicación presenta nuevos desafíos para la libertad de prensa, los cuales no serán objeto de este estudio, pero son una realidad latente. En efec-

---

[2] Véase Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

[3] TEDH. *Caso Colombani vs. Francia*. Sentencia de 25 de junio de 2002, núm. 51279/99, párr. 57: "[...] la necesidad de alguna restricción en el ejercicio de la libertad de expresión debe quedar probada de manera convincente. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una 'necesidad social imperiosa' que justifique dicha restricción, ejercicio por el cual gozan de cierto margen de apreciación. Cuando se trata de la prensa, el poder de apreciación interno se enfrenta al interés de la sociedad democrática de asegurar y mantener la libertad de prensa".

to, la función periodística en las redes sociales y en internet, la proliferación de noticias falsas, los ataques virulentos contra aquellos que ejercen la función periodística proveniente de algunos detentadores de poder, etc., son temas que exigen una profunda reflexión. Las líneas maestras a seguir ante estos nuevos desafíos siempre deben tender a propiciar un mercado libre de las ideas, en la ya famosa frase del juez Holmes, a pesar de los riesgos que ello conlleve. Lo anterior permitirá construir una sociedad fiel al espíritu liberal, que es *conditio sine qua non* de nuestro sistema republicano.

III. Un repaso de las sentencias de la Corte IDH sobre libertad de prensa

La Corte IDH ha sentado una robusta jurisprudencia en defensa de la libertad de prensa, adoptando como marco de referencia el artículo 13 de la Convención Americana, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio de este derecho reconocido no puede estar sujeto a censura previa, sino únicamente a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Tampoco se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, frecuencias radioeléctricas o enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa por virtud de una ley, con el objeto exclusivo de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2 de ese artículo.

Finalmente, está prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología al odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Haciendo una cronología de las sentencias de la Corte IDH (para lo cual recurriremos a los resúmenes oficiales del alto tribunal), en primer lugar identificamos el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, de 5 de febrero de 2001, en relación con la censura previa de la película *La última tentación de Cristo*. La Corte IDH encontró responsable a Chile por establecer una censura previa, lo que derivó en que dicho Estado tuviese que reformar su Constitución Política.

Tan solo un día después del dictado de dicha sentencia, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte IDH encontró que ese Estado había incurrido en un ilícito internacional al vulnerar de manera indirecta la libertad de expresión del señor Bronstein,[4] y le ordenó restaurar a la víctima sus derechos.

En 2004, la Corte IDH dictó dos sentencias relevantes sobre la libertad de prensa. En la primera, dictada en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte condenó al Estado al considerar que incurrió en responsabilidad internacional al condenar al

[4] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74. El peticionario era un ciudadano peruano por naturalización que era accionista mayoritario de un canal de televisión. El medio de comunicación transmitía un programa periodístico que realizaba fuertes críticas al Gobierno peruano, incluyendo la emisión de reportajes sobre abusos, torturas y actos de corrupción cometidos por el Servicio de Inteligencia Nacional. Como consecuencia de estos informes, el Estado revocó la ciudadanía peruana al peticionario y le quitó el control accionario del canal.

periodista por cuatro cargos de difamación.[5] La Corte IDH entendió que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión, y requirió, entre otros puntos, dejar sin efecto la sentencia penal emitida en contra de la víctima.

La segunda sentencia fue dictada el 31 de agosto en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*.[6] En dicha resolución, la Corte encontró responsable al Estado por violentar la libertad de expresión, pues la condena impuesta a la víctima era desproporcionada. Además, destacó la importancia de la libertad de expresión durante las campañas electorales, en el sentido de que las personas deben estar plenamente habilitadas para cuestionar a los candidatos, de manera que los votantes puedan tomar decisiones informadas.

En los años 2005, 2006 y 2008 la Corte IDH dictó tres sentencias importantes sobre el tema en estudio. La primera, el 22 de noviembre, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, en el que declaró que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por vulnerar la libertad de expresión de la víctima, al retirar de la circulación su libro, crítico de la Armada Nacional.[7] Asimismo, ordenó una reforma legislativa que asegurara la libertad de

---

5 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica..., cit*. Este caso se refiere a un periodista que publicó varios artículos en los que reprodujo la información de algunos periódicos europeos sobre presuntas actuaciones ilícitas de un diplomático de Costa Rica.

6 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111. Durante la campaña presidencial de 1993 en Paraguay, el candidato Ricardo Canese hizo declaraciones a los medios de comunicación contra el candidato Juan Carlos Wasmosy, a quien acusó de estar envuelto en irregularidades relacionadas con la construcción de una planta hidroeléctrica. Canese fue procesado y sentenciado a cuatro meses de prisión, entre otras restricciones a sus derechos fundamentales.

7 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135. Palamara, exmilitar chileno, había escrito un libro crítico de la Armada Nacional. El libro dio origen a un proceso penal militar por "desobediencia" y "quiebre de los deberes militares" que condujo a que el Estado retirara de circulación todas las copias físicas y electrónicas existentes.

expresión en Chile, al igual que la publicación del libro, la restitución de todas las copias incautadas y la reparación de los derechos de la víctima.

La segunda corresponde al caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, dictada el 19 de septiembre.[8] La Corte IDH reconoció que el derecho de acceso a la información es un derecho protegido por el numeral 13 de la CADH.

En la tercera, referente al caso *Kimel vs. Argentina,* la Corte IDH encontró que la sanción impuesta al periodista era desproporcionada y vulneraba el derecho a la libertad de expresión de la víctima. También ordenó al Estado, entre otras medidas, reparar a la víctima y reformar la legislación penal sobre protección a la honra y a la reputación, por encontrar que vulneraba el principio de tipicidad penal o estricta legalidad.[9]

En 2009, la Corte IDH dictó cuatro sentencias sobre la libertad de expresión. La primera, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, dictada el 27 de enero, en la que concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión del abogado,[10] ya que la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior fue innecesaria. La Corte IDH también estableció criterios sobre

---

8 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151. Este caso se refiere a la negativa del Estado de brindar a Marcelo Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero cierta información que requirieron al Comité de Inversiones Extranjeras, relacionada con la empresa forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en Chile.

9 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177. El periodista Eduardo Kimel fue condenado por haber criticado en un libro la actuación de un juez penal encargado de investigar una masacre. El juez inició un proceso penal en defensa de su honor.

10 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193. Este se refiere a la proporcionalidad de las sanciones impuestas a un abogado condenado por los delitos de difamación e injuria, por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas privadas y las había hecho del conocimiento de terceros.

el carácter intimidante e inhibidor que generan las sanciones civiles desproporcionadas.

La segunda, pronunciada en el caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, el 28 de enero, determinó que los discursos de los periodistas[11] fueron incompatibles con la libertad de buscar, recibir y difundir información, "al haber podido resultar intimidatorios para las personas relacionadas con dicho medio de comunicación". La Corte IDH no encontró probada la responsabilidad del Estado por los otros hechos alegados, pero reiteró su doctrina sobre las restricciones indirectas a la libertad de expresión. Finalmente, ordenó al Estado conducir eficazmente las investigaciones y procesos penales por hechos de violencia contra los periodistas, así como adoptar "las medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio de su libertad de buscar, recibir y difundir información".

La tercera fue dictada el mismo 28 de enero, en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. En ella se determinó que los pronunciamientos de los altos funcionarios públicos, así como el incumplimiento de las autoridades estatales en su obligación de actuar con la debida diligencia en las investigaciones por hechos de violencia contra los periodistas, constituyeron faltas a las obligaciones estatales de prevenir e investigar los hechos. La Corte IDH no encontró probada la responsabilidad del Estado por los otros hechos alegados, pero reiteró su doctrina sobre restricciones indirectas a la libertad de expresión. Finalmente, al igual que en el caso anterior, la Corte IDH ordenó al Estado conducir eficazmente las investigaciones y procesos penales por hechos de violencia contra los periodistas y a llevar a cabo "las medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio de su libertad de buscar, recibir y difundir información".[12]

---

11 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194. El caso se refiere a distintos actos públicos y privados que limitaron las labores periodísticas de los trabajadores, directivos y demás personas relacionadas con el canal de televisión Radio Caracas Televisión, así como a algunos discursos de agentes estatales en contra del medio.

12 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C,

La cuarta sentencia corresponde al caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, de 20 de noviembre. La Corte IDH estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía con las exigencias del principio de legalidad, por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso no era idónea, ni necesaria ni proporcional. La Corte IDH ordenó al Estado, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar, en un plazo razonable, el tipo penal utilizado.

En los años 2010 y 2011 la Corte IDH dictó tres importantes fallos atinentes al tema en estudio. En el primero, de 26 de mayo de 2010, en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, concluyó que, en casos como este —una ejecución extrajudicial—,[13] es posible restringir ilegítimamente la libertad de expresión por condiciones *de facto* que coloquen a quien la ejerza en una situación de riesgo. La Corte IDH indicó que el Estado "debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y que debe adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación". Asimismo, la Corte IDH consideró que una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar una violación del artículo 16.1 de la CADH, cuando la misma haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima.

En este sentido, la Corte IDH destacó que las voces de oposición resultan "imprescindibles en una sociedad democrática" y puntualizó que

---

núm. 195. Este caso se refiere a las declaraciones de funcionarios públicos y otras alegadas obstaculizaciones al ejercicio de la libertad de expresión como actos de violencia de actores privados en perjuicio de personas vinculadas al canal de televisión Globovisión.

13 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213. Este caso se refiere a la ejecución extrajudicial del senador Manuel Cepeda Vargas, quien fue un líder de la Dirección Nacional del Partido Comunista Colombiano y prominente figura del partido político Unión Patriótica.

> [...] la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

Finalmente, consideró que, si bien el senador Cepeda Vargas pudo ejercer sus derechos políticos, su libertad de expresión y su libertad de asociación, "fue el hecho de continuar ejerciéndolos lo que conllevó su ejecución extrajudicial", lo que implica que el Estado

> [...] no generó condiciones ni las debidas garantías para que [...] el Senador Cepeda tuviera una oportunidad real de ejercer el cargo para el que fue democráticamente electo, en particular mediante el impulso de la visión ideológica que representaba a través de su participación libre en el debate público, en ejercicio de su libertad de expresión. En última instancia, su actividad fue obstaculizada por la violencia ejercida en contra del movimiento político al que el Senador Cepeda Vargas pertenecía y, en este sentido, su libertad de asociación también se vio afectada.

En ese mismo año, el 24 de noviembre, en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*,[14] la Corte IDH reiteró su jurisprudencia en el sentido de que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión protege el derecho que tiene toda persona de solicitar información que se encuentre bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de excepciones de la Convención. Adicionalmente, la Corte IDH estableció que, en casos de violaciones

[14] Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219. El caso se refiere a la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas como resultado de operaciones del Ejército brasileño entre 1972 y 1975 que tenían por objeto erradicar la denominada "Guerrilla de Araguaia", en el contexto de la dictadura militar de Brasil. Asimismo, el caso aborda la afectación del derecho de acceso a la información que han sufrido los familiares de las víctimas.

de derechos humanos, las autoridades estatales no pueden ampararse en mecanismos como el secreto de Estado, la confidencialidad de la información o en razones de interés público o seguridad nacional para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación. Asimismo, sostuvo que, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y negar su entrega, o de determinar si la documentación existe, jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito.

Finalmente, la Corte IDH concluyó que el Estado no puede ampararse en la falta de pruebas de la existencia de documentos solicitados por las víctimas o sus familiares, sino, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. En este sentido, la Corte IDH puntualizó que, para garantizar el derecho de acceso a la información, los poderes públicos deben actuar de buena fe y realizar diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos, como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial que se dieron en este caso.

En la tercera sentencia, dictada el 29 de noviembre de 2011 en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*,[15] la Corte IDH estableció que la información publicada era de interés público y

[15] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238. El caso se refiere a la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, director y editor, respectivamente, de la revista *Noticias*, mediante sentencias dictadas por tribunales argentinos como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos, en noviembre de 1995. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido del señor Carlos Saúl Menem, entonces presidente de la Nación, con una diputada; a la relación entre el presidente y la diputada; y a la relación entre el primer mandatario y su hijo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que se había violado el derecho a la vida privada del señor Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

que, además, ya formaba parte del dominio público. Por ello, no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De este modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática y constituyó una violación al artículo 13 de la Convención Americana.

En los años 2012, 2013 y 2014 la Corte IDH dictó cinco sentencias en la materia. La primera corresponde al caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*,[16] emitida el 27 de febrero, en la que la Corte IDH pudo establecer que el contexto de la desaparición de González Medina se caracterizó por un "clima de alta tensión política debido al alegado fraude electoral" en las elecciones de mayo de 1994 en el Estado dominicano; que para entonces el país "estuvo prácticamente militarizado", y que fueron implementados "métodos represivos contra los manifestantes", así como prácticas "de seguimiento y vigilancia de periodistas y personas críticas del Gobierno".

A pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) alegó la relación existente entre el ejercicio de la libertad de expresión de González Medina y su desaparición forzada, la Corte no declaró la responsabilidad del Estado dominicano por violación del artículo 13 de la CADH, pues, para el alto tribunal, en este caso existía falta de competencia temporal. La Corte consideró que, a pesar de que en casos anteriores "[...] ha reconocido que cuando la violación del derecho a la vida, la integridad o la libertad personal tiene como objetivo impedir el ejercicio legítimo de otro derecho protegido en la Convención [...] como el derecho de asociación [o] la libertad de expresión, se configura a su vez una violación autónoma a estos últimos",

[16] Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, núm. 240. En mayo de 1994, el abogado, profesor y periodista Narciso González Medina fue víctima de desaparición forzada, sin que hasta la fecha del fallo de la Corte IDH se tuviese noticia de su paradero. Días antes de su desaparición, González había publicado un artículo de opinión en una revista denominada *La Muralla* y había pronunciado un discurso en la Universidad Autónoma de Santo Domingo, en los cuales denunciaba la corrupción y el fraude electoral

en el presente caso no era posible deferir responsabilidad internacional, porque "el principio de ejecución de la desaparición forzada [había sido] previo al reconocimiento de la competencia de la Corte", y el Estado dominicano no se había allanado a las pretensiones, ni reconocido su responsabilidad durante el proceso. Por tanto, la Corte carecía de "competencia [temporal] para conocer de la alegada violación a la libertad de expresión de [...] González Medina como una violación autónoma".

La segunda sentencia se emitió en el caso *Vélez Restrepo y otros vs. Colombia* el 3 de septiembre.[17] En dicho fallo la Corte IDH encontró al Estado colombiano responsable por violar la integridad personal y la libertad de expresión del periodista. También encontró al Estado responsable por no haber protegido adecuadamente al señor Vélez ante las amenazas recibidas, y por no haber investigado eficazmente el ataque que sufrió ni los hostigamientos posteriores. La Corte IDH destacó que "el ejercicio periodístico sólo puede efectuarse libremente cuando las personas que lo realizan no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento"; por tanto, los Estados "tienen el deber de brindar medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a [un] riesgo especial". Entre otras medidas de reparación, ordenó al Estado "incorporar, en sus programas de educación en derechos humanos dirigidos a las Fuerzas Armadas, un módulo específico sobre la protección del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y de la labor que cumplen los periodistas y comunicadores sociales".

El tercer fallo que se dictó ese año es el relativo al caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, emitido el mismo día que el fallo

[17] Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249. El caso se refiere al ataque perpetrado contra el periodista Luis Gonzalo *Richard* Vélez Restrepo por parte de soldados del Ejército Nacional colombiano mientras filmaba una manifestación en la que soldados de dicha institución golpearon a varios de los manifestantes. Se refiere además a las amenazas y hostigamientos que sufrieron el periodista y su familia, e incluso a un presunto intento de privación arbitraria de libertad contra el periodista, ocurridos mientras el señor Vélez intentó impulsar los procesos judiciales en contra de sus agresores.

anterior, en el cual la Corte IDH condenó al Estado venezolano por incurrir en la violación del derecho a la vida de Néstor José Uzcátegui; de los derechos a la libertad e integridad personal del defensor de derechos humanos Luis Enrique Uzcátegui y de Carlos Eduardo Uzcátegui; y del derecho a la libertad de expresión de Luis Enrique Uzcátegui, entre otros. En cuanto a este último asunto, la sentencia constató que, ante el asesinato de Néstor Uzcátegui, su hermano Luis Enrique no solo denunció los hechos ante la Fiscalía, sino que afirmó, a través de distintos medios de comunicación, que, a su juicio, el entonces comandante general de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado, Falcón, era responsable de varios homicidios ejecutados por "grupos de exterminio" bajo su mando. Con motivo de tales afirmaciones, Uzcátegui fue intimidado y hostigado. También fue objeto de una denuncia por el delito de difamación por parte del comandante policial concernido. La Corte dio por probados los hostigamientos y amenazas producidos como efecto de las denuncias de Uzcátegui. Asimismo, consideró que las afirmaciones realizadas públicamente por Luis Enrique Uzcátegui podían y debían "ser entendidas como parte de un debate público más amplio acerca de la posible implicación de las fuerzas de seguridad estatales en casos de graves violaciones de derechos humanos".

Teniendo en cuenta la relevancia de tales afirmaciones, la Corte consideró que la existencia del proceso penal, su duración en el tiempo y la circunstancia del alto cargo de quien interpuso la querella pudieron "haber generado un efecto intimidador o inhibidor en el ejercicio de [la] libertad de expresión, contrario a la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de este derecho en una sociedad democrática". Sobre las amenazas e intimidaciones, considerando que "es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones *de facto* que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejercen", la Corte consideró que es una obligación de todo Estado "abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación".

En el caso concreto, la Corte consideró que el Estado no demostró "haber realizado acciones suficientes y efectivas para prevenir los actos de amenazas y hostigamiento contra Luis Enrique Uzcátegui, en el contexto particular del estado Falcón", por lo que "no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para garantizar efectivamente [sus] derechos a la integridad personal y a la libertad de pensamiento y expresión", en los términos de la CADH.

La cuarta sentencia la emitió en 2013. Se trata del caso *Mémoli vs. Argentina*[18] y fue dictada el 22 de agosto. La Corte IDH concluyó, en una votación muy estrecha (por cuatro votos a favor y tres en contra), que el Estado no es responsable por la violación del derecho a la libertad de expresión ni por la violación del principio de legalidad y retroactividad en perjuicio de los señores Mémoli.

Finalmente, en 2014 se dictó la sentencia en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, el 29 de mayo,[19] en la que la Corte IDH examinó la compatibilidad de las penas accesorias impuestas en contra de las víctimas, quienes fueron inhabilitadas por un plazo de 15 años "para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión". La Corte IDH consideró que la referida pena accesoria supone una restricción indebida al

[18] Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, núm. 265. El caso "se relaciona con la violación a la garantía de plazo razonable en perjuicio de las víctimas en el marco del proceso civil que se sigue en su contra y mediante el cual hace más de 15 años se pretende hacer valer una indemnización establecida en el proceso penal. En [dicho] proceso, desde hace más de 14 años se dispuso el embargo de los bienes de las víctimas lo que, en la práctica, ha tenido un efecto sancionatorio e inhibitorio de la libertad de expresión, con consecuencias en el proyecto de vida de los señores Mémoli".

[19] Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279. El caso se refiere a los procesos penales y condenas impuestas a ocho dirigentes, miembros y activistas del Pueblo indígena Mapuche como autores de delitos calificados de terrorismo en aplicación de denominada "Ley Antiterrorista", en un contexto de protesta social por la recuperación de los territorios ancestrales, o de difusión de opiniones o informaciones.

ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de las víctimas. Añadió que, dado que las víctimas son autoridades tradicionales del pueblo indígena mapuche, a quienes "les incumbe un papel determinante en la comunicación de los intereses y en la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades", la imposición de la mencionada pena accesoria "les ha restringido la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información a través del desempeño de funciones en medios de comunicación social, lo cual podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades".

En los años 2015 y 2016, la Corte IDH emitió cuatro fallos sobre la libertad de expresión. El primero lo dictó en el caso *Garnier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, el 22 de junio, y encontró que Venezuela es responsable por la violación de varios derechos como consecuencia del cierre del canal de televisión Radio Caracas Televisión (RCTV), ocurrido el 27 de mayo de 2007. El Estado había decidido no renovar la licencia asignada a RCTV, buscando impedir la participación de un medio de comunicación que expresaba una línea crítica contra el Gobierno. En particular, la Corte decidió que se configuró una restricción indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de directivos y periodistas del medio, así como una vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el deber de no discriminación.

El segundo fallo lo dictó en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, el 25 de noviembre.[20] La Corte declaró que el Estado es responsable por la violación del derecho de acceso a la información, al no contar con recursos adecuados ni efectivos para exigir tales derechos, todo ello en perjuicio de los pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros.

La tercera sentencia la emitió en el caso *López Lone y otros vs. Honduras*, el 5 de octubre.[21] En ella reconoció la relación existente

[20] Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 309.

[21] Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 302.

entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en su conjunto, hacen posible el juego democrático. En situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado, la relación entre estos derechos resulta aún más manifiesta. Asimismo, señaló que las manifestaciones y expresiones a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible y, dependiendo de las circunstancias, pueden estar vinculadas con todos o algunos de los derechos mencionados.

El 30 de noviembre de 2016 emitió el fallo en el caso *I.V. vs Bolivia*,[22] y declaró responsable internacionalmente al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación, en lo que interesa, del derecho de acceso a la información. De igual manera, concluyó que la regla del consentimiento informado se relaciona con el derecho de acceso a la información en materia de salud, debido a que el paciente solo puede consentir de manera informada si ha recibido y comprendido información suficiente que le permita tomar una decisión plena. Por ello, en la esfera de la salud, la Corte reiteró el carácter instrumental del derecho de acceso a la información, ya que es un medio esencial para la obtención de un consentimiento informado y, por ende, para la realización efectiva del derecho a la autonomía y libertad en el ámbito de salud reproductiva. El Tribunal enfatizó que "en materia de salud sexual y reproductiva, la obligación de transparencia activa imputable al Estado apareja el deber del personal de salud de suministrar información que contribuya a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y responsables respecto de su propio cuerpo y salud sexual y reproductiva, los cuales se relacionan con aspectos íntimos de su personalidad y de la vida privada y familiar".

[22] Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329. La controversia central del presente caso consistía en determinar si la ligadura de las trompas de Falopio practicada a la señora I.V. el 1 de julio de 2000 en Bolivia, por un funcionario público en un hospital estatal, fue contraria a las obligaciones internacionales del Estado, es decir, si tal procedimiento se llevó a cabo obteniendo el consentimiento informado de la paciente, bajo los parámetros establecidos en el derecho internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos.

En los años 2017 y 2018 la Corte IDH emitió tres fallos. El primero en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, el 31 de agosto,[23] en el que concluyó, entre otras cosas, que Perú violentó la libertad de expresión de la víctima (arts. 13 y 8, en relación con el art. 1.1 CADH). La Corte IDH entendió que, de las manifestaciones publicadas en la entrevista, en lo general, se desprende que el objetivo del señor Lagos del Campo era denunciar alegadas irregularidades, es decir, informar sobre una situación que, a su criterio, vulneraba los intereses que él representaba, acompañando sus opiniones de comentarios críticos. De acuerdo con la Corte IDH, si bien la publicación contenía particulares expresiones altisonantes sobre la situación denunciada, estas no traspasaban el umbral de especial protección del carácter de las denuncias expuestas en el referido contexto. Para el Tribunal, el despido también tuvo un impacto en el desarrollo profesional, personal y familiar de la víctima. A juicio de la Corte IDH, el Estado no cumplió su deber de garantía y avaló una restricción al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Lagos del Campo, a través de una sanción innecesaria en relación con el fin perseguido y sin una debida motivación. También entendió que no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros y, consecuentemente, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió la indemnización ni los beneficios correspondientes.

En el segundo fallo, emitido en 2018 en el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, el 8 de febrero,[24] se declaró responsa-

[23] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. El caso estudia el despido del señor Lagos del Campo por parte de una empresa, mientras actuaba en su calidad de representante de los trabajadores, luego de haber realizado declaraciones a un comité electoral de una comunidad industrial, en el contexto de una elección de representantes de los trabajadores, lo cual vulneró sus derechos a la estabilidad laboral. En una entrevista, el señor Lagos del Campo denunció que el directorio de la empresa presuntamente habría empleado el "chantaje y la coerción" para llevar a cabo "fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral".

[24] Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348. El caso tuvo su origen en la terminación arbitraria de los contratos laborales que

ble internacionalmente al Estado por la violación del derecho a la libertad de expresión y participación política en relación con el principio de no discriminación de las entonces funcionarias Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña.

Ese mismo año, en el caso *Carvajal Carvajal vs. Colombia*, dictado el 13 de marzo,[25] la Corte IDH concluyó que el Estado colombiano era responsable por violar las garantías judiciales por las dilaciones extraordinarias y por la investigación inadecuada de la muerte del periodista Nelson Carvajal Carvajal. Además, encontró responsable al Estado por violar el derecho a la vida y la libertad de expresión de la víctima. En este sentido, la decisión reconoció, como lo había planteado la CIDH y su Relatoría Especial, que existe una relación "estrecha" e "íntima" entre "las garantías del derecho a la vida y la libertad de expresión de los periodistas y comunicadores sociales". De hecho, por primera vez a nivel de la Corte IDH, se reconoció que el asesinato de un periodista vinculado a las funciones que desempeña, seguido de impunidad por falta de una investigación adecuada, supone la violación del derecho a la vida y de la libertad de expresión de la víctima: "En efecto, la libertad de expresión de Nelson Carvajal se habría visto afectada precisamente por el hecho de que éste no pudo continuar ejerciéndola debido a su muerte y la falta de investigación debida de la misma".

---

las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña tenían con el Consejo Nacional de Fronteras, organismo adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Ello se dio como consecuencia de una desviación de poder motivada por una voluntad de represalia en su contra por haber firmado una solicitud de referéndum revocatorio del mandato del entonces presidente de la República Hugo Chávez Frías en diciembre de 2003, en un contexto de denuncias de represalias y persecución política y, en particular, luego de que sus nombres aparecieran en la llamada "lista Tascón".

[25] Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352. Nelson Carvajal Carvajal fue asesinado en 1998 en Pitalito, Colombia, en un contexto de inseguridad para los periodistas. En este año, Colombia fue considerado el lugar más peligroso para la prensa en el mundo, ocupando el primer lugar en la lista mundial de periodistas ejecutados. Carvajal había publicado reportajes sobre escándalos de corrupción del gobierno local y lavado de dinero por traficantes de drogas.

Finalmente, en 2019, en el caso *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, resuelto el 30 de agosto,[26] la Corte IDH recordó que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de legalidad, responder a un objetivo permitido por la CADH y ser necesarias en una sociedad democrática. Además puntualizó que, en el caso de un discurso protegido por su interés público, como son los referidos a conductas de empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario. En este marco, la Corte IDH consideró que la nota publicada en el diario *Así es la Noticia* constituía una información de interés público, porque la persona de la que se trataba era un funcionario público en la época de los hechos y estaba vinculado a ellos, y el tema tratado era de relevancia pública. La Corte IDH recordó que, sobre temas de interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población, como era el caso del señor Álvarez. En efecto, el uso de la sanción penal por difundir noticias de esta natura-

[26] Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C, núm. 380. El 23 de mayo de 2003, el señor Tulio Alberto Álvarez Ramos publicó un artículo en el diario *Así es la Noticia*, titulado "Asaltada Caja de Ahorro de la Asamblea Nacional", en el que daba a conocer supuestas irregularidades en el manejo financiero de la Asamblea Nacional de Venezuela. El 31 de diciembre de 2003, el señor William Lara (entonces presidente de la Asamblea Nacional) interpuso querella formal en contra de Tulio Álvarez por la supuesta comisión del delito de difamación. El 16 de diciembre de 2004, el Juzgado Penal dispuso como medida cautelar la prohibición de salida del país del señor Álvarez. Durante la tramitación de la causa, la parte acusadora amplió la denuncia en dos oportunidades, razón por la cual se continuó el proceso bajo el tipo penal de difamación agravada continuada. El 10 de febrero de 2005, el Juzgado Penal emitió sentencia mediante la cual condenó a Tulio Álvarez a cumplir la pena de dos años y tres meses de prisión por la comisión del delito de difamación agravada continuada y también dispuso su inhabilitación política. Contra esta sentencia, el señor Álvarez interpuso los recursos de apelación y, posteriormente, de casación, ambos infructuosos. El 4 de marzo de 2009 se decretó el cumplimiento total de la condena.

leza produciría, directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. Lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático. Por tanto, la Corte IDH concluyó que la conducta del señor Álvarez no podía considerarse penalmente prohibida como delito contra el honor y declaró la vulneración del artículo 13.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en su perjuicio. Del mismo modo, al declararse contraria a la Convención la persecución penal y sanción impuesta al señor Álvarez, también se consideró violado el artículo 23 de la CADH en razón de la pena accesoria de inhabilitación política.

IV. Los embates de los gobiernos populistas contra la libertad de prensa

Los gobiernos populistas, que por lo general adoptan un estilo autoritario, tienen entre sus objetivos políticos el de silenciar o reducir a la mínima expresión aquellos medios de comunicación independientes, en especial los que asumen una posición crítica contra ellos. Para cumplir dicho propósito utilizan distintas tácticas y estrategias a partir de la posición dominante que ejercen en la sociedad.

Según se extrae de la jurisprudencia y los precedentes de la Corte IDH, hay cuatro áreas críticas en las que se lesiona la libertad de prensa. La primera, y quizás la más grave, es el hostigamiento hacia los periodistas, que en algunos casos han sido objeto de agresiones físicas, desapariciones, o se les ha causado la muerte. En segundo término, se recurre al cierre de medios de comunicación, ya sea cancelando su concesión o licencia cuando se trata de frecuencia de radio o televisión, que son bienes demaniales —tal y como sucedió con el canal de televisión RCTV—, o bien recurriendo a medios indirectos, tales como al abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos y, por último, interviniendo abiertamente y clausurando el medio. Por

otra parte, es usual que se recurra al ejercicio de la acción penal y a condenas desproporcionadas contra aquellos periodistas que asumen una postura crítica frente a las políticas del Gobierno. Finalmente, también es frecuente que los gobiernos populistas utilicen campañas de desprestigio y utilicen los recursos públicos contra periodistas y medios de comunicación.

En lo que respecta al acoso a periodistas, por ejemplo, en Venezuela, según un informe de Transparencia Venezuela de 27 de junio de 2020, las agresiones físicas, el hostigamiento y los ataques registrados contra periodistas y representantes de los medios de comunicación, durante las dos últimas décadas, conforman el cuadro que ha convertido el ejercicio de la profesión en una de las más riesgosas en el país, situación que se ha agravado a causa del confinamiento con motivo de la pandemia (22 periodistas fueron detenidos). A la anterior denuncia se suma la del Colegio Nacional de Periodistas, sección Caracas, que aseguró que:

> [...] 18 periodistas habían sido detenidos de forma arbitraria y, en muchos casos, también sus familiares. Lo mismo hizo el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Prensa (SNTP) con el informe "Pandemia de la desinformación", en el que recopila una serie de hechos y experiencias que describen los desafíos del trabajo periodístico en Venezuela entre el 16 de marzo, fecha en que se decreta la emergencia sanitaria, y el 3 de mayo [2020]. Afirma el documento que, antes de confirmarse los primeros contagios en el país, la persecución contra los medios y periodistas intentaba inhibir el debate en torno a un tema de tanto interés para la población. En concreto, señalaban que publicar información distinta o complementaria a la ofrecida por los voceros oficiales le había valido encarcelamiento a una veintena de periodistas en distintas regiones del país. En el lapso que abarca el informe, el SNTP documentó 57 hechos que afectan la libertad de expresión y el acceso a la información, así como el derecho al trabajo de comunicadores, periodistas, reporteros, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de los medios.[27]

[27] Véase Transparencia Venezuela, "Periodismo en Venezuela: la censura, la persecución y las agresiones arrecian en tiempos de pandemia", *https://transparencia.org.ve/periodismo-en-venezuela-la-censura-la-persecucion-y-las-agresiones-arrecian-en-tiempos-de-pandemia/*

Según cifras más recientes, 66 periodistas y trabajadores de medios de comunicación fueron detenidos en Venezuela durante la pandemia.

En Nicaragua, el Comité para la Protección de los Periodistas (CPJ, por sus siglas en inglés), junto a tres organizaciones regionales defensoras de los derechos humanos y la libertad de expresión, pidieron al Gobierno poner fin al acoso contra los periodistas. En un pronunciamiento "expresan su solidaridad con los periodistas nicaragüenses e instan a las autoridades de todo el país a cesar el hostigamiento generalizado de periodistas y a garantizar que los medios y las organizaciones defensoras de la libertad de expresión puedan ejercer su labor en condiciones de seguridad".[28] La situación en este país es cada día más grave. Al encarcelamiento de las y los candidatos de la oposición se suma el encierro y el exilio de periodistas, lo que convierte a Nicaragua en una dictadura de nuevo cuño (la nueva izquierda).

Una segunda estrategia que siguen los gobiernos populistas, independientemente del signo ideológico que dicen profesar, es el cierre de los medios de comunicación, tal y como puede constatarse mediante los casos resueltos por la Corte IDH, concretamente en Perú y Venezuela. El hecho más reciente del que hemos tenido conocimiento aconteció en Nicaragua, con el cierre del diario *La Prensa*, uno de los más importantes en el país. En efecto, el periódico más antiguo de ese país, fundado en 1926, anunció el 12 de agosto del 2021 que su versión impresa dejaría de circular a partir del 13 de ese mes, debido a que el Gobierno autoritario, a través de la Dirección General de Aduanas, mantenía retenido su papel, lo que a todas luces constituye una flagrante violación al artículo 13 de la CADH. Un día después, la policía allanó la oficina de redacción y cortó la energía eléctrica y el acceso a internet, bajo el argumento de que el medio de comunicación comete los delitos de "lavado de dinero" y "defraudación aduanera":

> El objetivo fue cerrar un medio de comunicación e imponer la censura y, de hecho, durante algunas horas, lo lograron, al desconectar

[28] Véase Voz de América, "CPJ insta a Nicaragua a 'poner fin al hostigamiento' contra periodistas", *https://www.vozdeamerica.com/centroamerica/cpj-insta-nicaragua-poner-fin-al-hostigamiento-contra-periodistas*

> los servidores del sitio web de "La Prensa". Sin embargo, desde la noche del mismo viernes el periódico ha seguido informando en su plataforma digital, como lo hechos hecho los de "Confidencial" y "100% Noticias" desde que la policía ocupó ilegalmente nuestra redacción en diciembre del 2018 y el gobierno consumó la confiscación en febrero de este año, de forma inconstitucional.[29]

Por otra parte, el 7 de julio de 2021, el Gobierno de El Salvador le dio un plazo de cinco días al periodista mexicano Daniel Lizárraga, editor del medio digital *El Faro*, para que abandonara el país. Las autoridades migratorias argumentaron que no lograron comprobar que Lizárraga sea periodista, pese a contar con una reconocida trayectoria iniciada en 1993. Casos como estos, y muchos otros, están debidamente documentados en varios países de la región. Podríamos seguir refiriendo claros ejemplos de cómo los gobiernos populistas de corte autoritario ejercen un hostigamiento sistemático contra periodistas y medios de comunicación independientes, todo lo cual lesiona los derechos humanos básicos de los comunicadores sociales y constituye un golpe letal para el sistema democrático.

El ejercicio de la acción penal y la imposición de penas desproporcionadas contra periodistas es otra de las estrategias a las que recurren los gobiernos populistas de corte autoritario. Algunos ejemplos resultan chocantes y vergonzosos, ante una comunidad internacional pasiva que, pese a la gravedad de los hechos, no ejerce acciones efectivas en favor de los periodistas detenidos y sentenciados injustamente. En 2013, en Ecuador, durante el Gobierno de Rafael Correa, y más recientemente, el 28 de octubre de 2020, en Nicaragua, se ha aprobado una Ley Especial de Ciberdelitos que penaliza hasta con cinco años de cárcel a quien difunda noticias falsas. En su numeral 30 se establece lo siguiente:

> Artículo 30. Propagación de noticias falsas a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Quien, usando las Tecnologías de la Información y la Comunicación, publique o difunda

[29] Chamorro, Carlos Fernando, "La toma de 'La Prensa' es el último asalto a la libertad en Nicaragua", *La Nación*, 24 de agosto de 2021, p. 15, *https://www.nacion.com/opinion/columnistas/la-toma-de-la-prensa-es-el-ultimo-asalto-a-la/NG2GSOIDYJGLDHMFEHGP344EYU/story/*

> información falsa y/o tergiversada, que produzca alarma, temor, zozobra en la población, o a un grupo o sector de ella a una persona o a su familia, se impondrá la pena de dos a cuatro años de prisión y trescientos a quinientos días multa.
>
> Si la publicación o difusión de la información falsa y/o tergiversada, perjudica el honor, prestigio o reputación de una persona o a su familia, se le impondrá una pena de uno a tres años de prisión y ciento cincuenta a trecientos cincuenta días multa.
>
> Si la publicación o difusión de la información falsa y/o tergiversada, incita al odio y a la violencia, pone en peligro la estabilidad económica, el orden público, la salud pública o la seguridad soberana, se le impondrá pena de tres a cinco años de prisión y quinientos a ochocientos días multa.

Los gobiernos populistas de corte autoritario se valen de este tipo de leyes y del control que ejercen sobre el poder judicial y el Ministerio Público —quien tiene el monopolio de la acción penal— para detener y sancionar penalmente a los periodistas independientes, asestando un duro golpe a la libertad de prensa. Según la jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, el uso de la sanción penal por difundir noticias cuando se trata de información pública, directa o indirectamente, es un amedrentamiento que, en definitiva, limita la libertad de expresión y el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático.

En el Informe Anual de la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de 2019 se destaca el avance en varios países "[...] respecto a la actuación del Poder Judicial al resolver demandas o denuncias infundadas contra periodistas y revertir medidas de censura o de ocultamiento de información por parte de los otros poderes estatales".[30]

Las campañas de desprestigio contra periodistas y medios de comunicación son otra forma en que los gobiernos populistas autoritarios lesionan la libertad de prensa. Al inicio de 2021

[30] Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2019, Volumen II, Informe Anual de la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, Resumen Ejecutivo, *http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp*

fuimos testigos de este tipo de estrategia, que pretende silenciar a periodistas y medios de comunicación críticos de dicha forma de gobierno. En efecto, según informan los medios de comunicación, el Gobierno de Venezuela desarrolló una campaña de estigmatización, hostigamiento y operativos contra varios medios, concretamente contra *Efecto Cocuyo*, el canal digital de noticias *VPI TV,* la cadena de radios comunitarias *Fe y Alegría,* el diario *Panorama,* entre otros. El primer medio fue acusado por el presidente de la República de servir a la "injerencia extranjera" por recibir cooperación internacional. Al segundo se le sometió a una profunda fiscalización y se le incautó en la sede de Caracas, lo que provocó el cierre temporal. El cuarto fue clausurado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) durante cinco días, bajo el argumento de que incumple los deberes formales tributarios.

Para terminar, resulta relevante traer a colación el Informe Anual del Relator Especial de la Libertad de Expresión de 2019, en el que llama la atención sobre el contexto de estigmatización de altas autoridades contra la prensa, la persistencia de formas de amenazas, violencia física y asesinatos contra comunicadores, así como los limitados avances en materia de combate a la impunidad de estos crímenes: "También permite observar una preocupante tendencia de persecución coordinada a periodistas y opositores en redes sociales, a quienes los gobiernos o sus seguidores persiguen como 'enemigos' o 'prensa opositora'; las mujeres periodistas han sido especialmente agredidas con base a estereotipos en las Américas durante el año evaluado".[31]

V. A modo de conclusión

Es una verdad de Perogrullo que la libertad de prensa es un presupuesto esencial de la democracia. Los medios de comunicación independientes juegan un papel cardinal en la sociedad democrática, pues no solamente informan a la población sobre aquellos acontecimientos de relevancia pública, sino que también ejercen

[31] Véase Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cit*.

un control sobre quienes detentan el Gobierno y están al frente de la Administración pública.

Esta labor de crítica, vigilancia, denuncia y acreditación de hechos que son contrarios a los valores ético-funcionariales, que afectan el buen manejo de los fondos públicos y que, en algunos casos, constituyen actos graves de corrupción y torpeza política, o que se alejan de las reglas de la ciencia, la técnica, la justicia, la lógica y la conveniencia, resulta de la mayor relevancia en una sociedad. De ahí que sea un imperativo categórico garantizar el libre ejercicio de la libertad de prensa en sus distintas formas, aceptando únicamente aquellas limitaciones que resulten necesarias para proteger otros derechos fundamentales o valores superiores de la sociedad.

Sin lugar a dudas, la SC y la Corte IDH han jugado un papel fundamental en la protección efectiva de la libertad de prensa, tal y como ha quedado acreditado en líneas anteriores. Lo lamentable es que, en muchos Estados, a pesar de la divulgación tan amplia que han tenido sus sentencias y opiniones consultivas, se sigan cometiendo los mismos —o más graves— abusos contra quienes ejercen la libertad de prensa, aun en aquellos gobiernos que no han llegado a adoptar las características de uno de corte autoritario. Basta con leer los informes del Relator Especial de la Libertad de Expresión de 2019 y otros de organizaciones no gubernamentales para constatar esta lamentable realidad. Se puede afirmar que en la región hay un importante retroceso en cuanto al ejercicio efectivo de la libertad de prensa.

Los embates de los gobiernos populistas de corte autoritario han venido en aumento, tal y como aquí se ha comprobado. Es más, esta obra sería interminable si analizara con mayor profundidad las graves violaciones a la libertad de prensa que se han cometido en América Latina en los últimos años. Lo grave de la cuestión es que la población de la región es cada vez más proclive a adoptar gobiernos populistas de corte autoritario, como lo constata un informe reciente de Ipsos Global Advisor,[32] cuyos principales hallazgos muestran "[...] un creciente sentimiento

[32] Ipsos Global Advisor, "Sentimiento de sistema roto en 2021: Populismo, antielitismo y nativismo", agosto de 2021.

ciudadano de que el sistema está roto, que la principal división de nuestras sociedades es entre los ciudadanos comunes y la élite política y económica, que la economía está amañada a favor de los ricos y poderosos, que los partidos políticos tradicionales no se preocupan por la gente común y que los migrantes ponen en peligro la identidad nacional".[33]

Entre los aspectos más preocupantes que arroja este estudio encontramos que la población tiende a preferir líderes fuertes, que estén dispuestos a romper las reglas (44% de los encuestados) e, incluso, en Brasil, un 61% está a favor de un líder antidemocrático:

> Estos últimos hallazgos revisten particular gravedad por dos razones. Una, la experiencia de América Latina con las diversas olas populistas de los siglos XX y XXI no ha sido positiva. En todos los casos, lo que devino en esos liderazgos fue una democracia de menor calidad y un debilitamiento del Estado de Derecho. Dos, lo vivido recientemente en las elecciones peruanas, en las que las dos opciones más radicales —derecha e izquierda— llegaron a la segunda vuelta, enciende las alarmas de que el super ciclo electoral —que acaba de iniciarse y continuará hasta el 2024— abra las puertas a una nueva ola de gobiernos populistas o autoritarios, alta polarización y mayor inestabilidad.[34]

[33] Zovato, Daniel, "El sistema está roto: populismo, antielitismo y nativismo", *La Nación,* 29 de agosto de 2021, p. 15.

[34] *Idem*.

Bibliografía

Bazán, Víctor, "Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre 'La garantía constitucional de los derechos sociales: progreso, dificultades o zonas de tensión'", en Bazán, Víctor (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

Brewer-Carías, Allan R., *La jurisdicción constitucional en el contexto democrático latinoamericano: el dilema entre el derecho a la democracia y relección presidencial,* Nueva York, mayo de 2019.

Cajaleón Castillo, Eddie R., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los parlamentarios, en particular del derecho a la información*, Tesis para optar por el grado de Máster en el Instituto de Derecho Parlamentario en la Universidad Complutense, inscrita en 2013.

Castillo Víquez, Fernando, *El control de constitucionalidad en Costa Rica. Las cuestiones de constitucionalidad,* Tesis para optar por el título de doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, 2002.

Castillo Víquez, Fernando, *Elementos económicos en la Constitución Política*, San José, Editorial Juritexto, 1992.

Cervantes Velasco, Andrés y Mier Galena, David, "Populismo y reelección inmediata en América Latina: perspectivas desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en

Saiz-Arnaiz, Alejandro (dir.), *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

Chamorro, Carlos Fernando, "La toma de 'La Prensa' es el último asalto a la libertad en Nicaragua", *La Nación*, 24 de agosto de 2021, *https://www.nacion.com/opinion/columnistas/la-toma-de-la-prensa-es-el-ultimo-asalto-a-la/NG2GSOIDYJGLDHMFEHGP344EYU/story/*

Cruz, Paulo Márcio, "Sobre el principio republicano", *Jurídicas*, Universidad de Caldas, vol. 6, núm. 1, enero-junio de 2009.

Díez-Picazo, Luis María, "Concepto de ley y tipos de leyes", en Garrorena Morales, Ángel (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

Escobar Fornos, Iván, "Relaciones y tensiones de la justicia constitucional con los poderes del Estado: crisis permanente (democracia, gobernabilidad y el Tribunal Constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 15, 2011.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, reimp. a la 3a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 1980.

Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Hernández González, Francisco L., "La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril de 2004.

Hernández Valle, Rubén, "La ley", AA. VV., *Ensayos de derecho constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1983.

Hernández Valle, Rubén, *Derecho de la Constitución*, San José, Editorial Juricentro, 1993, vol. II.

Ipsos Global Advisor, "Sentimiento de sistema roto en 2021: Populismo, antielitismo y nativismo", agosto de 2021.

Jurado Fernández, Julio, "Peligroso rediseño del sistema constitucional, *La Nación*, 27 de julio de 2003.

Lieut-Vaux, Georges, "Le fraude à la Constitution", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, abril-junio de 1943.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4a. reimp., Barcelona, Ariel, 1986.

Molas, Isidre, "La oposición en el parlamentarismo mayoritario", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, enero-abril de 1989.

Montoya Martín, Encarnación, *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales", *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 2, 2005.

Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.

Peñaranda Ramos, José Luis, "El régimen jurídico de los reglamentos", OpenCourseWare de la Universidad Carlos III de Madrid, *https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod_page/content/16/leccion5.pdf*

Prieto Sanchís, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, mayo-agosto de 2004.

Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1995.

Saborío Valverde, Rodolfo, "Los límites a las reformas parciales a la Constitución y la jurisprudencia constitucional", *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 3, núm. 3, 1995.

Transparencia Venezuela, "Periodismo en Venezuela: la censura, la persecución y las agresiones arrecian en tiempos

de pandemia", *https://transparencia.org.ve/periodismo-en-venezuela-la-censura-la-persecucion-y-las-agresiones-arrecian-en-tiempos-de-pandemia/*

Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, reimp. a la 1a. ed., Madrid, Tecnos, 1988.

Voz de América, "CPJ insta a Nicaragua a 'poner fin al hostigamiento' contra periodistas", *https://www.vozdeamerica.com/centroamerica/cpj-insta-nicargua-poner-fin-al-hostigamiento-contra-periodistas*

Zovato, Daniel, "El sistema está roto: populismo, antielitismo y nativismo", *La Nación*, 29 de agosto de 2021.

Hacia un populismo constitucional
se terminó de imprimir en abril de 2023,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

El "Tri": deportes, violencia
y derechos humanos
Ariel Dulitzky
Clarissa Iglesias Torres (colaboradora)

Sentencias feministas.
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género.
Proyecto México
Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos (coords.)
(En coedición con el COPRED)

Derechos humanos de las personas migrantes:
una mirada desde el ius commune
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM, el MPIL y la DFG)

Reflexiones contemporáneas sobre
derecho constitucional comparado
Antonio Olguín Torres (coord.)
(En coedición con la UG)

Constitución Política del Estado Libre
y Soberano de Querétaro comentada
María Pérez Cepeda
Greco Rosas Méndez
Carlos Rubén Eguiarte Mereles
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el Poder Judicial
del Estado de Querétaro y el IEEQ)

HACIA UN **POPULISMO CONSTITUCIONAL**

Los gobiernos populistas se caracterizan por ascender al poder aprovechando una coyuntura política de descontento social con la clase gobernante y los partidos políticos. A través de una visión mesiánica de la función del Estado, logran cautivar a los sectores sociales más vulnerables y a los sectores medios a través de promesas que son de difícil o imposible cumplimiento. Una vez instaurados en el poder, procuran mantenerse en él recurriendo a políticas públicas que favorecen a los sectores sociales más desposeídos, con el fin de ampliar su base electoral y perpetuarse en el Gobierno.

Esta obra tiene como propósito abordar el avance del populismo en América Latina, específicamente en lo referente a la parte orgánica de las cartas fundamentales de la región, para denunciar la forma en que el populismo afecta los principios medulares del régimen republicano, así como las herramientas de las que se han servido los gobiernos de corte populista.

Igualmente analiza los derechos fundamentales que son indispensables en una democracia, enfocándose específicamente en el estudio de la libertad de prensa, que es un pilar esencial del sistema democrático.

ISBN 978-607-8908-01-1
9 786078 908011

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO