Homenaje a los 100 años de la Constitución de Weimar (1919–2019)

La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI

Una mirada desde Latinoamérica

Editores:
Manfredo Koessl / John Zuluaga

Autores:
Christian Scheechler Corona
Cristina E. Montalvo
Jesús Omar Herrera Torres
Laura María Bastidas Zambrano
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria
Mario Orlando Contreras
Marlus H. Arns de Oliveira
Marvin Alfredo Gómez Ruiz
Miguel Lamadrid Luengas
Rafael E. Nieto
Rodolfo González Espinosa
Silvia Patricia López González

ECKHAUS VERLAG

La Constitución de Weimar
en los desafíos del siglo XXI
Una mirada desde Latinoamérica

Homenaje a los 100 años de la
Constitución de Weimar
(1919 – 2019)

© Manfredo Koessl, 2019
© John Zuluaga, 2019

Hecho el depósito que exige la ley.
Editado e impreso por Eckhaus Verlag
Buttelstedter Straße 25, 99427 Weimar – Alemania
WWW.ECKHAUS-VERLAG.DE

ISBN: 978-3-945294-30-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI

Una mirada desde Latinoamérica

Homenaje a los 100 años de la Constitución de Weimar

(1919–2019)

Editores:
Manfredo Koessl / John Zuluaga

Autores:
Christian Scheechler Corona
Cristina E. Montalvo
Jesús Omar Herrera Torres
Laura María Bastidas Zambrano
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria
Mario Orlando Contreras
Marlus H. Arns de Oliveira
Marvin Alfredo Gómez Ruiz
Miguel Lamadrid Luengas
Rafael E. Nieto
Rodolfo González Espinosa
Silvia Patricia López González

Eckhaus Verlag
2019

Contenido

Contenido 5
Presentación 7
Lista de Siglas y Abreviaturas 9

I. O novo constitucionalismo latinoamericano como forma de arrefecer o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.
Marlus H. Arns de Oliveira 11

II. ¿Es la dignidad humana el bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes? Aproximaciones desde la legislación chilena.
Christian Scheechler Corona 25

III. La Constitución alemana de Weimar 1919: apuntes desde la experiencia doctrinal y jurisprudencial mexicana.
Marvin Alfredo Gómez Ruiz / Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria 47

IV. México y la traición a la Constitución social de 1917.
Rodolfo González Espinosa 67

V. La importancia del constitucionalismo social en el siglo XXI en materia político criminal en México.
Jesús Omar Herrera Torres 87

VI. Un siglo entre dos Constituciones. Consideraciones de método e historia constitucional sobre un modelo penal en común.
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos 99

VII. Lecciones de la Constitución de Weimar para Colombia.
Miguel Lamadrid Luengas 117

VIII. Importancia del constitucionalismo social para la política victimal en Colombia, ¿un asunto de política criminal?
Cristina E. Montalvo/Rafael E. Nieto 145

IX. Repercusiones de la Constitución de Weimar en la Constitución de la República bolivariana de Venezuela y la política criminal actual.
Laura María Bastidas Zambrano 157

X. La Constelación del Federalismo Argentino, influenciado por la Constitución de Weimar.
Mario Orlando Contreras 167

XI. El Estado Social como herencia de la Constitución de Weimar a 100 años de su promulgación.
Silvia Patricia López González 189

La Constitución de Weimar: rupturas y desafíos.
John Zuluaga 199

Lista de Autores 201

Presentación.

Al comenzar el siglo XX se inició en Weimar un experimento constitucional que ha influenciado hasta nuestros días la vida política de todo el mundo. A partir de 1919, la Constitución Social de Weimar impactó en la Teoría Constitucional alemana, europea y mundial hasta el presente. Variedad de posiciones se han perfilado sobre este concepto, ya para imitar o evitar el mismo. Las opiniones dejan ver, por un lado, críticas relativas a su "debilidad y permisividad con los enemigos de la democracia", dejando suceder el ascenso de los nazis y, por otro lado, defensas por la manera como fehacientemente garantiza los derechos sociales y comunitarios. Su contenido no sólo influenció las Constituciones alemanas (del Este y Oeste), sino, también, las de muchos lugares en el mundo.

Defensores y detractores participaron en su momento del debate, dentro y fuera de la Convención Constituyente. Max Weber, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Herman Heller – para sólo nombrar a algunos autores contemporáneos –, participaron de la discusión de esta gesta constitucional. Además, estos debates no sólo encontraron un escenario en Alemania. El constitucionalismo Social tuvo una notable influencia en Iberoamérica. En la mayoría de los países de esta región se discutieron y reformaron las Constituciones liberales del siglo XIX en el marco de estas nuevas "Constituciones Sociales".

La problemática, de cara el siglo XXI, es si el legado de la Constitución de Weimar aún está vigente, especialmente frente a retos como la globalización, la multiculturalidad, las diferencias religiosas, las migraciones y los problemas ambientales. Sobre estos asuntos se discutió en el Workshop titulado "La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica". El mismo tuvo lugar en la ciudad de Weimar entre el 16 y 20 de septiembre de 2019, llevado a cabo con el propósito de conmemorar el centenario de la Constitución de Weimar (1919 – 2019) a partir de dos ejes conceptuales: por un lado, los aportes de la experiencia latinoamericana al debate y critica del Constitucionalismo Social y, por otro lado, la importancia del Constitucionalismo Social en materia político-criminal.

En este libro presentamos los trabajos expuestos y discutidos en este Workshop. En la obra se encuentra una especial combinación de textos que son resultado de proyectos de investigación y otros trabajos de una orientación más descriptiva, reflexiva o ensayística. Para asegurar que el libro exprese la diversidad de opiniones y las distintas formas en que se abordaron las temáticas del evento conmemorativo, se ha respetado en esta publicación

el registro original de los trabajos. De esta manera, se defiende la originalidad de las ideas, formas y contextos de generación por encima de aquellos parámetros metodológicos a los que se acude de forma frecuente para editar y estandarizar este tipo de obras.

Agradecemos a todos los que hicieron posible que este evento se haya llevado a cabo.

A los asistentes que, provenientes de 10 países latinoamericanos, permitieron una mirada diferenciada y plural. También a *Arbeit und Leben Thüringen* cuyos gerentes, Uwe Roßbach y Maren Weißhuhn, apoyaron sin dudar un evento internacional "para que se realicen intercambios que reafirmen y fortalezcan los derechos sociales y la solidaridad implícita en la Constitución de Weimar en un mundo con viejos y nuevos desafíos".

De manera especial agradecemos a los autores de los trabajos que componen el presente libro: Christian Scheechler Corona, Cristina E. Montalvo, Jesús Omar Herrera Torres, Laura María Bastidas Zambrano, Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, Mario Orlando Contreras, Marlus H. Arns de Oliveira, Marvin Alfredo Gómez Ruiz, Miguel Lamadrid Luengas, Rafael E. Nieto, Rodolfo González Espinosa y Silvia Patricia López González. Asimismo, agradecemos el valioso apoyo prestado por Jackson Valbuena en la preparación del libro. De igual manera, agradecemos a Jana Rogge por el trabajo de edición final y a Eckhaus Verlag por la publicación de las memorias del Workshop bajo su sello editorial. Las contribuciones de todos han prestado un servicio de gran consideración para revisar y discutir el legado de la Constitución de Weimar desde el punto de vista Latinoamericano.

Manfredo Koessl – John Zuluaga
Weimar – Bogotá, septiembre de 2019

Lista de Siglas y Abreviaturas.

AA.VV.	Autores Varios
art., arts.	artículo, artículos
c.	contre
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
cap.	Capítulo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Cfr.	confróntese
cit.	Citado
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales (México)
Comp.	Compilador(a)
Coord.	Coordinador(a)
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CW	Constitución de Weimar
CP	Código Penal
CPEUM	Constitución política de los Estados Unidos de México
crít.	crítico, críticamente
Dir.	Director
D/doc.	document(o)
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación (México)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
ed.	editor/edición
eds.	Editores
ENPOL	Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (México)
et al.	*et altera* (latín: 'y otros')
etc.	Etcétera
et. seq.	*et sequens* o *et sequential* (latín 'ý siguientes')
LFDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (México)
LGMDF	Ley General en Materia de Desaparición Forzada (México)
LGPDS	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro (México)
loc. cit.	*locus citatus* (latín: 'lugar citado')

MP	Ministerio Público
nm.	número/s marginal/es
nro.	número
nros.	Números
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
Op. Cit.	Obra citada
p./pág.	página/s
parág.	parágrafo/s
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos
por ej.	por ejemplo
PP	Política pública
PPV	Política pública victimal
s., ss.	siguiente, siguientes
sic	*sicut* (latín: 'textualmente')
SPD	Partido Socialdemocrata alemán
t.	tomo
USPD	Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Partido Socialdemócrata Independiente de Alemania)
v.	versus
vol.	volumen

Marlus H. Arns de Oliveira

I. O novo constitucionalismo latinoamericano como forma de arrefecer o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.

Resumo: O novo constitucionalismo latino-americano decorre de mudança paradigmática decorrente de processos políticos libertadores vivenciados na América Latina a partir da década de 80. Ultrapassamos uma era constitucional nominalista para recuperar o sentido reformador da Constituição, inclusive nos fundamentos sociais da Constituição de Weimar.

A necessária aplicação da norma constitucional, a cada avanço democrático, não permitiu acomodações das conquistas sociais consagradas como matéria constitucional e os Tribunais Constitucionais encontraram seu lugar de atuação.

O novo constitucionalismo consagrou a soberania popular reconhecendo direitos e garantias rumo a verdadeira democracia, apresentando-se como alternativa viável para diminuir o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: Novo constitucionalismo, Constituição de Weimar, Democracia, América Latina.

Abstract: The new Latin American constitutionalism stems from a paradigm shift resulting from liberating political processes experienced in Latin America since the 1980s. We have gone beyond a nominalist constitutional era to regain the reforming sense of the Constitution, including in the social foundations of the Weimar Constitution.

The necessary application of the constitutional norm, with each democratic advance, did not allow accommodations of the consecrated social achievements as constitutional matter and the Constitutional Courts found their place of performance.

The new constitutionalism enshrined popular sovereignty recognizing rights and guarantees towards true democracy, presenting itself as a viable alternative to reduce the apparent paradox between constitutionalism and democracy.

Keywords: New constitutionalism, Constitution of Weimar, Democracy, Latin America.

1. *Introdução.*

Doutrinadores sustentam a hipótese da existência de um *novo* constitucionalismo latino-americano, decorrente de uma mudança de paradigma revelada a partir de processos políticos transformadores que despontaram na América Latina, desde a segunda metade da década de 1980.[1]

Esse novo constitucionalismo substituiu um constitucionalismo *tradicional*, enraizado no cenário latino-americano, desde os primórdios dos processos de constitucionalização, os quais pouco ou nada continham do constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII e início do século XIX, tampouco do constitucionalismo social de Weimar do princípio do século XX.

Referido constitucionalismo tradicional caracteriza-se pela sua incapacidade de impulsionar processos políticos transformadores, dando origem a Constituições frágeis, vazias, meramente retóricas, e cujos textos nominais servem apenas à manutenção do *status quo* – à dominação elitista da arena pública e dos processos decisórios.

Em contraposição, o *novo* constitucionalismo encarna potenciais verdadeiramente e radicalmente transformadores, sob o ponto de vista social e político, inaugurando um novo paradigma de Constituição forte, original e vinculante, cujo texto incita maior transparência e participação popular, remontando a orientação e aos princípios da Constituição de Weimar.

Se na Alemanha a Constituição de Weimar encerrava um período turbulento e sua aplicação foi extremamente difícil diante das incertezas daquele momento histórico de intervalo entre guerras, também assim o contexto latino-americano na década de 90. Constituições que representavam o final de períodos ditatoriais e que até hoje encontram dificuldade, em especial, quanto a implantação de direitos sociais, frente a um cenário de instabilidade e tumultos.

Dentro deste contexto buscaremos situar o novo constitucionalismo como alternativa possível para ao menos diminuir o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.

2. *Rápida mirada nos textos constitucionais latino-americanos.*

Para bem compreender e analisar essas alterações de paradigma nos textos constitucionais latino-americanos, é necessário rápida ilustração quanto as assembleias constituin-

1 Pastor, Roberto Viciano e Dalmau, Rubén Martínez. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* A.C, n. 25, 2010.

tes destes países, uma vez que estas são responsáveis por impulsionar e promover o *novo* constitucionalismo latino-americano.

A mudança de paradigma, sob a perspectiva de Roberto Viciano Pastor e Rubén Martinez Dalmau, se iniciou com o processo colombiano de 1991, passou pelo processo que resultou na Constituição da República Bolivariana da Venezuela – votada majoritariamente pelo povo venezuelano, em 15 de dezembro de 1999 –, e culminou no processo equatoriano de 2008, ou na votação sobre o texto boliviano de 2009.

Rapidamente se percebe que esse denominado *novo* constitucionalismo se consubstancia como expressão fidedigna de processos político-sociais transformadores e se desenrola por meio da participação popular direta.

Ao analisarmos os primeiros passos do constitucionalismo latino-americano, verificamos que as primeiras constituições – frutos dos processos de independência e surgimento das novas repúblicas – adotaram moldes liberais até compreensíveis naquele contexto. Todavia, com o passar do tempo, essas Constituições tradicionais ou *clássicas* mantiveram sua feição conservadora, perpetuando a alienação popular em relação a um verdadeiro debate republicano, eis que, em geral, nasceram como produto de estudos realizados por elites formadas em universidades estrangeiras despreocupadas em adaptar as soluções e mecanismos constitucionais externos às necessidades e conjunturas internas. Pastor e Dalmau denominaram esse fenômeno como *constitucionalismo adaptado*.

Desde a segunda metade da década de 80 despontaram processos de mudanças constitucionais que anunciavam o fim de uma era constitucional nominalista e ensejaram uma recuperação do sentido original de Constituição (expressão de ruptura e transformação social) e suscitaram um novo paradigma constitucional. Tais mudanças ensejaram o aparecimento de alguns atributos que – mais tarde – consolidaram-se nos processos constituintes característicos desse novo constitucionalismo, como por exemplo: *"a preocupação e efetiva preocupação com os direitos, a aposta por uma integração regional, a incorporação de novas formas de organização estatal."*[2]

Apesar das mudanças que se anunciavam, desde a década de 80 e mesmo no processo constituinte brasileiro de 1988, a primeira Constituição a espelhar esse novo constitucionalismo foi a Constituição Política da Colômbia de 1991, já que ali se evidenciou uma consagração da soberania do povo através do processo constituinte. O terreno fértil para o nascimento desse *novo* constitucionalismo foi a combinação de movimentos cívicos e propostas políticas de iniciativa popular, em contextos de acirrados conflitos sociais e políticos.

2 Pastor e Dalmau. Op. Cit. p. 11.

A América Latina encontrava-se carente de um constitucionalismo transformador que desse origem ao surgimento de Constituições reais, na linha orientadora do constitucionalismo social. Pastor e Dalmau defendem que as mudanças responsáveis pela edificação desse novo paradigma constitucional relacionam-se, diretamente, com: *"as necessidades das sociedades, suas circunstâncias culturais e com o grau de percepção que estas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudança de suas condições de vida."*[3]

Evidente, então, que serviram como fermento desse novo constitucionalismo, a falta de vivência de um Estado social; a percepção de desalinhamento entre os interesses de representantes políticos e de representados; e a sensação social de fastio e necessidade de recuperar a dignidade, tudo num quadro diferente daquele desenhado pelo constitucionalismo tradicional.

Na Constituição Colombiana de 1991 inauguramos esse *novo* constitucionalismo tendo o poder constituinte sido ativado pelo próprio povo colombiano, sendo este seu aspecto diferenciador e legitimador. Pastor e Dalmau sustentam que a Colômbia iniciou uma "revolução constituinte"[4], a qual resgatou e consagrou o princípio da soberania popular, além de reivindicar a noção *clássica* (o potencial revolucionário) do poder constituinte. Ao indicar as condições jurídicas, políticas e sociais que fomentaram esse processo – existência de uma Constituição nominalista, bipartidarismo, violência política, guerrilhas e pressão do narcotráfico restou claro que a mudança constitucional só poderia ocorrer por meio de um processo de ruptura com o sistema político anterior.

Estas pressões seguem ainda presentes no cenário brasileiro de 2019 e fomentam um debate amplo e irrestrito sobre os pilares fundamentais da Constituição de Weimar, vale dizer, temos um momento propício para discutir não só os direitos e garantias individuais, mas também os direitos sociais, inclusive aqueles referentes a educação, saúde, igualdade, previdência social, produção, trabalho, reorganizando o Estado Brasileiro em prol da coletividade e não do indivíduo.

Lembre-se que a Constituição de Weimar, apesar de sua breve existência, influenciou todo Ocidente ao conjugar direitos políticos e civis com direitos econômicos e sociais. Foi uma Constituição em defesa da dignidade humana[5], com a clássica declaração

---

3 Pastor e Dalmau. Op. Cit. p. 15.

4 Pastor e Dalmau. Op. Cit. p. 17.

5 Apenas a título de exemplo: direito à igualdade (art. 109) e igualdade entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito das minorias de língua estrangeira (art.113); direito a inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); direito a liberdade de manifestação do pensamento (art. 118); vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a pornografia e a obscenidade (art. 118, § 1º); igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121); direito ao voto secreto (art. 125); direito de petição ao Poder Público (art. 126); liberdade de cons-ciência e crença religiosa (art. 135); separação Estado/Igreja (art. 137); liberdade de sindicalização (art. 159), entre outros.

de direitos e deveres fundamentais acrescida dos direitos de segunda geração, com forte conteúdo social.

Ainda exemplificativamente, quanto a experiência constitucional latino-americana, a Constituição colombiana de 1991 também aponta aspectos materiais que a distinguem do constitucionalismo anterior, e que serve de exemplo a outros processos constituintes: (i) a inserção de mecanismos inovadores de democracia participativa, como por exemplo a revogatória de mandato para alguns cargos públicos; (ii) o maior reconhecimento e amparo aos direitos fundamentais; (iii) a minuciosa regulação do papel estatal no domínio econômico.

Em seguida, o exemplo colombiano espraiou-se, ao menos, para os vizinhos Equador e Venezuela.

O processo constituinte equatoriano de 1998, embora marcado por conflitos com o poder constituído – em cujos marcos se desenrolou –, manteve no texto constitucional algumas das características inauguradas pela Constituição colombiana e avançou ainda mais em outros aspectos, exemplificativamente na inserção de um extenso rol de direitos sociais e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Para Pastor e Dalmau, no entanto, foi no texto da Constituição da República Bolivariana da Venezuela – fruto do processo constituinte venezuelano e votada majoritariamente pelo povo venezuelano, em 15 de dezembro de 1999 – que, de modo mais contundente, se consagrou o que acabou se denominando como o *novo* constitucionalismo.

Isso se deve não só ao fato de que a Constituição venezuelana foi fruto de votação majoritária pela população, mas também porque ela consagrou em seu texto: direitos sociais; mudanças institucionais; nova configuração dos partidos políticos; inclusão de novos mecanismos de democracia participativa; bem como, consolidou um novo papel a ser exercido pelo Estado na economia.

Segundo Pastor e Dalmau, uma das principais contribuições da Constituição venezuelana foi a "*marginalização do poder constituinte constituído e a necessidade de referendo no caso de mudança constitucional, seja total ou parcialmente*"[6].

Também no processo constituinte boliviano – iniciado em 2007 – que resultou na Constituição aprovada pelo povo, por meio de referendo, em janeiro de 2009 constata-se o fruto de lutas sociais que, desde a década de 90, manifestavam a *necessidade* de mudanças constitucionais. Embora o poder constituinte (a convocatória da assembleia) tenha se formado nos marcos do poder constituído – e não tenha sido diretamente ativado pelo povo –, o texto da Constituição incorporou avanços sociais como o caráter plurinacional

6 Pastor e Dalmau. Op. Cit. p. 21.

do Estado; a convivência de elementos liberais e indígenas; o valor conferido aos direitos sociais, entre outros.

Outro exemplo desse novo constitucionalismo é a Constituição do Equador de 2008. Esta reflete todos os aspectos acima mencionados, consagrando definitivamente a soberania popular ao definir que somente o povo possui aptidão não só para ativar diretamente o poder constituinte, mas também para modificar a parte substancial da Constituição, de modo que apenas questões não substanciais podem ser modificadas pelo Parlamento.

3. O constitucionalismo tradicional e o novo constitucionalismo.

Neste ponto, primeiramente destaque-se o posicionamento de Vera Karam de CHUEIRI e Miguel G. GODOY, segundo o qual *"para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova."*[7]

Uma forte diferença entre o constitucionalismo tradicional e o novo constitucionalismo consiste na consciência deste último de que – distinto do poder constituído que se ampara na institucionalidade e em uma pretensão de continuidade e permanência – o poder constituinte guarda um potencial revolucionário, consubstanciando numa força de ruptura, de descontinuidade, de interrupção e construção de novos sistemas políticos e sociais. Força esta que deve ser manejada pelo povo, através da dinâmica participativa e legitimadora inerente aos processos constituintes, e nas significativas palavras de DALMAU e PASTOR, *"somente o povo pode se sentir progenitor da Constituição"*[8].

Assim, esse novo paradigma constitucional afasta-se de um processo constituinte manejado por elites, aproximando-se de um processo que consagra verdadeiramente a soberania popular e, por consequência, gera um novo tipo de Constituição – forte, original, mais detalhada e alinhada com as necessidades e interesses do povo, como pretendia, diga-se, uma vez mais, a Constituição de Weimar.

Este novo constitucionalismo identifica-se especialmente numa Constituição legitimada diretamente pelo povo cujas principais características são a recuperação e consagração da soberania popular; a busca pela incorporação, nos textos constitucionais, de mecanismos úteis ao povo – e não interessantes apenas a algumas elites – a intensificação e o reconhecimento de direitos e garantias e o avanço em direção a uma verdadeira democracia.

---

7 CHUEIRI, Vera Karam e GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e poder constituinte. *Revista Direito* GV. São Paulo. Jan-Julho 2010. p. 166. p. 161.

8 PASTOR e DALMAU. Op. Cit. p. 13.

Ressalte-se, finalmente, que os direitos sociais, expressados pela soberania popular, e identificados pela Constituição de Weimar como direito à educação, à cultura, à saúde, à previdência social, serão implementados apenas e tão somente através de políticas públicas.

4. *Constitucionalismo e Democracia.*

A lógica do direito constitucional moderno, em si, consiste em fator-chave da supremacia constitucional na democracia. Os aspectos dessa lógica seriam *"sua noção embutida de objetivos gerais e supremacia conceitual, a legitimidade e autoridade orientada pelo Estado, a estrutura de separação de poderes, as regras processuais de engajamento, métodos e estilos de raciocínio, e suas abordagens muitas vezes mensuradas às perguntas politicamente comprometidas."*[9]

Um dos aspectos que salta aos olhos na supremacia constitucional é que esta concebe a Constituição como *"lei suprema da terra"*, à qual, portanto, todo o ordenamento jurídico (fontes de direito e autoridades legais) e sistema político (grupos e instituições políticas) devem respeito e obediência.

A Constituição atua, num espaço fortemente democrático, como forte poder conformador de forças sociais *antiestablishment*.

A aparente tensão entre constitucionalismo e democracia salta aos olhos quando, na visão de Chueiri e Godoy, percebe-se que *"a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção da democracia limitada."*[10]

O constitucionalismo, segundo Ran Hirschl, compartilha elementos centrais denominados por ele de *narrativa modernista*[11] – que representa o modo racional de instituição (planejamento institucional) e organização da vida pública. Assim, as constituições – políticas – infligem uma feição pragmática às estruturas de governo criadas a partir delas. As diretrizes e liberdades, os princípios e direitos encartados nas Constituições – aptos a apreender a essência autônoma do ser humano – constituem terreno fértil ao florescimento e enraizamento do liberalismo e do secularismo.

Devido a tais aspectos, o constitucionalismo serve para fomentar o crescimento econômico, sobretudo porque os países democráticos – e até mesmo aqueles sujeitos a regimes autoritários e semidemocráticos, mas com contornos constitucionais – criam um

---

9 Hirschl, Ran. *Constitutional theocracy.* Harvard University Press, Cambridge e London, 2010. p. 72.

10 Chueiri e Godoy. Op. Cit. p. 162.

11 Hirschl. Op. Cit. p. 72–73.

ambiente confiável, angariando reputação internacional e credibilidade econômica frente a credores estrangeiros e investidores.

Esse aspecto do constitucionalismo coaduna-se com a natureza do Estado moderno que procura firmar um sistema centralizando de governança, de modo a monopolizar as "metanarrativas históricas nacionais"[12] que compõem o corpo político.

Também os métodos interpretativos dominantes na doutrina do direito constitucional[13] favorecem posturas amplamente democráticas em detrimento de posições autoritárias e/ou radicais.

Ran Hirschl aponta que essa feição do constitucionalismo é estimulada, ainda, pela prática contemporânea do direito constitucional de caráter mais universalista e cosmopolita e menciona a tendência ao *"tráfego internacional vivo de ideias sobre direitos"*[14].

Mas, a tensão entre constitucionalismo e democracia é evidente. Nas palavras de Chueiri e Godoy: *"o poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia."*[15]

Na mesma linha a visão de Katya Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barboza, segundo as quais, a *"tensão entre democracia e constitucionalismo, (esta) na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição."*[16]

A necessária aplicação da norma constitucional, a cada novo passo de conquista democrática, reforça esta tensão e não permite maiores acomodações das conquistas sociais elevadas a matéria constitucional.

Neste sentido, concordamos com Chueiri e Godoy que entendem *"ser possível conceber que o constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exibe-o e o reafirma quando*

---

12 Hirschl. Op. Cit. p. 77.

13 Exemplificativamente: (i) a doutrina da "Constituição-viva" (*living-constitution* ou *living-three*) – prega que a Constituição é orgânica, dinâmica e viva, e, por esse motivo, deve ser lida e interpretada não como algo estático, mas como um conjunto de normas em ininterrupta evolução paralelamente às alterações nos sistemas de valores da sociedade; (ii) abordagem da "proporcionalidade" ou "ponderação" – consiste em uma solução prática, por meio da qual se realiza a ponderação ou equilíbrio entre diretrizes, direitos ou princípios concorrentes ou conflitantes entre si.

14 Hirschl . Op. Cit. 81.

15 Chueiri e Godoy. p. 166.

16 Kosicki, Katya e Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequência*, n. 56. 2008. p. 152. Na visão das autoras, Constitucionalismo "é a teoria que, baseada numa Constituição rígida, busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo." p. 156

garante e protege os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo."[17]

Ressalte-se, por cautela, que a democracia *"só se realiza se determinadas condições estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e regras estabelecidos pela constituição."*[18]

Neste ponto o novo constitucionalismo encontra seu espaço e ganha contornos definitivos no arrefecimento da tensão aparente entre constitucionalismo e democracia.

Se nem sempre de forma rápida, os dinâmicos movimentos das minorias e as preemente necessidades sociais encontram eco em garantias efetivamente constitucionais, a salvaguarda dos tribunais passa a exercer seu mais incisivo papel.

5. *O papel dos Tribunais Constitucionais e Democracia.*

O Direito e os Tribunais Constitucionais, principalmente em sistemas políticos que enfrentam profundas cisões entre correntes democráticas e autoritárias, consubstanciam pilares que atuam em favor do pragmatismo e moderação.

O sistema jurídico, com a frequente judicialização de temas de toda ordem, empodera os tribunais constitucionais na tentativa de preservar grupos sócio-políticos dominantes que temem perder seu controle sobre o exercício do poder político.

Diante da baixa expectativa de permanecer no poder, ou ao perceberem que sua hegemonia, direitos e benefícios estão sendo contestados na arena democrática, esses grupos e seus representantes políticos passam a defender um Judiciário forte, ao qual delegam todo tipo de questão, visando manter-se no poder.

Essa tendência é frequentemente observada em momentos anteriores ao novo constitucionalismo, como última tentativa de manutenção no poder.

Evidentemente, esta tentativa passa pelo usual controle exercido – em maior ou menor grau, direta ou indiretamente – pelos detentores do poder político em relação à composição pessoal dos tribunais superiores nacionais. Nestes é comum a indicação direta de candidatos para o preenchimento de decisivos e importantes cargos judiciais.

Os tribunais constitucionais compõem o aparato estatal tendo sido estabelecidos e financiados pelo Estado e seus membros são nomeados por autoridades estatais, geralmente, mediante o assentimento de líderes políticos. Esse controle político sobre as nomeações judiciais, evidentemente, suscita ou favorece um alinhamento dos juízes com a posição do governo ou os interesses do executivo, especialmente nos casos políticos controversos.

---

17 Chueiri e Godoy. Op. Cit. p. 164.

18 Chueiri e Godoy. Op. Cit. p. 171.

Nesta linha, Ran HIRSCHL alerta para a limitação da independência judicial dos tribunais supremos, mesmo em ambientes democráticos.[19] Essa falta de independência decorre, também, da incapacidade institucional do judiciário de executar suas decisões.

Deste modo, os juízes estão permanentemente sujeitos à pressão política – tácita ou explícita – pois, no processo decisório, veem-se compelidos a levar em consideração a repercussão de suas decisões junto aos detentores do poder político, ou seja, se elas serão amparadas ou não pelos governantes.

Além dessa pressão tácita, os atores políticos, ao se depararem com decisões judiciais destoantes de seus interesses, podem adotar medidas mais contundentes e severas a fim de exercer pressão política explícita e, assim, restringir o poder judicial, como por exemplo: sanções disciplinares a juízes; *impeachment* ou remoção de juízes; e demissões entre outras sanções.

Mesmo o debate entre HART e DWORKIN, no que tange à discricionariedade ou não do intérprete, serve como exemplo da importância dos juízes, e dos próprios Tribunais Constitucionais, neste contexto: *"O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito."*[20]

Não se olvida que esta discussão encontra solo fértil na doutrina brasileira que, segundo KOZICKI e BARBOZA, *"foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americana, em que impera o judicial review, o qual permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição."*[21]

---

19 HIRSCHL. Op. Cit. p. 94

20 HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 335.

21 KOZICKI e BARBOZA. Op. Cit. p. 157. Demonstram as autoras que a "polêmica que gira em torno do judicial review consiste basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes na Constituição, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa tensão entre jurisdição constitucional e democracia." p. 157.

É inegável, portanto, que a noção do direito constitucional como uma forma de política funciona como pano de fundo de toda análise do papel dos Tribunais Constitucionais, afinal, estes são considerados instituições políticas que refletem, em seus posicionamentos, a comunidade epistemológica e o ambiente político-ideológico em que se encontram submersos.

E, na linha da Constituição Social de Weimar, que lançou as premissas de uma democracia social, serão necessárias políticas públicas para que a educação pública e os direitos trabalhistas e sociais[22] sejam implementados, sendo que na realidade latino-americana, referidas políticas públicas vem sendo amplamente debatidas pelos tribunais constitucionais.

6. *Considerações finais.*

Sem maiores digressões é evidente que a (até hoje) permanente falta de credibilidade do corpo representativo do Poder Legislativo (parlamentares) deflagrou o surgimento, na década de 80, de movimentos sociais na América Latina, apontando a necessidade de um novo constitucionalismo.

Novo constitucionalismo, fundado em sua maior parte, nos ideais da Constituição Social de Weimar, e que assistiu na década de 90, em todo continente latino americano, os textos constitucionais passarem a expressar tais anseios populares.

A partir deste ponto pode-se afirmar que a democracia deliberativa[23] permitiu a inclusão de boa parte das camadas sociais na tomada de decisão e vem alimentando mecanismos de revisão constitucional, ainda hoje, lançados como desafios aos tribunais constitucionais.

Na lição de Chueiri e Godoy é *"preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se auto legislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes con-*

---

22 Exemplificativamente, tratados como direitos de segunda geração: proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); direito à educação dos filhos (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria para servidor público (art. 129); direito ao en-sino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); des-apropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a habitação (art. 155); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); direito a previdência social (Art. 161); direito da classe operária a direitos sociais (art. 162); seguro desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos no ajuste das condições de trabalho e do salário (art. 165).

23 Chueiri e Godoy, citando Gargarella, 2008, p. 167, destacam que a "democracia deliberativa possui três elementos essenciais: (I) a inclusão de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e decisão; (II) a deliberação como forma de expressão dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão e como meio de correção desses argumentos; e (III) a igualdade, já que em situações de desigualdade a deliberação coletiva perde seu valor."

tituídos"[24], ressaltando que a cada novo momento democrático surgem novas demandas sociais e que a cada nova inclusão de minorias sociais surgirão novas necessidades deliberativas, todas necessariamente convergindo para uma constante renovação do poder constituinte.

Finalmente, acreditamos que esta renovação do poder constituinte produzirá constante aprimoramento na formação de uma sociedade mais inclusiva, justa e solidária.

Bibliografia.

Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

Atienza, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais sociais.* Dissertação de Mestrado, PUCPR, Curitiba, 2005.

Barroso, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

Boiteux, Elza Antônia Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar.* São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 135 p.

Bulygin, E. *Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality.* Ratio Juris, Oxford, v. 13, n. 2, 2000, p. 133–137.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Chueiri, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.* Curitiba: JM, 1995.

Chueire, V. K. e Godoy, Miguel G. *Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte.* Revista Direito GV. São Paulo. Jan–Jun 2010. p. 159–174.

24 Chueiri e Godoy. Op. Cit. p. 163.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.* Traduzido por Miguel Carbonell, Revista Isonomía n. 16, p. 89–112, abr.2002.

DALMAU, Rubén Martinez e PASTOR, Roberto Viciano. *Los processos contuyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. A.C., n. 25, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* São Paulo, Martin Fontes, 2005.

ELSTER, Jon. *Constitucionalismo e Democracia*. Fondo de cultura econômica. México. 2001.

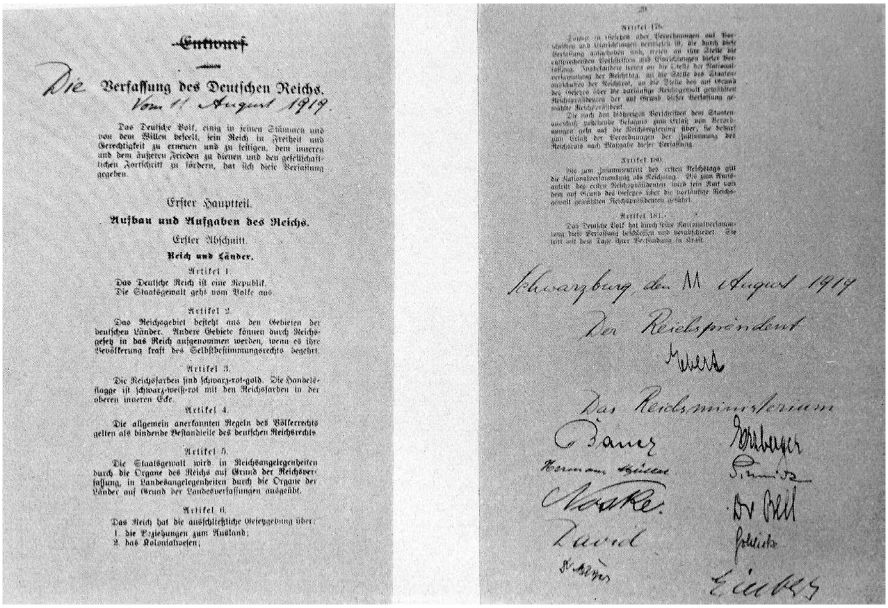
HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy.* Harvard University Press, Cambridge e London, 2010.

KOZICKI, Katya e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. Revista Sequência, n. 56, p. 151–176, jun. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PENA, Fernando Marques. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização.* Revista Espaço Acadêmico, n.° 64, setembro de 2006, disponível em: HTTP://WWW.ESPACOACADEMICO.COM.BR/064/64PENA.HTM. Acesso em 05 de agosto de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



~~Entwurf~~

Die Verfassung des Deutschen Reichs.
Vom 11 August 1919.

Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuen und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben.

Erster Hauptteil.

Aufbau und Aufgaben des Reichs.

Erster Abschnitt.

Reich und Länder.

Artikel 1.

Das Deutsche Reich ist eine Republik.
Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

Artikel 2.

Das Reichsgebiet besteht aus den Gebieten der deutschen Länder. Andere Gebiete können durch Reichsgesetz in das Reich aufgenommen werden, wenn es ihre Bevölkerung kraft des Selbstbestimmungsrechts begehrt.

Artikel 3.

Die Reichsfarben sind schwarz-rot-gold. Die Handelsflagge ist schwarz-weiß-rot mit den Reichsfarben in der oberen inneren Ecke.

Artikel 4.

Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.

Artikel 5.

Die Staatsgewalt wird in Reichsangelegenheiten durch die Organe des Reichs auf Grund der Reichsverfassung, in Landesangelegenheiten durch die Organe der Länder auf Grund der Landesverfassungen ausgeübt.

Artikel 6.

Das Reich hat die ausschließliche Gesetzgebung über:
1. die Beziehungen zum Ausland;
2. das Kolonialwesen;

Artikel 179.

Soweit in Gesetzen oder Verordnungen auf Vorschriften und Einrichtungen verwiesen ist, die durch diese Verfassung aufgehoben sind, treten an ihre Stelle die entsprechenden Vorschriften und Einrichtungen dieser Verfassung. Insbesondere treten an die Stelle der Nationalversammlung der Reichstag, an die Stelle des Staatenausschusses der Reichsrat, an die Stelle des auf Grund des Gesetzes über die vorläufige Reichsgewalt gewählten Reichspräsidenten der auf Grund dieser Verfassung gewählte Reichspräsident.

Die nach den bisherigen Vorschriften dem Staatenausschuß zustehende Befugnis zum Erlaß von Verordnungen geht auf die Reichsregierung über; sie bedarf zum Erlaß der Verordnungen der Zustimmung des Reichsrats nach Maßgabe dieser Verfassung.

Artikel 180.

Bis zum Zusammentritt des ersten Reichstags gilt die Nationalversammlung als Reichstag. Bis zum Amtsantritt des ersten Reichspräsidenten wird sein Amt von dem auf Grund des Gesetzes über die vorläufige Reichsgewalt gewählten Reichspräsidenten geführt.

Artikel 181.

Das Deutsche Volk hat durch seine Nationalversammlung diese Verfassung beschlossen und verabschiedet. Sie tritt mit dem Tage ihrer Verkündung in Kraft.

Schwarzburg, den 11 August 1919

Der Reichspräsident
Ebert

Das Reichsministerium
Bauer
Hermann Müller
Noske
Dr Bell
David

Constitución del Reich áleman del 11 de agosto de 1919, primera y última página.

© CC0 1.0 Universal Public Domain

Christian Scheechler Corona

II. ¿Es la dignidad humana el bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes? Aproximaciones desde la legislación chilena.

Resumen: El legislador chileno, durante la última década, entró directamente en el combate contra la delincuencia organizada, especialmente aquella que opera en forma transnacional. En esta senda, tipificó una serie de delitos en distintos mercados ilícitos, como el tráfico de drogas, de pornografía infanto-juvenil o el de personas. A propósito de este último, introdujo en el Código Penal el delito de tráfico de migrantes, delito de compleja estructura, con una triada de formas agravadas a partir de una figura básica. El objeto de protección penal de este ilícito no logra generar consenso en la doctrina, donde se enarbolan tanto bienes jurídicos colectivos como individuales. Entre estos, el clásico valor de la dignidad humana, ya presente en la Constitución de Weimar, se presenta como una opción en apariencia congruente con el orden constitucional. En el presente trabajo, intentaremos determinar si efectivamente la dignidad del ser humano tiene las características para ser considerado un bien jurídico penal, y si puede atribuirse como objeto protegido en el delito de tráfico de migrantes, a la luz de la Constitución y la legislación penal chilena.

Palabras claves: dignidad humana, tráfico de migrantes, derecho penal chileno, bien jurídico protegido.

Abstract: The Chilean legislator, during the last decade, entered directly into the fight against organized crime, especially the one that operates transnationally. In this sense, it typified a series of crimes in different illicit markets, such as drug trafficking, child pornography and human trafficking. With regard to the latter, he introduced into the Criminal Code the crime of migrant trafficking, a crime of complex structure, with a triad of aggravating circumstances based on a basic figure. The object of criminal protection of this crime fails to generate consensus in the doctrine, where both collective and individual legal rights are conceived. Among these, the classic value of human dignity, already present in the Weimar Constitution, is presented as an option apparently consistent with

the constitutional order. In the present paper, we will try to determine if human dignity has the characteristics to be considered a legal interest protected. In addition, if it can be attributed as a protected object in the crime of migrant trafficking, in light of the Constitution and Chilean criminal law.

Keywords: human dignity, migrant trafficking, Chilean criminal law, protected legal interest.

Introducción.

Siguiendo las pautas entregadas por la Convención de Palermo, el legislador chileno incorporó al Código Penal de nuestro país los delitos de tráfico de migrantes, trata de seres humanos con fines de prostitución, trata de seres humanos con fines de explotación y la asociación ilícita para cometerlos, en los artículos 411 y siguientes del mismo cuerpo legal[1].

Estos delitos no hacen otra cosa que confirmar la tendencia de un modelo legislativo orientado hacia la persecución de la delincuencia organizada, globalizada y económica, castigando una serie de conductas que responden a la lógica de mercados ilícitos. Lo anterior se explica por las características de nuestro país frente a estos últimos. Si en aquellos vinculados al narcotráfico, se caracteriza por ser un "país de tránsito" (paradigma que parece ir mutando en la actualidad), en los delitos de trata y tráfico, Chile parece ser un "país de destino".

En este intento, que en la materia que nos convoca solo tenía como antecedente el antiguo art. 367 bis del Código Penal, donde se tipificaba el delito de "trata de blancas" (como era conocido en su momento), el legislador utiliza una técnica legislativa propia del denominado Derecho Penal del Riesgo, tipificando delitos con abundantes verbos rectores y modalidades comisivas, así como elementos subjetivos de tendencia intensificada y transcendente, junto a una serie de elementos normativos que, en su conjunto, provocan un número importante de conflictos de interpretación y aplicación de la ley penal.

1 Ambos tipos penales fueron incluidos por la Ley nº 20.507, de 08 de abril de 2011, en cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y dos de sus protocolos complementarios: el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Estos instrumentos fueron ratificados por Chile el 19 de noviembre de 2004, publicándose el Decreto Supremo N°342 que los promulgó el 16 de febrero de 2005. Biblioteca Del Congreso Nacional De Chile (2005). Historia de la Ley. Decreto Supremo N° 342. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, p. 50.

Uno de esos problemas está dado por la determinación del o los bienes jurídicos que protegen estas figuras, y en uno u otro caso, si hablamos de un objeto de protección común a todos los delitos, o bien diferenciados según el ilícito de que se trate[2].

En el presente trabajo, revisaremos específicamente una de las opciones que la doctrina ha postulado como bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes, por su interés desde la perspectiva penal-constitucional: la dignidad humana. Sobre ella, analizaremos las posibilidades que presenta como mejor opción para objeto de protección en el delito ya mencionado, así como sus falencias.

1. La génesis del problema del bien jurídico en el tráfico de migrantes.

El legislador chileno tipifica los delitos antes mencionados siguiendo, en parte, los lineamientos que da la Convención de Palermo a los Estados que suscribieron el Tratado. Sin embargo, al apartarse en algunos puntos, genera más incertidumbres que certezas, lo que se incrementa por la sistémica propia de nuestro Código[3]. Por ejemplo, como bien aprecia Cárdenas, el art. 411 bis no restringe su ámbito de aplicación al crimen organizado, y lo más cercano a eso es la figura de asociación ilícita especial, tipificado en el art. 411 quinquies[4].

2 No es infrecuente que exista confusión entre los delitos de tráfico y trata. Por eso la diputada Allende, en la tramitación de la Ley 20.507, afirmó que "el proyecto establece la diferenciación entre tráfico ilícito de migrantes [...] y trata de personas". A pesar de esto, el parlamentario Naranjo se refirió al "tráfico de personas" como un delito conocido generalmente bajo el nombre de "trata de blancas". El primer proyecto de ley presentado se denominaba "De los delitos contra la libertad e integridad física de las personas vinculadas al tráfico de personas", y tipificaba el "Delito de promoción del tráfico de personas", factores todos que influyeron en mantener la confusión conceptual. Biblioteca Del Congreso Nacional De Chile (2011) 18, 46, 112, 115, 119, 142 y 174. Sobre la importancia de distinguir entre los conceptos de trata, explotación sexual, laboral y prostitución, Boza, Elena (2018). "Prostitución versus trata de personas". *Revista General de Derecho Penal*. Nº 29, pp. 14–18.

3 En España ocurrió algo similar. Al respecto, Mapelli califica a la trata de personas como un delito errático, en buena parte debido a que la transposición del Derecho comunitario al Derecho español ha tenido un carácter expansivo respecto al primero. Mapelli, Borja (2009). "El bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual". En Carbonell, J.C.; González, J.L.; Orts, E. (directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II, pp. 1225–1244. Para el caso italiano, véase Virgilio, María (2001). "Legge e diritto". En Signorelli, A.; Treppete, M. (coordinadores) *Manuale per gli interventi nel mondo della prostituzione migrante.* Trieste: Asterios Editores, p. 4.

4 Cárdenas Aravena, Claudia (2012). "El delito de tráfico de migrantes, con especial referencia a la legislación chilena". En *AAVV, Congreso Internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.* Valparaíso: Edeval, Tomo IV, pp. 435–463, p. 442.

Una parte de la doctrina (postura que ha tenido eco en la jurisprudencia chilena), considera que estamos frente a delitos pluriofensivos[5], lo que parece bastante coherente con la forma en que el legislador tipifica los delitos de tráfico y trata. Así, el art. 411 bis hace referencias expresas a la salud o la vida del sujeto pasivo, mientras que los arts. 411 ter y 411 quater se refieren expresamente a la finalidad de explotación en distintas formas, como la sexual, laboral o la pornografía infantil, lo que conduciría a distintos bienes jurídicos vulnerados o puestos en peligro. Sin embargo, hay algunos flancos en la manera como el legislador tipificó las conductas, que han llevado a sostener que se protege algo más o algo distinto a la libertad sexual, ambulatoria o la vida.

En primer lugar, el art. 411 bis hace mención expresa en sus incisos segundo y tercero a la salud, integridad física y vida del afectado, mientras que el inciso cuarto, si bien no hace estas menciones, califica al sujeto activo, quien deberá ser un funcionario público. Esto da a entender que lo allí protegido es en especial la función pública. Sin embargo, el inciso primero del artículo no hace mención alguna como las anteriores, lo que lleva a pensar que el bien jurídico penalmente protegido en ese inciso es uno distinto a los ya nombrados, o bien que existe uno común a todos los incisos (y eventualmente a todas las formas de trata tipificadas en el Código).

En segundo lugar, el legislador escindió del art. 411 quater, que sanciona la trata de seres humanos con fines de explotación, a la trata con fines de prostitución, lo que indi-

---

5 Matus y Ramírez sostienen que la libertad individual, la seguridad personal, la vida, integridad física, síquica y sexual, son los bienes jurídicos protegidos en la trata y el tráfico, en algunos casos como delito de lesión y en otros como delito de peligro. En Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2018). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*. 2ª ed. corregida y actualizada, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, pp. 190–191. Para Balmaceda Hoyos, la trata y el tráfico comparten como bienes jurídicos la libertad personal y la seguridad individual, aunque para el primer delito agrega la libertad sexual, y en el caso exclusivo del artículo 411 quáter, la rectitud (integridad) moral de la persona que se pretende explotar. Balmaceda, Gustavo (2014). *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, p. 181. También Aguilar Aranela, Cristian (2012): *Delitos sexuales, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Ed. Metropolitana, p. 199. Geronimi, con algunas variaciones, sostiene que el art. 411 quater defiende múltiples bienes jurídicos, Geronimi, Eduardo (2002). "Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes". P*erspectivas sobre migraciones laborales.* N° 2. Disponible en: http://www.crmsv.org/documentos/migrantes&trata.pdf [fecha de visita: 20 de Mayo de 2019], p. 21; al igual que Carnevali, Raúl (2013). "La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile". *Revista de Diritto Penale Contemporaneo.* N° 4, p. 182, que lo considera un delito de peligro concreto. Moya, en la misma línea, sostiene la existencia de un bien jurídico común (integridad moral) y otros diferenciados. Moya, Clara (2016). "Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales". *Política Criminal*. Vol. 11, N° 22, Art. 6. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf. [Fecha de visita 21 de mayo de 2019], pp. 521–547, pp. 535–537.

Al poco tiempo de su entrada en vigencia, la jurisprudencia también acogió esta postura. Véase un resumen en Gajardo, Tania; Guzmán, Karen; Suazo, Carolina (2012). "Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507". *Revista Jurídica del Ministerio Público.* N° 53, pp. 201–218, p. 202.

caría que esta última forma de aprovechamiento tiene diferencias importantes con otras formas de explotación sexual, y por ende, se buscaría proteger algo distinto a la libertad o indemnidad sexual.[6]

En ambos supuestos, parte de la doctrina indica a la dignidad humana como el objeto de protección penal, no solo en los aparentes vacíos recién presentados, sino que incluso para la totalidad de las figuras típicas que hemos señalado.[7] A continuación, centrándonos básicamente en el tráfico de migrantes, revisaremos las ventajas o "ganancias" que esta postura generaría, y los defectos del mismo planteamiento, a fin de poder determinar si estamos o no frente a un único bien jurídico protegido en dicho delito.

2. *¿Es la dignidad humana el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de migrantes?*

2. 1. El mercado de los migrantes y la idea de dignidad.

Entre quienes sostienen una postura "monista", se señala que el tráfico de migrantes afecta, y tiene como objeto de protección, la dignidad humana. En cuánto a la afectación, debemos recordar que, desde una perspectiva fenomenológica, hablamos de figuras que castigan conductas asociadas a movimientos transfronterizos[8], aunque esta característica no sea recogida en forma expresa en el Código Penal chileno.

---

6 La tendencia en este punto no es tan clara, como indica Daunis Rodríguez, refiriéndose al castigo del proxenetismo en España, aún con el consentimiento de quien se prostituye, por tratarse de un atentado especialmente contra la dignidad de la mujer. Daunis Rodríguez, Alberto (2015). "La nueva criminalización del proxenetismo". *Revista Penal*. Nº 36, pp.105–121, pp. 109–110. Esta asimilación entre explotación sexual y prostitución en cualquiera de sus formas, se contrapone con la postura de la profesionalización de la actividad del prostituto o prostituta. Marín de Espinosa, Elena (2016). "Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿Cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?". En Bacigalupo, Silvina, et al (coordinadores): *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Arces, pp. 1045–1063, pp. 1049 y ss.

7 Parte de nuestra jurisprudencia (aún escasa en estos delitos), sigue la misma línea. Por ejemplo, en la Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el tribunal considera a la trata de seres humanos del 411 quáter un delito pluriofensivo, siendo los bienes jurídicos protegidos aquellos "vinculados" a la dignidad humana, como la vida, la integridad, la libertad y seguridad personal, la libertad sexual y de trabajo. En su Considerando Undécimo señala "Este tipo penal [...] pretende reprimir la existencia de organizaciones criminales y a la afectación grave de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana, lo que transforma a este delito en pluriofensivo, por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros la vida e integridad, libertad y seguridad personal y libertad sexual y de trabajo". En Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 17 de septiembre de 2012. Rol Nº 199–2012.

8 Máqueda Abreu considera a la trata y el tráfico como dos "realidades migratorias", con muchas similitudes, pero también diferencias. Maqueda Abreu, María Luisa (2009). "A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s". En Carbonell, J.C.; González, J.L.; Orts, E. (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, p. 1249.

Como se señala en la propia Convención de Palermo, estos fenómenos responden a los parámetros de la delincuencia organizada transnacional. Esta globalidad es la que presenta a las bandas un mercado suficientemente atractivo para lucrar a costa (o con la presencia) de otros seres humanos, lo que se transforma en la justificación de su tipificación, tanto en Chile como en el extranjero[9]. Las bandas operan en verdaderos multigiros, pues vemos que los mismos grupos que se dedican al tráfico de armas o de drogas, operan en el negocio de la migración ilegal y en la trata de personas en sus distintas formas de explotación[10], incluyendo la sexual[11].

En este escenario globalizado, el desvalor está en la afectación o peligro que se produce en los movimientos transfronterizos, pues en los fenómenos analizados, la víctima suele sufrir un desarraigo físico (al salir de su entorno nativo) y emocional (al alejarse de su familia o amigos),[12] propio de quien se traslada de país para el ejercicio del comercio sexual o termina siendo víctima de explotación laboral, por ejemplo[13].

Parece indiscutible que el tráfico de migrantes, así como los otros delitos mencionados, tienen el potencial suficiente para afectar intereses altamente valiosos del ser humano, y con esto nos referimos a la dignidad de la persona. En Chile, Cárdenas considera que la dignidad humana, expresada bajo el rótulo de "integridad moral" de los migrantes, es el bien jurídico que mejor se aviene con el delito tipificado en el art. 411 bis[14]. La raíz de esta posición es encontrada por la autora en la doctrina española (particularmente en las ideas de autores como Pérez Cepeda y Villacampa Estiarte), donde la tipificación es tanto anterior como similar a la de la legislación nacional[15].

---

9 Según Matus y Ramírez, es lo que explica el tratamiento más o menos conjunto tanto en Chile como a nivel internacional. Matus/ Ramírez (2018) 189.

10 Santana, Dulce (2012). "La protección penal de las víctimas de trata de seres humanos en el ámbito de la Unión Europea (Directiva 2011/36/UE)". En Mir, Santiago; Corcoy, Mirentxu (coordinadores). *Garantías constitucionales y derecho penal europeo.* Madrid: Editorial Marcial Pons, pp. 463–485, pp. 464–465.

11 Los montos globales de la industria del sexo superan incluso a otros importantes negocios, como el de las sustancias ilícitas. Mapelli (2009) 1226.

12 Boza (2018) 11.

13 Los grupos criminales en la industria del sexo generan modelos de negocios que terminan extendiendo o perpetuando la situación de desarraigo, por ejemplo, al impedir que una persona prostituida ejerza el comercio sexual más de tres meses en un mismo lugar. DAUNIS (2015) 113.

14 Cárdenas (2012) 451–453.

15 Rebollo considera necesario diferenciar entre dignidad humana e integridad moral, por tratarse de derechos fundamentales distintos, pero directamente vinculados en relación de género-especie, "que no pueden confundirse ni a los que tampoco cabe atribuirles ámbitos materiales idénticos", Rebollo Vargas, Rafael (2007) "Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 60, N°1, pp. 205–242, p. 214. En contra Bustos, Juan (2009). *Obras completas. Derecho Penal. Parte especial.* 2ª Ed. [continua en la siguiente pág.]

En opinión de la autora, referida a la legislación chilena, dos serían los principales argumentos para sostener la postura anterior. Primero, la exigencia, al menos en los tres primeros incisos del art. 411 bis, del ánimo de lucro[16], y segundo, muy de la mano con lo anterior, la utilización del concepto "tráfico" en la denominación del delito, lo que implícitamente demuestra que el ser humano – aquí el traficado – sería la mercancía de este negocio[17]. Estos elementos darían un especial carácter vejatorio a las conductas tipificadas, reforzando la cosificación del traficado, al ser objeto de transacciones en un lucrativo mercado, cuestión que se refleja además en el art. 411 quater en la finalidad de "explotación" de las víctimas.

A ello podemos sumar que la integridad moral daría al delito, según la autora, su trascendencia internacional, de la misma manera que lo hace el carácter transnacional de sus formas comisivas[18].

Esta postura exige, para determinar su viabilidad, analizar dos aspectos. Primero, la idoneidad de la dignidad humana (del inmigrante en este caso) como bien jurídico, y luego si el art. 411 bis, de acuerdo a su configuración, permite considerarla como tal.

2.2. ¿Es la dignidad humana idónea como bien jurídico penalmente protegido?

Contrario a lo que se podría pensar, la dignidad humana apareció en los textos constitucionales en la segunda mitad del siglo pasado, como consecuencia de algunos hechos que marcaron a la comunidad internacional de la época. Entre estos la Segunda Guerra Mundial, el proceso de descolonización y la influencia de ciertas doctrinas sociales, en forma particular la pontificia[19]. Sin embargo, como nos recuerda Häberle, ya en 1919 la

[continuación de nota a pie 15] Santiago: Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Tomo III, pp. 166–167, quien los trata como sinónimos. Partidario de la dignidad como bien jurídico penal, Hernández Guerrero, Francisco (2010). "Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones". En Rallo Lombarte, Artemi; Martínez Martínez, Ricardo (Coordinadores). Derecho y redes sociales. Navarra, Cizur Menor: Ed. Civitas, pp. 279–280, refiriéndose a algunos delitos de connotación sexual, que el agresor penetra en la vida de la víctima acosándola con su presencia y continua vigilancia. Aunque luego el autor reconoce que las conductas acosatorias van más allá del daño a la dignidad, sino que, al crearse una sensación de peligro, se afecta la libertad y la seguridad.

16 Que en el Protocolo se denomina, en su artículo 2, entiende como beneficio financiero o de orden material.

17 Cárdenas (2012) 452–453.

18 Cárdenas (2012) 462.

19 De Esteban Alonso, Jorge; y González-Tevijano, Pedro (2004). *Tratado de derecho constitucional II*, edición puesta al día por Ángel Sánchez Navarro. Arganda del Rey: Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, p. 35; Fernández Segado, Francisco (2003). *Estudios jurídico-constitucionales*. México: Ed. U. Nacional Autónoma de México, p. 3 y ss; Miranda, Jorge (1993). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra Editora, Tomo IV, pp. 166 y ss.

Constitución de Weimar adjetivaba la dignidad humana, al establecer en su art. 5.1 que "El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la intención de asegurar a todos una existencia digna del hombre [...]"[20].

Este valor, inherente a la persona humana, requiere la aceptación de tres postulados. Primero, que todos los hombres y mujeres son iguales en dignidad; segundo, que hombres y mujeres conservan su dignidad hasta el momento de su muerte; y tercero, que la dignidad es intocable, no pudiendo sustraérsele al individuo. Todos ellos son reconocidos, en general, por el Derecho Internacional y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos (al menos occidentales)[21].

La dignidad humana es considerada como un postulado transversal a todo el Derecho Internacional, donde cumple la función de principio ordenador básico desde la perspectiva de los bienes jurídicos globales[22]. Su reconocimiento está presente en los más importantes instrumentos internacionales[23], sin embargo, como advierte Garzón Valdés,

---

19 Häberle, Peter (2008). "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", traducción de Alberto Oehling de los Reyes. En Fernández Segado, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público.* Madrid: Ed. Dykinson, p. 177. En Alemania la dignidad se ha considerado como norma fundacional básica del Estado, y está reconocida como derecho fundamental en el art. 1 de la Carta Magna, lo que deriva en importantes consecuencias respecto a su protección directa, a través del recurso de amparo. Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (2012). "Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional". En Espósito, Carlos; Garcia martín Alférez, Francisco (editores). *La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16.* Madrid: Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 95.

21 De Esteban Alonso / González-Tevijano (2004) 32.

22 Gutiérrez Gutiérrez (2012) 97–98.

21 Es ineludible comenzar con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), cuyo artículo 1 señala que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". El mismo cuerpo normativo incluye la dignidad humana en su preámbulo, al afirmar que "...la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; y en el art. 23.3, respecto a la remuneración equitativa para una vida conforme a la dignidad humana, tanto del sujeto como de su familia; de todas formas, Starck recuerda que antes de la DUDH, había sido reconocida por la Constitución irlandesa de 1937, por la Constitución italiana de 1947 y por las Constituciones de los Länders de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre. Starck, Christian (2008). "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán", traducción de Alberto Oehling de los Reyes. En Fernández Segado, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público.* Madrid: Ed. Dykinson, p.240.

Unas décadas después de la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP), de 19 de diciembre de 1966, afirma en su art. 10 que los derechos allí reconocidos "[...] derivan de la dignidad inherente a la persona humana". Por último, y sin ánimo de exhaustividad, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de diciembre de 2000, titula su primer epígrafe bajo el concepto "Dignidad", consagrando en su art. 1 sobre la "Dignidad humana", que esta es inviolable, y será respetada y protegida, lo que se concreta luego en la Constitución para la Unión Europea, que recoge la CDFUE, y en cuyo art. I-2, [continua en la siguiente pág.]

"[…] la reiteración de formulaciones que, en principio, estaríamos dispuestos a aceptar sin mayor reflexión, no es garantía de una interpretación unánime uniforme" [24].

Algunos de estos instrumentos son importantes, entre otros motivos, pues sirven como criterio interpretativo de los derechos fundamentales [25], por mandato del art. 5º de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, cuyo texto no contiene una definición de dignidad. A pesar de esta importante herramienta, las dificultades para esta empresa interpretativa son varias. Pueden considerarse, entre otras, la óptica ideológica desde la que se mire el vocablo [26], el no ser un concepto absoluto [27], o las características espacio-temporales en que se busque entenderlo [28], claramente mutables [29].

[continuación de nota a pie 21] la dignidad se erige como un valor fundamental del ente comunitario. Gutiérrez Gutiérrez equipara esta protección a la que entrega la Constitución alemana, pero sólo aparentemente, pues se diferencia en aspectos sitemáticos y en el derecho a la tutela. Agrega que la STJUE de 14 de octubre de 2004 en el caso Omega (C-36/02) reconoce a los Estados miembros la facultad de defender concepciones diferentes de dignidad en el ámbito de la Unión Europea. La característica de fundamental o esencial es acogida por la Constitución alemana, que en su art. 79.3 excluye este valor de la posibilidad de ser reformado constitucionalmente. Gutiérrez Gutiérrez (2012) 99.

24 García Valdés, Ernesto (2006). "¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?". En *AAVV, Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Ed. INECIP, p. 21. Las cláusulas generales a nivel de instrumentos internacionales, como es el caso de la dignidad humana, provocan serios problemas de traducción, en términos de la identidad de significados de formulaciones similares o idénticas en distintos países. Se evitan las lagunas de protección relativas a partir de la interpretación sistemática, partiendo desde las manifestaciones concretas de protección de cada cláusula general. Gutiérrez Gutiérrez (2012) 95.

25 González Rivas, Juan José (2011). *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*. 1ª ed. Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, p. 250.

26 Bien nos recuerda Starck que existe un concepto de dignidad cristiano, uno marxista, uno humanista-ilustrado, uno teórico sistemático y uno del behaviorismo. Starck (2008) 241.

27 Un cierto resumen hace Hoerster, "[…] lo especial del concepto de dignidad humana es que no se trata […] de un concepto descriptivo. La consecuencia de ello es que las controversias acerca de su aplicación necesariamente son controversias sobre evaluaciones morales que […] son inaccesibles a decisiones científico-racionales", y agrega "[…] el concepto de dignidad humana no es de naturaleza puramente normativa (como por ejemplo, los conceptos 'legítimo' e 'inmoral'); tiene más bien un elemento descriptivo, es decir, que la persona por su propia naturaleza, en principio, es capaz de libre autodeterminación". Hoerster, Norbert (1983). "*Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde*". *IuS*, Heft 2, pp. 93–96, citado y traducido en "¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?". En *AAVV, Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Ed. INECIP, p.23.

28 Para Häberle, la definición de dignidad tiene directa relación con una determinada visión cultural específica de la misma, lo que deriva en una dependencia a determinadas concepciones culturales – principalmente religiosas – sobre la dignidad, y de la retroalimentación con otros contextos culturales. Häberle (2008) 207–211.

29 De Esteban Alonso y González-Tevijano entienden a la dignidad humana como "[…] el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales". De Esteban Alonso / González-Tevijano (2004) 36. En un sentido similar, Martínez Sospedra entiende por dignidad la "[…] la cualidad del ser humano de ser único e insustituible, de tener sustantividad social por sí mismo, y, en consecuencia, [continua en la siguiente pág.]

Al respecto, compartimos la postura de Starck y Häberle, quienes aciertan al entender que el objetivo de esta discusión es llegar a un concepto jurídico-constitucional de la dignidad del hombre, y que a través de una interpretación sistemática de la Constitución, pueda identificarse que concepción filosófica sigue una determinada norma máxima[30].

Esta falta de delimitación conceptual o ambigüedad de la dignidad es óbice para otra determinación, la de su naturaleza jurídica[31]. La Constitución chilena no la incluye en el catálogo de derechos y libertades del art. 19, sino que en el art. 1 inciso primero, lo que no permitiría darle la calidad de derecho fundamental autónomo[32], pero sí, y claramente, el de principio esencial y valor fundamental del ordenamiento jurídico en su totalidad[33]. La norma recién mencionada la eleva a la categoría de fuente de todos los derechos, de modo que aquellos que la Constitución reconoce y garantiza contribuyen al desarrollo integral del ser humano y de su dignidad[34]. Constituye un parámetro, tanto para determinar el contenido como para interpretar los mencionados derechos fundamentales, mandatando para

[continuación de nota a pie 29] de ser valioso en sí mismo, por su condición humana, y ello con independencia de la adscripción política o la posición social. En Martínez Sospedra, Manuel (2007). *Manual de derecho constitucional. Parte general*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, p. 291. El Tribunal Constitucional español lo ha entendido como "[...] el derecho de cada cual a determinar libremente su vida y a obtener el respeto correspondiente de los demás", y agrega que es "[...] un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 11 de abril de 1985. Rol Nº 3–1985, fs. 3, p.8. Garzón Valdés también cree que la dignidad es un concepto vacío, sin embargo, cree que puede haber una salida, si se logra ofrecer criterios racionales de corrección moral, más allá de una fundamentación intersubjetiva, sería posible dotar de contenido al concepto de dignidad humana, a través de una vía negativa. En Garzón Valdés (2006) 24.

Sobre lo mismo, Garzón Valdés, Ernesto (1993). "Notas sobre la filosofía del derecho alemán actual". En Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 235–264; en el mismo sentido crítico sobre el concepto de dignidad humana, Jiménez Campo, Javier (2009). "Artículo 10.1". En Casas Baamonde, Maria Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores). *Comentarios a la constitución española: XXX aniversario.* Las Rozas: Ed. Wolters Kluwer, pp. 181–182.

30 Starck (2008) 241. A propósito de la Ley Fundamental alemana, Häberle se refiere a la dignidad del ser humano "[...] en el sentido de la Constitución", para permitir su interpretación y perfeccionamiento, tomando el texto de la Constitución a través del contexto cultural, merced los problemas semánticos del concepto. HÄBERLE (2008) 200.

31 Gallego, Gloria (2005). "Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana". En Velásquez, Fernando (coordinador). *Derecho penal liberal y dignidad humana*. Bogotá: Editorial Temis, pp.245–271, pp. 245–246.

32 Lo que sí ocurre en el Derecho alemán, como se acaba de señalar. Véase también De Esteban Alonso / González-Tevijano (2004) 36.

33 Martínez (2007) 290–291.

34 Carnevali (2013) 170–186, p. 182; García-Atance y García De Mora (2011). *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ed. Sanz y Torres, p. 128.

tal a todos los operadores del ordenamiento jurídico.[35] Gutiérrez Gutiérrez estima que la dignidad actúa como un traductor universal en materia de derechos fundamentales, pues, como ha demostrado la práctica, todos los derechos pueden considerarse como formas de proyección de la dignidad[36], materializándose en los principios de libertad e igualdad, de forma que cada derecho fundamental supone la concreción de alguno de estos criterios[37].

La confusión en cuanto a su naturaleza proviene, según Guzmán Dálbora, del hecho de confundir un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa[38].

La consecuencia de todo lo anterior, tanto de la falta de un concepto claro de dignidad humana como de la consideración de fuente de otros derechos, es que este valor no parece ser idóneo para considerarse un bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Es una entidad trascendente para todo el ordenamiento jurídico, pero sin un contenido medianamente claro y carente de concreción por sí misma, y que se concretiza a través de otros derechos, libertades o valores[39]. La dignidad es el presupuesto de la libertad y la igualdad, y por tanto presupuesto último de la libertad ambulatoria, la intimidad, el honor o la seguridad, bienes jurídicos concretos y tangibles, en cierto sentido medibles

35 Véase Tribunal Constitucional de Chile. 25 de enero de 2005. Rol Nº 433-2005; Tribunal Constitucional de Chile. 04 de julio de 2017. Nº 2897-15; Tribunal Constitucional de Chile. 27 de marzo de 2017. Nº 3135-15; Tribunal Constitucional de Chile. 28 de octubre de 2003. Nº 389-03. Esta última, en su Considerando Séptimo, señala "(La dignidad humana) es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados".

36 Agrega el autor que "[…] si la protección frente a una determinada injerencia en los derechos se considera en un ordenamiento vinculado a la garantía de la dignidad de la persona, resultado secundario el derecho que en concreto la brinde; en cualquier otro ordenamiento constitucional (basado por hipótesis en la dignidad de la persona), y frente a un acto similar, la propia dignidad seguirá exigiendo dicha protección, aunque haya de buscarse para ella la conexión con un derecho diferente". Gutiérrez Gutiérrez (2012) 100.

37 García-Atance y García De Mora (2011) 126. Esto es producto de un "[…] proceso de secularización, en el que de un concepto teológico de libertad y dignidad, sujeto a aspectos menos terrenales, se pasa a un concepto más terrenal, cuya relación de afinidad estructural se observa, por una parte, en la acentuación de la posición del individuo respecto a Dios, y por otra, respecto a la autoridad temporal de la comunidad", concluyendo que el concepto moderno de dignidad tiene tanto una base y origen en concepciones cristianas como en filosofías racional-humanistas. Starck (2008) 243.

38 Guzmán Dálbora, José Luis (2009). "La trata de personas y el problema de su bien jurídico". En Guzmán Dálbora, José Luis: *Estudios y defensas penales.* 2ª ed. Santiago: Ed. Legal Publishing, pp. 21–22.

39 Cuestión similar ocurría con el desechado bien jurídico de la honestidad sexual en el Derecho Penal español, que, para Monge Fernández, era un concepto abstracto, genérico, relacional y formal, "[…] que se convertía en una rúbrica en abstracto, en una categoría jurídico-formal descriptiva de cierto contenido sustancial, pero sin incorporar en sí mismo tal contenido". Es un criterio útil para encuadrar legislativamente una serie de bienes jurídicos de diverso contenido y alcance, con elementos comunes entre sí. Monge Fernández, Antonia (2005). *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, p.31

en cuanto al daño o puesta en peligro que se les pueda producir, y en esa condición opciones válidas para ser consideradas como objetos protegibles en el delito de tráfico de migrantes[40-41].

Häberle resume esta idea al entender la dignidad en dos fases. En una primera, similar a lo que se ha conocido aquí como dignidad-valor, el autor alemán reconoce un "bien jurídico constitucional", mientras que una segunda fase, cercana a lo que aquí se plantea como derechos fundamentales concretos derivados de la dignidad, es la de "ejemplos práctico-jurídicos", todo en el marco de un Estado constitucional, desde donde se debe respetar y proteger al hombre[42].

Para reafirmar la postura de que la dignidad humana no es idónea para considerarse bien jurídico individualmente protegido, sino la fuente de otros específicamente concretizables, Díez Ripollés entiende que esta institución dogmática es un instrumento que permite realizar la tarea de concretar los presupuestos esenciales para la convivencia en una sociedad plural, de modo que sea accesible para los mecanismos propios del Derecho Penal. Agrega el autor que "[…] difícilmente podrá este realizar su labor protectora si no se logra descomponer a esos requisitos en un catálogo más o menos preciso de bienes que posean las cualidades necesarias para poder estructurar en torno a ellos unos tipos penales que garanticen la punición de las conductas que más gravemente los lesionan o ponen en peligro"[43].

40 "Los derechos fundamentales desempeñan una doble función. En el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cuál su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente procalamados". Pérez Luño, Enrique (2007). Los derechos fundamentales. 9ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, p. 25; también Sánchez Goyanes, Enrique (2005). La Constitución española comentada. 23ª ed. actualizada. Madrid: Ed. Thomson Paraninfo, pp. 70–71. "[…] la dogmática jurídico-penal hace tiempo que ha abandonado la primitiva concepción conforme a la que el objeto de protección del Derecho Penal serían los bienes subjetivos del individuo o del Estado, y que hoy es de hecho unánime la opinión de que el Derecho Penal protege únicamente bienes jurídicos y no derechos subjetivos". Díez Ripollés, José L.; Gracia Martín, Luis; Laurenzo Copello, Patricia (1997). Comentarios al código penal. Parte especial I. Título I a VI y faltas correspondientes. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, p. 27.

41 A pesar de esto, Polaino Navarrete, décadas atrás, consideraba que en el ámbito de los delitos sexuales existían delitos que protegían la dignidad humana a través de manifestaciones de explotación sexual. Por ejemplo, en los delitos de proxenetismo, en los supuestos del antiguo art. 452 bis d) del Código Penal español, y del rufianismo, del art. 452 bis c), caso este último en que el delincuente era puesto al nivel de Vagos y Maleantes. Le eran aplicadas, además de las penas, medidas de seguridad establecidas justamente en la Ley de vagos y maleantes, Polaino Navarrete, Miguel (1975). "Introducción a los delitos contras la honestidad, Anales de la Universidad Hispalense". Serie Derecho Nº 25. Sevilla: Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p.117.

42 Häberle (2008) 236–237.

43 Díez Ripollés, José Luis (1981). *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. Barcelona: Ed. Bosch, p. 103; también en Díez Ripollés, José Luis (2000). "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N° 6, pp. 69–101, p. 88.

2.3. La dignidad humana en relación al art. 411 bis.

Como señalábamos anteriormente, los principales argumentos para sostener que el delito de tráfico del art. 411 bis busca proteger la dignidad humana del inmigrante, dicen relación con el ánimo de lucro como elemento especial de imputación subjetiva, y con el rótulo de "tráfico" para este delito. Ambos elementos permitirían reducir al sujeto pasivo a la calidad de mercancía u objeto de negocios, en distintos matices y niveles, privando a su consentimiento de toda relevancia penal. Consideramos que estos argumentos son perfectamente contrarrestables, por lo que indicaremos a continuación.

En primer término, tal como afirma Segovia Arancibia, de la mera exigencia de ánimo de lucro en el tipo penal no puede extraerse como conclusión general que el bien jurídico protegido sea la dignidad (o la integridad moral)[44]. Concordando con el autor, creemos que no hay forma en que la sola disposición subjetiva que motiva al traficante para obtener ganancias con un inmigrante que presta libremente su consentimiento, pueda transformar la conducta objetiva en un atentado contra su integridad moral.

En la tipificación del tráfico de migrantes en Chile, el sujeto cuyo ingreso ilegal es facilitado o promovido, participa activamente del hecho, manteniendo una considerable autonomía, la que también se puede apreciar en la trata para fines de prostitución, lo que contradice la idea de afectación a la dignidad, más allá de que sigan siendo considerados por las bandas como una mercancía transable en el mercado. La razón de esto, como afirma Cárdenas al referirse a la integridad moral, es que la dignidad tendría el carácter de indisponible[45]. Es posible criticar esta última postura, toda vez que sólo la dignidad es indisponible como atributo de la personalidad, no la integridad moral. Aunque potencialmente lo sea, no hay base en el ordenamiento jurídico chileno para sostenerlo, pues muchos de los bienes jurídicos que encuentran su fundamento en la dignidad sí lo son, como el honor (que incluso es un delito de acción penal privada) o la libertad ambulatoria[46].

Se suma a lo anterior, el hecho de que existen documentos oficiales de la ONU en relación al Protocolo contra el Tráfico de Migrantes que hacen referencia al consentimiento del migrante, lo que indica la posibilidad de disponer del bien jurídico protegido. En particular, la Guía Legislativa de la ONU para la aplicación del Protocolo, reconoce que la dife-

---

44 Segovia Arancibia, Antonio (2013). "Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico ilícito de inmigrantes". *Revista Jurídica del Ministerio Público.* N° 56, pp. 215–238, p. 229. En esto el autor coincide con los españoles Cancio Melía y Maraver Gómez, quienes otorgan valor al consentimiento del migrantes, tomando como referencia el Derecho español, salvo cuando este se encuentre una especial situación de vulnerabilidad que permita cuestionar la validez del mismo. Cancio, Manuel; Maraver, Mario (2005). "El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal". *Revista CENIPEC.* Vol. 2, N° 25, pp. 31–121, pp. 69–70.

45 Cárdenas (2012) 462.

46 Matus / Ramírez (2018) 246–247.

rencia fundamental entre el tráfico de migrantes y la trata de personas es que los migrantes son reclutados en forma voluntaria, transformándose en una especie de cómplices de su propio tráfico[47]. El mismo Protocolo contra la Trata de Personas señala expresamente en el art. 3 letra c) que el consentimiento bajo las modalidades coactivas o fraudulentas establecidas en la letra a) del mismo artículo no será tenido en cuenta. Considerando que dicha disposición es muy parecida a nuestro art. 411 quáter, podemos interpretar *a contrario sensu,* concluyendo por esta vía que sin esas modalidades, el consentimiento de la víctima de trata sí tendrá valor, dejando el ámbito de esa figura y pasando al del tráfico o la trata con fines de prostitución[48].

Sería solo en la trata con fines de explotación del art. 411 quáter, en el mejor de los casos, donde podríamos hablar de una falta de valor a la voluntad de la víctima, pues no solamente se negocia sobre ellos para obtener ganancias de sus servicios sexuales, laborales o de sus órganos, sino que incluso se les busca para reducirlos a la esclavitud, birlando cualquier atisbo de humanidad[49].

Otro punto que permite desestimar a la dignidad como bien jurídico en el art. 411 bis, es que en la estructura típica del delito analizado, el resultado típico es la entrada al país del migrante (lo que permite hablar de tráfico de "inmigrantes"), prescindiendo el legislador de incorporar la salida, como hace explícitamente en el 411 ter, o implícitamente en el quáter. Si el ingreso fronterizo, y no la salida, es la consecuencia más o menos permanente en el tiempo de la acción de promover o facilitar, debemos entender que el legislador pone especial énfasis en la protección de algo distinto a la dignidad del sujeto (o su integridad moral), y esto, desde nuestra perspectiva, serían las políticas migratorias[50].

Algo que refuerza el punto anterior es que el legislador chileno califica el ingreso al país, al exigir que este sea ilegal, elemento normativo que restringe el ámbito de aplica-

47 *"The major differences lie in the fact that, in the case of trafficking, offenders recruit or gain control of victims by coercive, deceptive or abusive means and obtain profits as a result of some form of exploitation of the victims after they have been moved, commonly in the form of prostitution or coerced labour of some kind. In the case of smuggling, on the other hand, migrants are recruited voluntarily and may be to some degree complicit in their own smuggling".* Organización de las Naciones Unidas (2004). *Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo de Tráfico de Migrantes por Cielo, Mar y Tierra*, p.14. Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/English-Migrants-Protocol-guide.pdf. [Fecha de visita 31 de mayo de 2019].

48 Artículo 3, letra b: "El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado *a)* del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado".

49 Razón por la que se denomina a la trata como nueva esclavitud o esclavitud contemporánea. Maqueda (2009) 1245–1260.

50 Aguilar (2012) 187, lo denomina "leyes migratorias". Aunque consideramos que no son sinónimos, y que las leyes migratorias son instrumentos de las políticas en dicho ámbito.

ción de la norma solo a supuestos que infringen la regulación administrativa respectiva (Ley de extranjería), que define en cierta forma una política (implícita) en esta materia[51]. En este sentido, Segovia Arancibia apunta al art. 6 del Protocolo contra el Tráfico de Migrantes, que ordena tipificar la conducta de acuerdo a la definición entregada en el art. 3 del mismo instrumento[52], normas que tributan más a la idea de vulneración de intereses estatales asociados a las políticas migratoria, como la entrada irregular o documentos de viaje falsificados, que a intereses individuales de los inmigrantes, como su dignidad[53].

Por último, también es un inconveniente para considerar que la dignidad – concretizado en la integridad moral – sea el bien jurídico del art. 411 bis, la ubicación sistémica de este delito en el Código Penal chileno, así como el momento en que se incorpora al Código, ambas cuestiones intrínsecamente relacionadas. En el año 2017, el legislador, a través de la Ley Nº 21.013, incluyó en el Código los delitos de maltrato relevante y trato denigrante de ciertos sujetos pasivos calificados, identificados en los arts. 403 bis y ter. Estos delitos funcionan como una especie de cláusula de cierre de los tipos que protegen la salud y la integridad física, complementando la protección a estas[54], pues fueron incorporados en el Título VIII del Libro II del Código, relativo a los crímenes y simples delitos contra las personas.

Por su parte, el delito de tráfico de migrantes se incorporó en el mismo Título[55], pero habiendo sido incluido seis años antes, el legislador lo ubicó en el art. 411 bis, desligándolo de los delitos contra la integridad física. Si hubiese querido proteger la integridad moral, hubiese sido razonable que se incluyera en los arts. 403 bis y siguientes, tal como se hizo con la Ley Nº 21.013, seis años más tarde. Su inclusión en el Título VIII se explica por las referencias expresas a la integridad física, la salud y la vida del inmigrante, en los incisos segundo y tercero del art. 411 bis, pero que no satisfacen al inciso primero del mismo artículo. Allí, como ya indicamos, la solución plausible sería recurrir a las políticas migratorias, pues en la historia del establecimiento de la Ley Nº 20.507 se sostiene expresamente

51 A diferencia de lo que ocurre con la trata con fines de explotación del art. 411 ter, que quita cualquier referencia a la ilegalidad del ingreso o egreso. Geronimi (2002) 19.

52 Segovia (2013) 215–238, 233.

53 Segovia (2013) 227. De forma similar Geronimi (2002) 17, aunque optando por la soberanía del Estado como bien jurídico.

54 Navarro Dolmetch, Roberto (2018). *Los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato denigrante.* Santiago: Editorial Librotecnia, pp. 14-19; 62-64. Indirectamente, Matus / Ramírez (2018) 145–146.

55 A diferencia del caso español, que el legislador chileno tomó como referencia, donde se creó un nuevo título denominado "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros".

que se trata de un delito contra el Estado[56], donde aquella opción, sin ser perfecta, entrega un mejor rendimiento que la dignidad o integridad moral[57].

3. *Consideraciones finales.*

Parece indiscutible que las conductas relacionadas con los fenómenos de tráfico de migrantes y la trata de seres humanos constituyen, en muchas ocasiones, un atentado importante contra la dignidad de quienes son víctimas de estas conductas. Sin embargo, la afectación a un determinado valor o interés no implica, automáticamente, la afirmación de su identificación como bien jurídico protegido de un determinado delito[58]. O como se dice en la teoría general del Derecho, de un juicio del ser, no se puede extraer uno de deber ser. Matus y Ramírez afirman correctamente que la finalidad del delito establecido en el art. 411 bis del Código Penal chileno, es impedir la cosificación de los inmigrantes hacia y desde Chile, castigándose el paso previo a la explotación sexual o laboral[59]. Pero esto se puede lograr perfectamente a través de la protección de bienes jurídicos como la vida o la libertad, e incluso supraindividuales, como las políticas migratorias, sin necesidad de recurrir a la fijación de la dignidad como bien jurídico.

Demasiados serían los inconvenientes al sindicar como objeto de protección del delito de tráfico de migrantes a la dignidad humana, pues tomando las palabras de Jiménez Campos, se trata de una "[…] palabra tan excesiva que sólo el silencio estaría a su altura…"[60].

---

56 No existe constancia de algún debate sobre este punto en la historia de la Ley 20.507. Al contrario, las referencias al bien jurídico protegido son escasas y en general, categóricas. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2011). Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, pp. 46, 98, 102, 112, 163 y 174.

57 Boza (2018) 12.

58 Coincidente Zugaldía Espinar, al reconocer la lógica afectación de la dignidad en los delitos relativos a la prostitución, cuestión que no obsta a la determinación de la libertad sexual como bien jurídico protegido, en desmedro de aquella. Zugaldía Espinar, José Miguel (2004). "Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: Consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente". En López, Jacobo; Zugaldía, José Miguel (coordinadores). *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid: Marcial Pons, Tomo II, pp. 1267-1277, p. 1270. Secundan la idea Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez para quienes es razonable la vinculación entre la dignidad y la libertad sexual, pero la primera sin la segunda termina, como mínimo, "mal parada". Eso hace que sea común que en las discusiones sobre el bien jurídico en los delitos sexuales se aluda constantemente a la dignidad como bien mediatamente protegido, como ocurre en el delito de violación. En Orts Berenguer, Enrique; Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (2001). *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, p. 18.

59 Matus/Ramírez (2018) 191 (el entrecomillado es nuestro).

60 Jiménez Campo (2009) 421.

Bibliografía.

Monografías.

Aguilar Aranela, Cristian (2012): *Delitos sexuales, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, doctrina y jurisprudencia.* Santiago de Chile: Ed. Metropolitana.

Balmaceda Hoyos, Gustavo (2014). *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia.

Bustos Ramírez, Juan (2009). *Obras completas. Derecho Penal. Parte especial*. 2ª Ed. Santiago: Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Tomo III.

De Esteban Alonso, Jorge; y González-Tevijano, Pedro (2004). *Tratado de derecho constitucional II,* edición puesta al día por Ángel Sánchez Navarro. Arganda del Rey: Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid.

Díez Ripollés, José L.; Gracia Martín, Luis; Laurenzo Copello, Patricia (1997). *Comentarios al código penal. Parte especial I. Título I a VI y faltas correspondientes.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

Díez Ripollés, José Luis (1981). *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual.* Barcelona: Ed. Bosch.

Fernández Segado, Francisco (2003). *Estudios jurídico-constitucionales.* México: Ed. U. Nacional Autónoma de México.

García-Atance y García De Mora (2011). *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978.* Madrid: Ed. Sanz y Torres.

González Rivas, Juan José (2011). *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*. 1ª ed. Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters.

Martínez Sospedra, Manuel (2007). *Manual de derecho constitucional. Parte general*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2018). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*. 2ª ed. corregida y actualizada, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Miranda, Jorge (1993). *Manual de derecho constitucional.* 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra Editora, Tomo IV.

Monge Fernández, Antonia (2005). *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

NAVARRO DOLMETCH, Roberto (2018). *Los nuevos delitos de maltrato corporal relevante y trato denigrante.* Santiago: Editorial Librotecnia.

ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (2001). *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

PÉREZ LUÑO, Enrique (2007). *Los derechos fundamentales.* 9ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2014). *Delitos sexuales.* 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (2005). *La Constitución española comentada*. 23ª ed. actualizada. Madrid: Ed. Thomson Paraninfo.

Colaboraciones.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2012). "El delito de tráfico de migrantes, con especial referencia a la legislación chilena". *En AAVV, Congreso Internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.* Valparaíso: Edeval, Tomo IV.

GALLEGO, Gloria (2005). "Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana". En VELÁSQUEZ, Fernando (coordinador). *Derecho penal liberal y dignidad humana.* Bogotá: Editorial Temis.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993). "Notas sobre la filosofía del derecho alemán actual". En Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2006). "¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?". En AAVV, *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Ed. INECIP.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2012). "Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional". En ESPÓSITO, Carlos; GARCIA MARTÍN ALFÉREZ, Francisco (editores). *La protección de bienes jurídicos globales. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16.* Madrid: Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009). "La trata de personas y el problema de su bien jurídico". En GUZMÁN DÁLBORA, José Luis: *Estudios y defensas penales.* 2ª ed. Santiago: Ed. Legal Publishing.

HÄBERLE, Peter (2008). "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", traducción de Alberto Oehling de los Reyes. En FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público.* Madrid: Ed. Dykinson.

Hernández Guerrero, Francisco (2010). "Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones". En Rallo Lombarte, Artemi; Martínez Martínez, Ricardo (Coordinadores). *Derecho y redes sociales.* Navarra, Cizur Menor: Ed. Civitas.

Hoerster, Norbert (1983). "Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde". IuS, Heft 2, pp. 93–96, citado y traducido en "¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?". En AAVV, *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Ed. INECIP.

Jiménez Campo, Javier (2009). "Artículo 10.1". En Casas Baamonde, Maria Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores). *Comentarios a la constitución española: XXX aniversario.* Las Rozas: Ed. Wolters Kluwer.

Mapelli, Borja (2009). "El bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual". En Carbonell, J.C.; González, J.L.; Orts, E. (directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II.

Maqueda Abreu, María Luisa (2009). "A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s". En Carbonell, J.C.; González, J.L.; Orts, E. (Directores): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II.

Marín de Espinosa, Elena (2016). "Lucrarse explotando la prostitución ajena, aún con el consentimiento: ¿Cabe el reconocimiento de la prostitución consentida como una relación laboral?". En Bacigalupo, Silvina, et al (coordinadores): *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Arces.

Santana, Dulce (2012). "La protección penal de las víctimas de trata de seres humanos en el ámbito de la Unión Europea (Directiva 2011/36/UE)". En Mir, Santiago; Corcoy, Mirentxu (coordinadores). *Garantías constitucionales y derecho penal europeo.* Madrid: Editorial Marcial Pons.

Starck, Christian (2008). "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán", traducción de Alberto Oehling de los Reyes. En Fernández Segado, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público.* Madrid: Ed. Dykinson.

Virgilio, María (2001). "Legge e diritto". En Signorelli, A.; Treppete, M. (coordinadores) *Manuale per gli interventi nel mondo della prostituzione migrante.* Trieste: Asterios Editores.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2004). "Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: Consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente". En LÓPEZ, Jacobo; ZUGALDÍA, José Miguel (coordinadores). *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid: Marcial Pons, Tomo II.

Artículos en Revistas.

BOZA, Elena (2018). "Prostitución versus trata de personas". *Revista General de Derecho Penal*. Nº 29.

CANCIO, Manuel; MARAVER, Mario (2005). "El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal". *Revista CENIPEC*. Vol. 2, N° 25.

CARNEVALI, Raúl (2013). "La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile". *Revista de Diritto Penale Contemporaneo.* Nº 4.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (2015). "La nueva criminalización del proxenetismo". *Revista Penal*. Nº 36.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2000). "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N° 6.

GAJARDO, Tania; GUZMÁN, Karen; SUAZO, Carolina (2012). "Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507". *Revista Jurídica del Ministerio Público.* N° 53.

GERONIMI, Eduardo (2002). "Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes". *Perspectivas sobre migraciones laborales.* N°2.
Disponible en: HTTP://WWW.CRMSV.ORG/DOCUMENTOS/MIGRANTES&TRATA.PDF.

MOYA, Clara (2016). "Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales". *Política Criminal*. Vol. 11, Nº 22, Art. 6.
Disponible en: HTTP://WWW.POLITICACRIMINAL.CL/VOL_11/N_22/VOL11N22A6.PDF.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (1975). "Introducción a los delitos contras la honestidad, Anales de la Universidad Hispalense". *Serie Derecho* Nº 25. Sevilla: Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

REBOLLO VARGAS, Rafael (2007) "Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 60, N° 1.

SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio (2013). "Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico ilícito de inmigrantes". *Revista Jurídica del Ministerio Público.* Nº 56.

Otras referencias.

Biblioteca Del Congreso Nacional De Chile (2005). Historia de la Ley. Decreto Supremo N° 342. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Biblioteca del congreso nacional de Chile. (2011). Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.

Organización de las Naciones Unidas (2004). *Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo de Tráfico de Migrantes por Cielo, Mar y Tierra*, p.14. Disponible en: https://www.unodc.org/tldb/pdf/English-Migrants-Protocol-guide.pdf.

Jurisprudencia.

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 17 de septiembre de 2012. Rol Nº 199-2012.

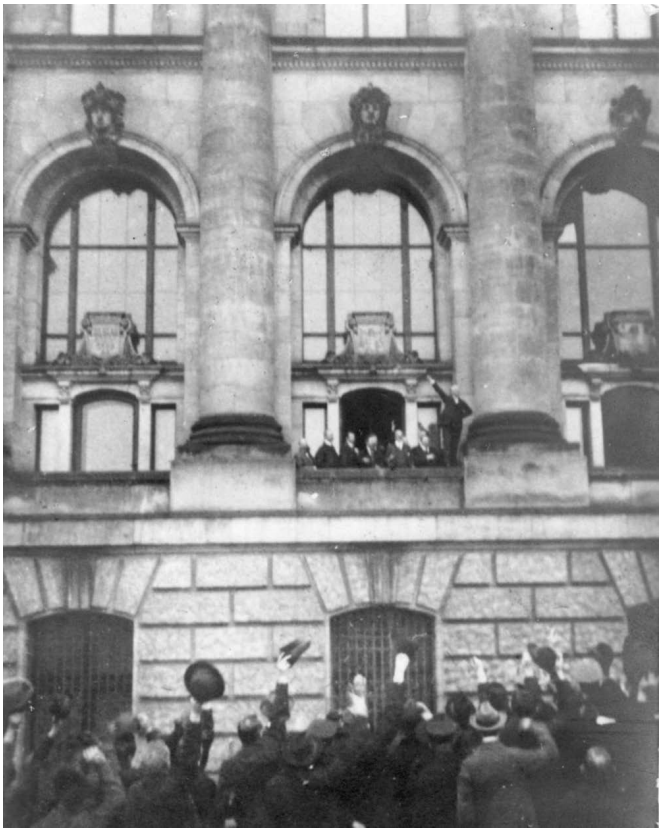
Tribunal Constitucional de Chile. 04 de julio de 2017. Rol Nº 2897-15;

Tribunal Constitucional de Chile. 25 de enero de 2005. Rol Nº 433-2005;

Tribunal Constitucional de Chile. 27 de marzo de 2017. Rol Nº 3135-15;

Tribunal Constitucional de Chile. 28 de octubre de 2003. Rol Nº 389-03

Tribunal Constitucional Español. 11 de abril de 1985. Rol Nº 3-1985.



9 de noviembre de 1918. Scheidemann convoca a la República desde el balcón oeste del edificio del Parlamento alemán.

© Erich Greifer, Public Domain

Marvin Alfredo Gómez Ruiz
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria

III. La Constitución alemana de Weimar 1919: apuntes desde la experiencia doctrinal y jurisprudencial mexicana.

Resumen: Los principios tributarios constitucionalizados son la base moderna a la que se debe someter la recaudación para el gasto público. Su incorporación a la vida jurídica de la humanidad es relativamente nueva y para su conformación y evolución, la Constitución de Weimar y sus doctrinarios fue pieza clave. A partir de la experiencia mexicana, de sus principios de equidad y proporcionalidad tributaria, se ofrece un punto de vista para considerar como continuidad de esta evolución, el considerarlos como derechos humanos rumbo a la eficacia de cualquier Constitución social para este siglo.

Palabras claves: Igualdad, Weimar, Derechos Humanos, Capacidad Contributiva, Proporcionalidad, Principios Tributarios.

Abstract: Constitutional tributary principles form the modern base to which income for public expenditure must be submitted. Its incorporation to the legal life of humankind is relatively new, and to its configuration and evolution, the Weimar Constitution and its doctrinaires were key components. From the mexican standpoint, the principles of equity and tax proportionality, hereby is introduced a perspective to consider them, as part of their evolutionary continuity, as human rights towards the strengthening of any social Constitution for this century.

Keywords: Equality, Weimar, Human Rights, Taxability, Proportionality, Tax Principles.

I. Los principios tributarios constitucionalizados.

La existencia eficaz de medidas de seguridad que impidan arbitrariedades en la esfera privada de los particulares por parte de los Estados modernos al momento de recaudar ingresos para contribuir a su gasto público, ha evolucionado conforme las Constituciones "establecen una serie de principios en virtud de los cuales se debe regir la ordenación de la actividad financiera del Estado"[1], y a partir de que se acogen, llegan a tener una efectividad inmediata ante los tribunales ordinarios y, sobre todo, ante uno de carácter constitucional[2].

La idea de que operen estos *principios tributarios constitucionalizados*[3] como límite del poder público frente al gobernado en la materia recaudatoria, es relativamente nueva en la historia de la civilización humana y dentro de dichos principios que son reconocidos generalmente en las Constituciones modernas de Occidente[4], destacan por su importancia el de la *igualdad tributaria* y el de *capacidad contributiva*[5].

Para entender el avance evolutivo y la situación actual tanto de los principios de igualdad tributaria como de capacidad contributiva, su vinculación con la Constitución de

1 Ramallo Massanet, Juan, *Derecho Constitucional y Derecho Financiero*. pág. 55, consultado al 15 de mayo del 2019 en el sitio web de la Biblioteca Digital de Universitat de les Illes Balears: http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1982v0/03p049.dir/Cuadernos_1982v003p049.pdf

2 Op. Cit. pág. 56.

3 Es decir, principios constitucionales que son propios de la materia tributaria, a diferencia de otros que son aplicables a cualquier otra rama del Derecho.

4 Por ejemplo, la Constitución Española establece diversos principios tributarios constitucionalizados en su artículo 31, al señalar lo siguiente: "*1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo en su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*".

5 Entendida ésta como la potencialidad real para contribuir al gasto público. Algunas legislaciones -como el caso de la Constitución Española resaltada en la nota anterior- utilizan indistintamente el concepto "capacidad económica" para referirse a la contributiva. Pero "la capacidad contributiva está condicionada por una existencia lógica: la presencia de capacidad económica. Sin embargo, el hecho de que el sujeto cuente con un índice de capacidad económica no garantiza su nacimiento … Entre la capacidad contributiva y la capacidad económica prevalece una relación de interdependencia, la una presume la existencia de la otra, pero no son sinónimos. Para que dicha aptitud contributiva se exteriorice debe haber un índice de riqueza manifestada por medio de ingresos, patrimonio o gasto: un sustento económico, una riqueza disponible. Y, sobre todo, la riqueza debe ser efectiva, y no incidir sobre rendimientos inexistentes". García Bueno, Marco Cesar, *El Principio de Capacidad Contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México*, Colección de Estudios Jurídicos, Tomo XVII, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Pág. 3–5.

Weimar y su importancia en el constitucionalismo social del siglo XXI, debemos comenzar haciendo un breve repaso histórico de ellos.

Por principio de cuentas diremos que el estudio de la igualdad en el ámbito jurídico-tributario, debe partir de la *igualdad* en general, por ser el género de la especie.

No es nuestra misión en este texto establecer un antecedente inequívoco sobre la igualdad. Pero dentro de la gran diversidad de literatura al respecto, nos parece digno de resaltar en el pensamiento antiguo a Herodoto[6], quien al exaltar la igualdad frente a la tiranía, señaló que el sistema político del hombre libre debía caracterizarse por la igualdad en su triple dimensión: *Isonomía* o igualdad ante la ley; *Isocracia* o igualdad de poder e *Isegoría* o igualdad de palabra. Por su parte, Anaximandro y Heráclito, concebían la igualdad como un componente esencial de una cuestión de justicia cósmica relacionada con el equilibro, en la que, para que exista un orden o armonía en el universo, debía existir cierta igualdad[7]. Sin embargo, los primeros estudios relevantes sobre la igualdad, adquieren trascendencia con Aristóteles[8], al establecer que todos los seres humanos son esencialmente iguales en la medida en que comparten ciertos atributos esenciales, pero distintos derivados de diversos atributos accidentales; vinculando además, la concepción de igualdad a la justicia. Por ello, Aristóteles llegó a hacer una distinción entre la justicia conmutativa o entre iguales, y la justicia distributiva, aplicada entre desiguales. En la primera, "la ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y otro la recibió, si uno causó un daño y otro la resintió. En consecuencia, el juez procura igualar esa desigualdad de que resulta la injusticia"[9]. En la segunda, los desiguales deben ser atendidos como desiguales, "si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí que los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales"[10].

Es decir, un reconocimiento en el pensamiento antiguo de cierta igualdad formal de todos los seres humanos, pero de otra igualdad entre desiguales.

No obstante, lo anterior, el pensamiento doctrinal no era acorde a la realidad. En el caso de la vieja Roma, la condición de esclavitud se instauró como un factor negativo de la igualdad, que ni siquiera quedó en el ámbito personal, sino que se convertía en un estado real, es decir, bajo la condición de una "cosa", pues el esclavo – *servus* – era conceptuado

6 Martínez Tapia, Op. Cit., pág. 13.

7 Ibídem.

8 Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Editorial Porrúa, México, 1982.

9 Ídem, pág. 62.

10 Ídem, pág. 61.

como un bien susceptible de ser un objeto, incluso, de contratación jurídica. A la par de la esclavitud, la sociedad en cuanto tal, también presentaba una profunda desigualdad formal y real entre sus clases sociales: los plebeyos, tenían diversas privaciones jurídicas como la prohibición de contraer nupcias con los patricios, o la libertad de comercio[11].

En la edad media encontramos también las desigualdades legales y fácticas a que hemos estado haciendo referencia, principalmente en la institución de la *servidumbre*, en que el señor feudal tenía poder de decisión sobre los siervos, con privilegios, potestades y prerrogativas innumerables[12].

A lo largo de los siglos post-aristotélicos, y principalmente en la alta edad media, la igualdad fue analizada y conceptualizada sólo desde el plano filosófico y doctrinal, siendo demasiado extenso y no motivo de esta obra exponer los diversos pensamientos de tal época; y por tanto, baste señalar que en ningún momento tales ideas pudieron concretarse en la normatividad positiva de manera generalizada.

Fue a finales del siglo XVIII, cuando el pensamiento moderno, arropado por la revolución francesa, realizó la juridificación de la igualdad, entendiendo esta última como la incorporación de lo que hasta entonces había sido un principio teórico, al marco jurídico del Estado; es decir, una regulación desde el ámbito legislativo sobre la igualdad, al menos en un primer plano *formal*, de los individuos frente a la ley y la sociedad.

Efectivamente, la revolución francesa, inspirada en ideas de Rousseau, constituyó el pilar jurídico moderno de la igualdad humana. En ese sentido, "Ante la ley y para el Estado, desaparecieron todos aquellos factores que integraban la desigualdad entre los diversos gobernados. Sin embargo, la igualdad legal en abstracto se traducía en la realidad económica, primordialmente entre el capital y el trabajo, en una profunda desigualdad"[13].

Se puede atribuir a la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de Junio de 1776, la primera manifestación jurídica trascendente de la igualdad, acompañando el nacimiento del constitucionalismo moderno, la que en su punto IV, señaló: "ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad"[14]. Sólo 3 años más tarde, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en agosto de 1789, proclamaba distintas manifestaciones del principio de igualdad.

---

11 Sobre el tema, *cfr.* Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, 14ª edición, México, 1997, pág. 7 y s.s.

12 Al respecto *cfr.* Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho.* Grupo Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1996, pág. 138–155.

13 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, 33ª edición, México, 2001, pág. 257.

14 Giménez Glück, David, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Editorial Bosch, España, 2004, pág. 28.

El artículo 1 establecía: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que en la utilidad pública." A su vez, el artículo 6, señalaba: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente a través de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, para los que protege y para los que sanciona. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes o talentos."

Así mismo, al respecto de la igualdad tributaria, también encontramos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el antecedente normativo más relevante, pues en el artículo 13 se indicó sobre la contribución a las arcas del Estado, que ésta debía "estar igualmente repartida entre todos los ciudadanos con base a sus propias facultades"[15]. Apareciendo en la escena tributaria no solamente la igualdad sino la capacidad contributiva o de los ciudadanos a pagar impuestos con base en sus propias *facultades*.

"La Declaración de Derechos de 1789 remite al concepto de igualdad respecto del de universalidad y generalidad de la ley, algo que va a marcar el concepto de igualdad jurídica en Europa en el siglo XIX"[16]. Esto es, a una igualdad formal. Y respecto del contenido de la *capacidad contributiva* todo quedó en una mera aspiración, sin una explicación clara ni por quienes elaboraron dicha Declaración ni por lo teóricos del siglo XIX, de su alcance.

En ese sentido, la igualdad formal de ese tiempo, en la que no se podía concebir la existencia de normas que protegieran alguna desigualdad, por justificada que fuera, fue una igualdad ante los ojos de la ley, porque era universal y general[17]. Una igualdad meramente formal, en la que basta que la norma hiciera un tratamiento generalizado para considerarse adecuada; cuya concepción encontró una justificación, por el momento y las condiciones en las que surgió: una respuesta para abolir todos los privilegios de que gozaban ciertos grupos sociales contra los cuales se fraguó la misma revolución. De la capacidad contributiva y su desarrollo conceptual y aplicativo en las relaciones jurídico-tributarias de esa época nada hay que decir. Quedó en un mero concepto ideológico sin aplicación efectiva.

15 Consultado al 20 de agosto del 2010 en el sitio web WIKIPEDIA: http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano

16 Giménez Glück, David, Op. Cit., pág. 29.

17 Aunque como bien lo señala Fernández, Encarnación, "la universidad de la ley, tampoco era de todas formas, total, pues se circunscribía al varón blanco, adulto, propietario y con unos mínimos ingresos, al que se consideraba ciudadano, no a toda la población", en *Igualdad y Derechos humanos,* Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pág. 59.

II. Evolución del concepto formal de igualdad a partir de la Constitución de Weimar de 1919.

Frente a esta concepción inicial de igualdad formal ante la ley proclamada tanto por la Declaración de Derechos de la naciente Norteamérica, como de la Declaración del Hombre y del Ciudadano francesa y derivado de su posterior ineficacia para paliar las desigualdades prácticas que continuaron generándose en la sociedad – pues es innegable que tratar a todos por igual, sin tomar en cuenta sus diferencias, degenera justamente en desigualdad –, se fue concibiendo poco a poco en el pensamiento y también en los instrumentos jurídicos del siglo XX, el desarrollo de una idea de igualdad que buscara apegarse a la auténtica justicia que desde tiempos aristotélicos se iba moldeando en el pensamiento humano con respecto al trato que debían recibir aquellos, que a pesar de encontrarse ante una primigenia situación de igualdad ante la ley, tenía ciertas condiciones particulares y desiguales que merecían un tratamiento diferenciado.

Norteamérica fue uno de los primeros en tomar decisiones institucionales sobre tal situación. Desde la sentencia *Marbury vs. Madison*[18], con el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos otorgándose la atribución de no aplicar normas que contradijeran la Constitución, hasta la decimocuarta enmienda de la Constitución en 1868, como resultado de la Guerra de Secesión que terminó con la abolición formal de la esclavitud[19], en donde se señaló: "Todos las personas nacidas en Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado de su residencia. Ningún Estado promulgará ni obligará a cumplir ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a nadie de su vida, libertad o hacienda, sin el debido proceso jurídico, ni negará a ninguna persona bajo su jurisdicción, la protección equitativa de las leyes", se observó una preocupación por *materializar* la igualdad para respetar ciertas circunstancias particulares, en este último caso, en lo concerniente a la raza de los individuos.

No obstante ello, "en Europa, durante todo el siglo XIX y parte del XX, se va a seguir manteniendo la idea de que la igualdad se garantiza con la generalidad y la universalidad de la ley"[20].

Es en Alemania hasta la época de la República de Weimar, el primer lugar en Europa donde se comenzó a debatir el contenido de la igualdad, en autores como Leibholz, que interpretando el artículo 109 de la Constitución de Weimar, entendía el principio de igualdad ante la ley, como un control del legislador de no hacer diferencias arbitrarias.

---

18 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, 31ª edición, México, 1997, pág. 14–17.

19 Al respecto *cfr.* Floris Margadant, Guillermo, Op. Cit., pág. 231–280.

20 Giménez Glück, David, Op. Cit., pág. 31.

En efecto, a la par de la introducción del individuo como eje del constitucionalismo – lo que le da su carácter de Constitución social a la de Weimar –, esta última inicia una nueva fase que buscaba conciliar los criterios de universalidad de las normas con la realidad social, sin atenuar el principio de igualdad, *"sino un entendimiento democrático que permite y exige normas no necesariamente universales, al ser ahora lícitas las inclusiones de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos, con lo que se inicia la lucha por la interpretación del principio que aún le caracteriza"*[21].

Es decir, se extiende la igualdad a un aspecto material, diferenciándola de la igualdad formal. "Un poco después aparece el clásico de LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz – 1925 –: *Hay igualdad cuando sería irrazonable hacer una diferenciación*"[22]. Por ende, es a partir de la Constitución de Weimar que principalmente LEIBHOLZ realiza una "nueva doctrina" respecto de la igualdad en 1925, en la que el legislador deja de ser omnipotente para sujetarse a garantías constitucionales de los derechos de individuo, entre las que se encuentra la igualdad, definida como la prohibición de adoptar decisiones arbitrarias, prohibiendo tratar a personas o grupo de personas situados en situaciones diferentes, de forma arbitrariamente idéntica, considerando que habrá arbitrariedad cuando la diferenciación o desigualdad de trato no se base en un fundamento razonable, objetivo y claro.[23]

De tal dimensión fue el avance de la Constitución de Weimar y sus doctrinarios, no sólo en el aspecto social, sino esencialmente en lo que representa una nueva concepción de los alcances del principio de igualdad, en aquel momento con la necesidad de elaborar un juicio de razonabilidad – como se le conoce hoy en día, sin cuyo aporte histórico, no encontraríamos la esencia de la igualdad material, tan indispensable para acceder a la justicia.

Y dado que la igualdad – incluyendo el aspecto tributario – es uno de los principios tributarios constitucionalizados de mayor importancia, la trascendencia de éste en la ciencia jurídica resulta evidente.

Cabe señalar que hoy en día, la determinación del contenido de la igualdad ha avanzado. Finalmente, el mero test de razonabilidad resulta necesario pero insuficiente por sí mismo. Es necesario juzgar la desproporcionalidad real entre el fin buscado y la medida legislativa establecida por el legislador que provocó el trato diferenciado (test de proporcionalidad).

---

21 VILLACORTA MANCEBO Luis, *Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huelas de una tarea inacabada*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, No. 12, 2005, pág. 158, Consultada en la página web: HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/AUTOR?CODIGO=117063, AL 15 DE MAYO DEL 2019.

22 Op. Cit. pág. 159.

23 Op. Cit. pág. 166.

III. Los principios Tributarios constitucionalizados y su vinculación con los derechos humanos.

El artículo 31, fracción IV de la Constitución Mexicana, establece que es una *obligación* de los mexicanos contribuir al gasto público, de la manera proporcional[24] y equitativa, que dispongan las leyes fiscales respectivas y con base en ello configura sus principales principios tributarios constitucionalizados. De manera general, se ha asociado en nuestro país a la equidad tributaria con la igualdad y a la proporcionalidad tributaria con la capacidad contributiva.

En esencia, de acuerdo con la doctrina mexicana[25], la equidad tributaria consiste es una aplicación del principio general de igualdad en la materia recaudatoria, es decir, la necesidad de un trato igual con los iguales pero desigual con los desiguales. Para llevar a cabo un control al respecto, hoy en día la jurisprudencia mexicana establece la obligación de todos los juzgadores de llevar a cabo 2 exámenes: a) el juicio de razonabilidad, que no es otra cosa que la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, esto es, de que exista un motivo objetivo y razonable para el trato diferenciado; y b) del juicio de ponderación o de proporcionalidad (no confundir con el principio de proporcionalidad tributaria), en el que una vez superado el test de razonabilidad (de lo contrario ni siquiera es necesario pasar a la segunda etapa), se deberá analizar si el fin buscado por el legislador al establecer la medida de trato diferenciado, corresponde a un fin legítimo del Estado; es apta e idónea para conseguir ese fin, y si finalmente no es desproporcionada con la afectación al individuo de su derecho general de igualdad.

A su vez, el principio de proporcionalidad tributaria en México ha tenido amplios alcances: desde su vinculación con el principio de capacidad contributiva, esto es, elementos objetivos y subjetivos que demuestren una potencialidad real para contribuir al gasto público; o su relación con la progresividad del tributo en cuanto a que quien tiene más debe pagar más; hasta la prohibición de que sean exorbitantes y ruinosos.

Ahora bien, una vez clarificado el caso mexicano en relación con los principios tributarios constitucionalizados, surge una interrogante de vital importancia: ¿cuál es la naturaleza jurídica de dichos principios y en general de esta obligación de contribuir: la de una auténtica *obligación jurídica* o un *deber* o puede tener el alcance de un derecho humano fundamental?

---

24 La proporcionalidad tributaria en México tiene una connotación distinta a la del "principio de proporcionalidad o ponderación" para resolver conflictos vinculados con la desproporcionalidad de las afectaciones de la ley por no ser aptas o idóneas con el fin perseguido por el legislador, es decir, las intervenciones excesivas de los poderes públicos.

25 Cfr. Melgar Manzanilla, Pastora, *Proporcionalidad y equidad tributarias a la luz del paradigma de los derechos humanos*, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, consultado en el sitio web de la propia Universidad al 15 de mayo del 2019.

Por principio de cuentas debemos considerar que el "deber constitucional es complementario en gran parte de las Constituciones vigentes del concepto de *derecho fundamental*. Su aparición en el constitucionalismo es casi tan temprana como la de los derechos fundamentales"[26]. Y frente la teoría de la correlatividad que existe entre los "derechos" y los "deberes" que frente a uno existe el otro, coincidimos con la postura[27] de que en el caso de los deberes constitucionales, éstos no tienen derechos correlativos, pues los deberes impuestos por la Constitución a los gobernados no lleva aparejado ningún derecho subjetivo correlativo a otro sujeto distinto (ni siquiera al Estado). Sin embargo, se admite por la doctrina que "no significa una total desvinculación de estas figuras ya que los primeros gravitan forzosamente en torno a los segundos porque ambas categorías identifican el estatuto constitucional del individuo en un Estado democrático de Derecho"[28].

Pero desde nuestro punto de vista no se trata de una mera obligación o deber o el hecho de que exista cierta vinculación entre la obligación correlativa a un derecho. La proporcionalidad y la equidad tributaria han evolucionado y deben seguir evolucionado para avanzar de un deber u obligación a un auténtico derecho humano fundamental en sí mismos.

Sin entrar en un debate sobre los alcances hoy en día de los derechos humanos fundamentales, en concreto se parte de *"la idea de la naturaleza humana como consustancial a un ser racional, libre, con fines específicos y la dignidad, como elementos esenciales de lo que moderadamente se considera lo específicamente humano y donde residen los derechos más fundamentales o derechos humanos."*[29]

De esta forma, los principios tributarios constitucionalizados de proporcionalidad tributaria y equidad tributaria pueden considerarse derechos humanos en una doble panorámica: como medio y como fin en si mismos. Como medio puesto que son el conducto para la obtención de ingresos para el gasto público, gasto que tiene como finalidad proveer al estado de los recursos necesarios para la concreción de su fin de procurar el resto de los derechos humanos en todas sus categorías. En otras palabras "la proporcionalidad y la equidad tributarias concretan las exigencias de libertad, igualdad y la seguridad humana como expresión de la dignidad de los derechos humanos al permitirles a los contribuyentes contar con los medios para el desarrollo de sus fines, por tanto, deben ser aseguradas,

26 Pauner Chulvi, Cristina, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Tesis doctoral consultada en la página web: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/10429/pauner.pdf?sequence=1&isAllowed=y al 20 de mayo del 2019.

27 Ídem, pág. 18.

28 Ídem, pág. 19.

29 Melgar Manzanilla, Pastora, Op. Cit. pág. 107.

promovidas y garantizados por el Estado"[30]. Pero sobre todo un fin en sí mismos, porque garantizan en el caso de la equidad, una distribución igualitaria de las cargas tributarias, pero además un trato desigual para aquellos que están en esa posición desigual, a través de los filtros de la prohibición de arbitrariedad (juicio de razonabilidad) y posteriormente de la existencia de una medida idónea y necesaria para conseguir el fin buscado por el legislador al realizar el trato tributario diferenciado (juicio de ponderación o de proporcionalidad). Y en el caso de la proporcionalidad tributaria porque la misma implica el hecho de no gravar una riqueza en el gobernado que vaya más allá de su potencialidad real para contribuir al gasto público, respetando un mínimo vital (umbral de ingresos necesarios para que la persona pueda subsistir[31]), y un tope máximo con la prohibición de no confiscar la totalidad de sus bienes[32]. Esta situación desde luego viene a complementar y hacer efectivos otros derechos humanos. Por ejemplo, en el caso del mínimo vital, el de la vida, propiedad, salud, educación, etc. Y en el caso de la no confiscatoriedad al derecho de libertad de trabajo entre otros. Es decir, elementos asociados al desarrollo de la dignidad del ser humano y por ende, a recibir la categoría de derechos humanos de carácter financiero.

En concreto: "La equidad y la proporcionalidad tributarias expresan lo justo en materia de contribuciones. En ese sentido, nada se opone a considerarlos derechos humanos porque buscan la justicia en las contribuciones como medida para preservar la dignidad humana e impiden al Estado, al buscar un supuesto y abstracto b*ien común* … desposea al contribuyente de los bienes necesarios para su desarrollo."[33]

IV. La reconfiguración de la importancia de los principios tributarios constitucionalizados en el Constitucionalismo Social del siglo XXI.

Hoy en día, el establecimiento a nivel constitucional de los principios tributarios como elementos alrededor de los cuales se regula la contribución al gasto público tiene una importancia nunca antes imaginada en la conformación de los llamados *Estados Sociales*.

Sin consideramos que el Constitucionalismo social, en general, conlleva la idea de incorporar a las Constituciones los derechos sociales iniciados con las Constitución de

30 Op. Cit. pág. 109.

31 Por el momento este mínimo vital se ha vinculado sólo a la subsistencia más no a una vida digna de la persona.

32 Esto último: el principio de no confiscatoriedad tributaria de momento sólo es reconocido en México a un nivel doctrinal, a diferencia de otros países como España (Art. 31.1. Constitucional) que lo establece en forma autónoma como un auténtico principio tributario constitucionalizado.

33 Melgar Manzanilla, Pastora, Op. Cit. pág. 111.

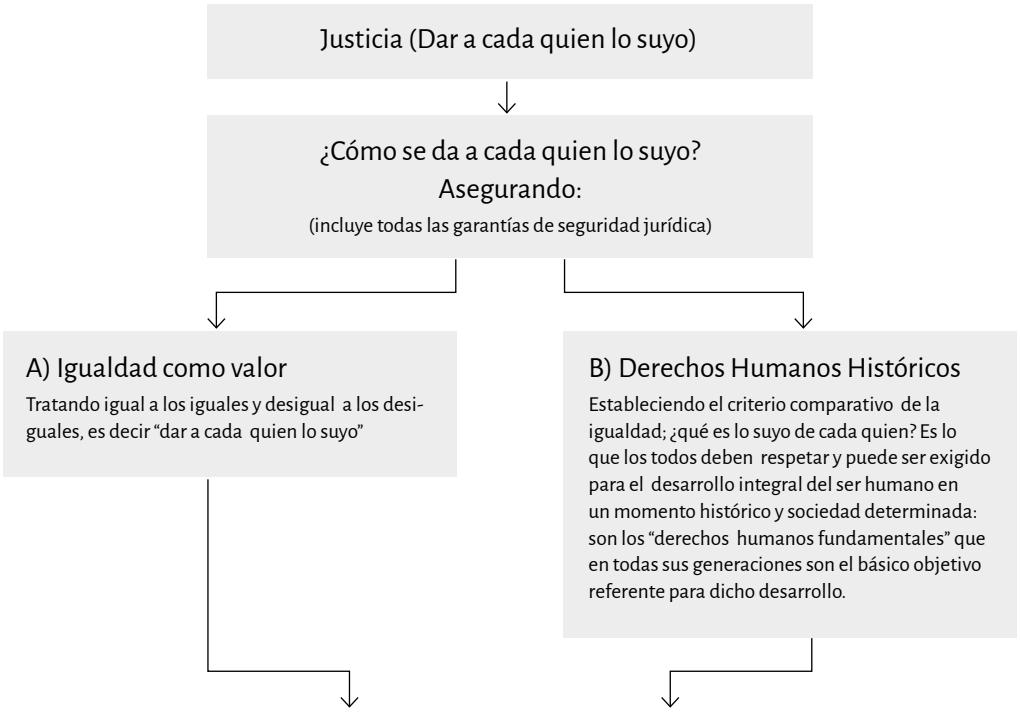
34 Melgar Manzanilla, Pastora, Op. Cit. pág. 111.

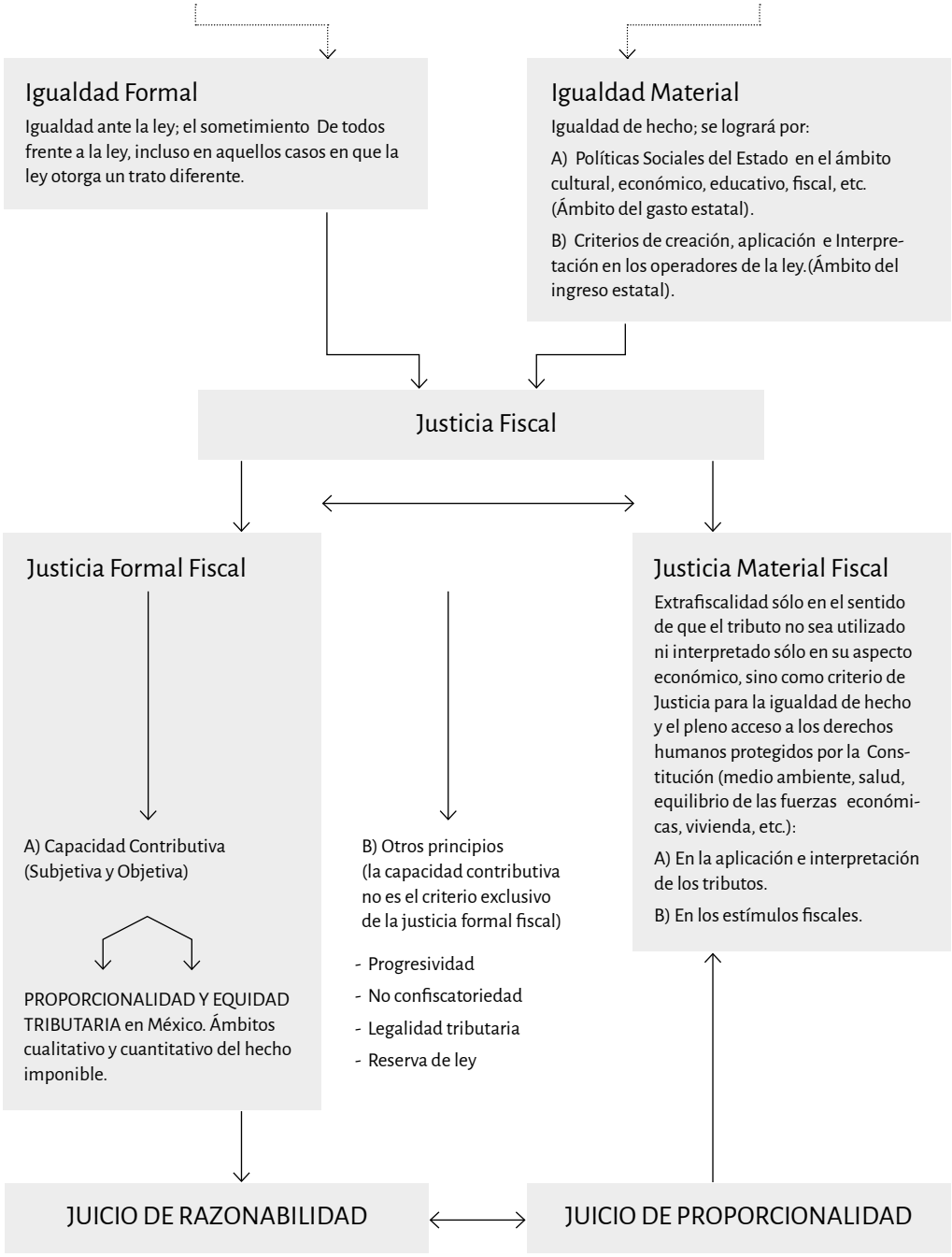
México de 1917, la Argentina de 1916, la de Weimar de 1919 y la de España de 1931, la materia tributaria no sólo puede ser vista como una mera forma recaudatoria para que el Estado obtenga los recursos para el gasto público.

En nuestro concepto, la contribución al gasto público debería adoptarse constitucionalmente como un auténtico derecho humano, más que un deber o una obligación, y por tanto los principios tributarios constitucionalizados deben ser guías en la aplicación de tal derecho.

La proporcionalidad y equidad tributarias como sea visto, tienen una relación de interdependencia con otros derechos, puede afirmarse que cuando no se cumplen los primeros, se esta disminuyendo la posibilidad de hacer efectivos los segundos[34]. En este punto radica esencialmente la reconfiguración de la importancia de los principios tributarios constitucionalizados en el Constitucionalismo Social del siglo XXI: En traer a debate la importancia que tienen éstos para hacer efectivos la serie de derechos sociales que reconocen las Constituciones de corte social en nuestros días; su transformación – acorde a su evolución –, para dejar de ser un mero *deber* u obligación, e instaurarse como auténticos derechos humanos que abonen a la justicia.

A continuación, explicamos a través de un esquema lo que en nuestro propio concepto debería ser la vinculación de la proporcionalidad y equidad tributarias, con la justicia:




Igualdad Formal
Igualdad ante la ley; el sometimiento De todos frente a la ley, incluso en aquellos casos en que la ley otorga un trato diferente.
Igualdad Material
Igualdad de hecho; se logrará por:
A) Políticas Sociales del Estado en el ámbito cultural, económico, educativo, fiscal, etc. (Ámbito del gasto estatal).
B) Criterios de creación, aplicación e Interpretación en los operadores de la ley.(Ámbito del ingreso estatal).
Justicia Fiscal
Justicia Formal Fiscal
A) Capacidad Contributiva (Subjetiva y Objetiva)
PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIA en México. Ámbitos cualitativo y cuantitativo del hecho imponible.
B) Otros principios (la capacidad contributiva no es el criterio exclusivo de la justicia formal fiscal)
- Progresividad
- No confiscatoriedad
- Legalidad tributaria
- Reserva de ley
Justicia Material Fiscal
Extrafiscalidad sólo en el sentido de que el tributo no sea utilizado ni interpretado sólo en su aspecto económico, sino como criterio de Justicia para la igualdad de hecho y el pleno acceso a los derechos humanos protegidos por la Constitución (medio ambiente, salud, equilibrio de las fuerzas económicas, vivienda, etc.):
A) En la aplicación e interpretación de los tributos.
B) En los estímulos fiscales.
JUICIO DE RAZONABILIDAD
JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

A continuación, una breve explicación:

La igualdad guarda una estrecha relación con la justicia[35]. El antecedente más significativo y generalizado sobre la idea de justicia lo tenemos con la definición de ULPIANO, bajo las palabras *justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi,* es decir, la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo. Por ende, la idea de justicia tendrá que ver con una cuestión esencial: ¿qué es lo suyo de cada quién?

La igualdad entonces, entendida en genérico como el tratar igual a los iguales y dispar a los desiguales, tendrá pues una íntima vinculación con el dar a cada quien lo suyo: dando a cada quien lo suyo, se trata igual a los iguales y desigual a los desiguales y viceversa. Así, con independencia del contenido propio de la igualdad, esta última se instaura como una herramienta esencial de la justicia, saliéndonos deliberadamente de la discusión con relación a si por su grado de intimación pudiera llegar a unificarse en la práctica ambos valores, situación esta última que obedecería en todo caso a un estudio diverso.

Ahora bien, "lo suyo de cada quién", tendrá que ver, en coincidencia con PRECIADO HERNÁNDEZ, con "lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social"[36]. Para ello, la igualdad deberá tener para su eficacia, un contenido histórico.

La tarea del Estado será el orientar sus esfuerzos en la búsqueda de la justicia, a través de un mínimo objetivo que quedará concretizado en cada sociedad y cada momento histórico, mediante el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, esto es, de aquellos derechos subjetivos generales que *per se,* aseguren al individuo las condiciones esenciales para ese desarrollo pleno.

Cada sociedad debe ir evolucionando en el alcance de estos derechos humanos fundamentales y hoy en día, vemos en términos generales esa situación, pues mientras hace algunos años solamente se reconocían derechos básicos, también llamados de "primera generación", como la vida, la seguridad, la libertad o la propiedad, las sociedades occidentales modernas, sobre todo en la Comunidad Europea, han ampliado las redes protectoras del Estado, para reconocer derechos de carácter social, ecológico, de diversidad sexual y cultural, etc., mismos que en términos del jurista VASAK[37], han sido clasificados

35 A decir de SAIZ DE BUJANDA, "la idea de igualdad es la expresión lógica del valor justicia; por eso el principio de igualdad es el criterio central en materia de distribución de la carga tributaria y de él se pueden deducir todos los demás", en *Notas de Derecho Financiero,* Tomo I, Vol. 2, Facultad de Derecho de Madrid, Madrid, 1976, pág. 193.

36 PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, Editorial Jus, México, 1970, pág. 217.

37 VASAK, Karel „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977, consultado al 25 de agosto del 2010 en HTTP://ES.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/TRES_GENERACIONES_DE_DERECHOS_HUMANOS"

en tres fases o generaciones[38], en donde deberá proveerse al individuo, además, el respeto y fomento de garantías como el derecho a la seguridad social, derecho al trabajo, a formar sindicatos, nivel de vida adecuado que le asegure la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, salud física y mental, cuidados en la maternidad, infancia o vejez, educación (todas de segunda generación), o el derecho a un medio ambiente sano, derecho a la paz, garantías de manipulación genética, uso de los avances de las ciencias y tecnología, solución de problemas demográficos, derechos del consumidor, libre desarrollo de la personalidad, etc. (de tercera generación).

Desde esta óptica, el acceso a la justicia en un Estado Moderno implica de manera práctica, esta conjunción de los derechos humanos y la igualdad como "valor", ya que la doctrina ha determinado que el concepto de "igualdad", tiene una diversa gama de acepciones y contenidos, y entre otros, destaca en el ámbito del derecho su condición como valor, principio o derecho fundamental.

La concreción de la justicia tendrá que ver pues, con alcanzar los derechos humanos que históricamente, en una sociedad y tiempo determinado, son reconocidos y aceptados por los miembros de un Estado. El Estado tiene como finalidad de su existencia – y se integra como uno de sus elementos – el Bien Común. La concreción del bien común, se da cuando a los gobernados de un Estado se les hace efectivos tales derechos humanos. El poder tributario no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el fin último de la existencia de dicho Estado, que es dicho bien común, y por tanto el ámbito impositivo no puede quedar relegado a la mera cuestión económica, a la potencialidad real de un gobernado para contribuir al gasto público, sino que tomando como presupuesto ineludible dicha capacidad contributiva, el Estado al crear las leyes, debe orientar su función impositiva a la concreción de los derechos humanos, y por tanto, estos últimos serán también medida de la imposición, tanto de manera formal como material.

38 Actualmente se reconocen tres generaciones de derechos humanos. De primera generación, que son aquellos que surgieron como respuesta a los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en occidente. Imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos por parte del ser humano. Debe limitarse a garantizar el libre goce de estos derechos, organizando la fuerza pública y creando mecanismos judiciales que los protejan; Los de segunda generación son los relativos a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, o DESCA, es como son calificados los derechos de segunda y tercera generación en un solo conjunto. Son de una naturaleza diferente a los derechos fundamentales puesto que en su gran mayoría están basados en la libertad positiva o de ejecución externa; aunque unos pocos pueden ser vistos sólo como derivaciones directas o indirectas de los derechos de primera generación; Por su parte, la tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética. Consultado en el sitio web WIKIPEDIA al 25 de agosto del 2010 http://es.wikipedia.org/wiki/Tres_generaciones_de_derechos_humanos

En efecto, el tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, tiene dos ámbitos esencialmente complementarios: el formal y el material. En el primero, se está en una condición de igualdad frente a la ley, para su correcta aplicación, incluso en aquellos casos en que se determinan supuestos de excepción a la norma, en tanto que el ámbito material tendrá que ver con una acción para mejorar *materialmente* las condiciones de vida de los ciudadanos, para que esa igualdad no sea sólo jurídica sino auténtica en su destino, es decir, en su finalidad de que en realidad se obtenga un mayor equilibrio en la distribuciones de las satisfacciones materiales que permiten a todos y cada uno de los individuos, su desarrollo pleno en el ámbito, se insiste, de la obtención de sus derechos humanos fundamentales, que de manera objetiva hacen suponer las oportunidades para alcanzar dicho desarrollo.

Ambos, el ángulo de la igualdad formal y de igualdad material, tendrán una estrecha relación con la justicia fiscal.

Uno de los errores en que la doctrina tradicional mexicana ha incurrido, es desde nuestro punto de vista, darle tanta autonomía al ámbito del derecho fiscal que la consecución de la "justicia fiscal" hacia la cual se dirigen u orientar sus normas, ha generado una separación de otros ámbitos de Estado. Así, se habla de acceder a la justicia fiscal, como si hubiera muchos tipos de justicia; como si la justicia pudiera seccionarse en diversos ámbitos, cosa que no tiene razón de ser, porque la justicia como valor es único.

Creemos que esta exacerbada autonomía pudiera tener origen en la necesidad, al comienzo del desarrollo del derecho tributario como materia de estudio particular, de darle una nota característica: surge la "justicia fiscal", que significará esencialmente que en materia de impuestos, todos están obligados a contribuir a los gastos públicos en razón de sus "proporciones", y por ende, la capacidad contributiva se erige como pilar fundamental – por muchos lo único de la justicia tributaria; sin embargo, los avances de esa misma ciencia tributaria, nos llevan a revalorar ello en nuestros días, porque entonces correríamos el riesgo de otorgarle a la justicia un ámbito limitado y restrictivo, sobre todo al punto de vista económico.

Es por ello que durante mucho tiempo, se ha caído en grandes discusiones sobre la naturaleza, existencia y validez jurídica de la llamada *extrafiscalidad*, porque vista la justicia fiscal como un valor que atiende sólo al orden económico, será la capacidad contributiva, el único y más importante elemento de su acceso; pero en cambio, al ver que la justicia fiscal no debería ser otra cosa que la justicia como pilar del orden social, su alcance hace necesario vincular el tributo a la igualdad como valor y a la medida de dicha igualdad en los derechos humanos, porque a través de ello se alcanza la misma. Así atacaríamos tanto el ámbito formal como el material de la igualdad.

En ese sentido, si la actuación del Estado en la materia tributaria –como cualquier otra actuación en diverso ámbito- debe buscar como fin, el "bien común", y este bien

común se encuentra íntimamente vinculado con el bienestar de la población, concretizado por el reconocimiento, protección, garantía y eficacia de sus derechos humanos de cualquier generación, no vemos por qué la "justicia fiscal", incluyente de la capacidad contributiva, la progresividad o la igualdad como principio concreto, deban tener esto último como la exclusiva medida de la imposición, es decir, los únicos elementos que debe tomar el legislador para la fijación de tributos o los que deben considerar los demás operadores de la norma para declarar su constitucionalidad, puesto que si bien no hacemos menos la trascendencia e importancia del ámbito económico y jurídico que ellas representan, como lo hemos advertido, la actuación del Estado en materia tributaria y cualquier otra, encuentra margen en la búsqueda del bien común y de la concreción de los derechos fundamentales del hombre, y por lo tanto, estos últimos, deben tener influencia en el orden tributario.

Esto es que, frente a la teoría que ha restringido el ámbito de la tributación al ámbito económico por el sólo hecho de que a través de ella el Estado obtiene recursos para el gasto público, y que por tanto, regula la obligación de contribuir al gasto público tomando como base fundamental y medida, la determinada capacidad económica que un individuo posea[39], creemos que el poder tributario de un Estado sólo es parte de un sistema cuya finalidad es el bien común. Cualquiera de las actuaciones del Estado debe tener esa característica, y por tanto, no vemos razón alguna para considerar que el aspecto fiscal debe ser la excepción.

Ahora bien, la igualdad en el ámbito material – es decir, la igualdad de hecho – puede eficazmente ser alcanzada mediante el establecimiento de políticas sociales del Estado, programas que lejos de emitirse bajo el ámbito meramente formal de la igualdad, sirvan para apoyar a los sectores menos desfavorecidos. Aquí encontramos desde luego todas las acciones del estado social.

---

39 Lo que en sí mismo representa ya un enorme avance de la ciencia tributaria, puesto que como lo analizaremos a detenimiento con posterioridad, mediante el recorrido histórico del concepto de la igualdad ha habido diversas etapas en su concepción: A) La Generalidad como criterio de la igualdad: En este momento inicial de la igualdad, la existencia de normas aplicables a todos, sin privilegios, la garantizaba. B) La interdicción de la arbitrariedad como criterio de la igualdad: Dos situaciones serán iguales o diversas, sólo si existe un motivo objetivo y razonable que justifique el tratamiento legislativo diferenciado; y C) La capacidad contributiva como criterio de la igualdad. Y D) En los términos que más adelante los expondremos: Los derechos humanos como medida de la imposición, bajo el presupuesto de la capacidad contributiva. Las primeras tres etapas son advertidas también por García Etchegoyen, Marcos F. en su obra *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 2004. Aunque otros autores como Domínguez Crespo, son más afectos a señalar algunas de ellas, más bien como "acepciones válidas en la idea contemporánea del principio de capacidad económica." En "Una revisión al concepto jurídico-tributario del principio de capacidad económica", en *Temas Selectos de Derecho Tributario*, Rios Granados, Gabriela, Coord. Editorial Porrúa y UNAM, México, 2008, pág. 1–40.

También pueden caber en el acceso a la igualdad de hecho, criterios en la creación, aplicación e interpretación de la norma.

a) En el primer punto, de la creación de la ley, creemos que por tratarse la norma, de la base fundamental de todo sistema jurídico, puede servir tanto en la concreción de la igualdad formal y material. En el primer caso, como posteriormente lo veremos, implicará la prohibición al legislador de hacer categorías y configurar el sustento jurídico del hecho imponible, con elementos arbitrarios o injustificados, lo que será determinado por el operador de la norma a través del juicio de razonabilidad.

Sin embargo, en el segundo punto, que es precisamente el momento de creación de las leyes de un Estado, es innegable que se puede establecer la base normativa para la consecución de la igualdad material, a diferencia del ámbito formal, no es sola una prohibición de arbitrariedad (ámbito negativo), sino la realización de normas que busquen deliberadamente la justicia material (ámbito positivo) en el actuar legislativo.

Esto es que, respecto de la igualdad en la creación de la norma, no se trata sólo de prohibir discriminaciones arbitrarias (lo que como adelante se verá, corresponde a un ámbito formal en la igualdad), sino que vaya más allá, la creación de la norma como auténtico instrumento para acceder a la justicia y a la consecución del bien común concretizado en la consecución de los derechos humanos fundamentales.

b) La aplicación de la norma puede realizarse tanto por el ejecutivo, como por el propio gobernado. En el primer caso, la procuración de la igualdad material se concretará en la emisión de decretos administrativos tendientes a lograr el equilibrio social, tiene desde luego cierta vinculación con las políticas sociales del Estado, en conjunto (sustento jurídico administrativo e implementación de políticas concretas), son una de las herramientas más eficaces del Estado para procurar la igualdad y la justicia material.

En el segundo caso, la aplicación por parte del propio gobernado, un ejemplo lo tenemos en la teoría del "uso alternativo del derecho", es decir, identificando al pobre como categoría de la sociología jurídica y aplicar la norma, buscando de entre las existentes, aquellas que tengan como principio fundamental, la defensa de los derechos del pobre[40], usando el derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de los bienes en sociedad.

c) La igualdad de hecho en la interpretación de la norma. Este tema se vincula con el test de proporcionalidad al que ya hicimos referencia.

40 Cfr. De la Torre, Jesús Antonio, *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Editorial Instituto Cultural de Aguascalientes, México, 1997, pág. 81 y s.s.

V) La igualdad material en los ámbitos del ingreso y gasto estatal.

Finalmente debemos dejar latente que ya en el ámbito fiscal, esta igualdad material puede concretarse tanto al momento de obtener el ingreso, como de realizar los gastos.

Ahora bien, la identificación de la justicia fiscal, dividida en una justicia formal fiscal y material fiscal, resulta uno de los puntos clave para ubicar los principios tributarios constitucionales y la extrafiscalidad, delimitando su específico ámbito de actuación y poder establecer su compatibilidad y más aún, su indispensable complementariedad para el acceso a la verdadera justicia.

En este punto, uno de los errores que hemos advertido tanto de las construcciones doctrinales como de los criterios de los tribunales federales en México, es identificar a la capacidad contributiva (y por tanto a la proporcionalidad y la equidad), con la justicia fiscal, cuando tal identificación, sólo puede ser en todo caso, en un ámbito de la "justicia formal fiscal", porque de lo contrario, se estaría prescindiendo de otros elementos y márgenes de actuación financiera del Estado, que bajo esta concepción tradicional, parecen no tener cabida y como lo venimos ya identificando, son vitales para la auténtica igualdad y justicia en cualquier Estado Social Democrático actual.

La capacidad contributiva, es el fundamento de la imposición, pero no será la única medida. Esto es, que no puede haber un tributo que no recaiga sobre una base de capacidad contributiva o económica, y hasta ahí se le puede identificar como "fundamento" de la imposición. Pero ello es insuficiente para alcanzar una justicia formal fiscal y desde luego material fiscal.

Para llegar a la justicia formal fiscal, será necesaria la existencia de otros elementos adicionales que deben ser identificados en la individual para su mejor comprensión y aplicación, como son los principios de no confiscatoriedad, generalidad, progresividad, y la igualdad ya no como valor, sino como un principio concreto[41]. Pero, además, será necesario vincular todos estos principios, con elementos que nos permitan obtener una auténtica justicia fiscal (formal y material) y eso va a tener concreción, precisamente con la extrafiscalidad, desde el punto de vista material.

La extrafiscalidad, como elemento de un Estado, que lejos de apoyar para la justicia formal fiscal, más bien parte de esta última para alcanzar una mayor justicia. La extrafiscalidad funcionará con mayor eficacia y fuerza, desde este ámbito material porque a través del mismo, el sistema tributario se integra con todo el sistema jurídico de un Estado, para procurar la igualdad como valor, la justicia, y la necesaria consecución de los dere-

41 Al respecto Giménez Glück señala sobre la igualdad "como principio", que "la igualdad es también un derecho subjetivo, lo que contribuye a despejar cualquier duda sobre su normatividad", en *El Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Editorial Bosch, España, 2004, pág. 35.

chos humanos históricos, que son precisamente esos "fines constitucionales protegidos" que busca dicha extrafiscalidad.

A través de la extrafiscalidad, sobre todo desde el punto de vista de los incentivos fiscales, un Estado cuenta de manera más técnica-jurídica, para alentar la igualdad material. La materia impositiva desde esta óptica, no se limita al ámbito recaudatorio, sino que más bien se integra con el orden normativo de un estado, para la consecución de la justicia.

Bibliografía.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Editorial Porrúa, México, 1982.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano,* Editorial Porrúa, 14ª edición, México, 1997.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, 33ª edición, México, 2001.

FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos humanos,* Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho.* Grupo Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1996.

GARCÍA BUENO, Marco Cesar, *El Principio de Capacidad Contributiva a la luz de las principales aportaciones doctrinales en Italia, España y México,* Colección de Estudios Jurídicos, Tomo XVII, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* Editorial Porrúa, 31ª edición, México, 1997.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho,* Editorial Jus, México, 1970.

RIOS GRANADOS, Gabriela, Coord. T*emas Selectos de Derecho Tributario,* Editorial Porrúa y UNAM, México, 2008.

DE LA TORRE, Jesús Antonio, *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho,* Editorial Instituto Cultural de Aguascalientes, México, 1997.

SAIZ DE BUJANDA, "la idea de igualdad es la expresión lógica del valor justicia; por eso el principio de igualdad es el criterio central en materia de distribución de la carga tributaria y de él se pueden deducir todos los demás", en *Notas de Derecho Financiero,* Tomo I, Vol. 2, Facultad de Derecho de Madrid, Madrid, 1976.

Páginas web.

GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Editorial Bosch, España, 2004. HTTP://ES.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/DECLARACI%C3%B3N_DE_LOS_DERECHOS_DEL_HOMBRE_Y_DEL_CIUDADANO.

VASAK, Karel, „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977, consultado al 25 de agosto del 2010 en HTTP://ES.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/TRES_GENERACIONES_DE_DERECHOS_HUMANOS.

HTTP://ES.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/TRES_GENERACIONES_DE_DERECHOS_HUMANOS.

MELGAR MANZANILLA, Pastora, *Proporcionalidad y equidad tributarias a la luz del paradigma de los derechos humanos,* Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, consultado en el sitio web de la propia Universidad al 15 de mayo del 2019.

PAUNER CHULVI, Cristina, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos,* Tesis doctoral consultada en la página web: HTTPS://WWW.TESISENRED.NET/BITSTREAM/HANDLE/10803/10429/PAUNER.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y.

RAMALLO MASSANET, Juan, *Derecho Constitucional y Derecho Financiero.* página 55, consultado al 15 de mayo del 2019 en el sitio web de la Biblioteca Digital de Universitat de les Illes Balears: HTTP://IBDIGITAL.UIB.ES/GREENSTONE/COLLECT/CUADERNOSFACULTADDERECHO/INDEX/ASSOC/CUADERNO/S_1982V0/03P049.DIR/CUADERNOS_1982V003P049.PDF.

VILLACORTA MANCEBO Luis, I*gualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huelas de una tarea inacabada*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, No. 12, 2005, página 158, Consultada en la página web: HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/AUTOR?CODIGO=117063.

Rodolfo González Espinosa

IV. México y la traición a la Constitución social de 1917.

Resumen: La Constitución mexicana de 1917 fue la primera Constitución social de la historia. Por primera vez un país reconocía el especial grado de vulnerabilidad de grupos sociales y no solo de las personas individualmente. A poco más de 100 años de su promulgación y con cientos de enmiendas poco queda del espíritu social de la Constitución, por lo menos en materia penal. El abuso de diferentes figuras como la prisión preventiva, el arraigo y el aumento en las penas solo han conseguido lesionar los mas vulnerables.

Palabras clave: México, Constitución, Prisión Preventiva, Arraigo, Derechos Humanos, Penas.

Abstract: The Mexican constitution of 1917 was the first social constitution in history. For the first time a country recognized the special degree of vulnerability of social groups and not only of individuals. A little more than 100 years after its enactment and with hundreds of amendments, little remains of the social spirit of the constitution, at least in criminal matters. The abuse of different figures such as pretrial detention, short-term detention and increased punishment have only managed to injure the most vulnerable.

Keywords: Mexico, Constitution, Pre-trial Detention, short-term detention, Human Rights, Punishment.

Introducción.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera Constitución social de la historia. Por primera vez el máximo documento normativo de un país reconocía el especial grado de vulnerabilidad de grupos sociales y no sólo de las personas individualmente. A poco más de 100 años de su promulgación y con cientos de enmiendas poco queda del espíritu social de la Constitución, por lo menos en materia penal.

Este artículo analiza críticamente la transición de una Constitución social a una que privilegia el punitivismo excesivo. Con evidencia empírica y análisis normativo, este artículo es novedoso pues si bien ambos temas, Constitución social y populismo penal, han sido ampliamente discutidos, pocos trabajos existen sobre la relación entre éstos.

El artículo se divide en tres partes, la primera describe y explica el nacimiento de la Constitución de 1917, la segunda describe y critica algunas de las instituciones penales que ante su endurecimiento desprotegen a los grupos sociales vulnerables en México. Finalmente, a modo de conclusión, un resumen de los principales hallazgos y retos para el porvenir.

I. La revolución mexicana y el nacimiento de la Constitución de 1917.

Desde su independencia en 1821 México se enfrentó a un sinnúmero de amenazas tanto internas como externas, éstas provenientes de las potencias europeas reacias a reconocer su existencia, de su vecino del norte interesado en expandir su territorio, pero las mas dañinas de todas, sin duda fueron las amenazas internas[1].

La clase política mexicana se dividió entre quienes querían mantener un reino centralizado y quienes preferían una república federalista. La visión de los últimos se impuso, a un costo muy alto pues las guerras devastaron al país entero[2].

En 1857, ante el triunfo del grupo más progresista, se promulgó la Constitución liberal que separaba a la iglesia y al Estado, con lo que daba nacimiento al Registro Civil, incluía una visión de protección al ciudadano a través de las garantías individuales o dere-

1 Vásquez, Josefina Zoraida, *Los primeros tropiezos*, passim.

2 Entre 1821 y 1849 México sufrió guerras internas por golpes de estado e inestabilidad en sus gobiernos, la independencia de los hoy países que conforman Centroamérica, la independencia de Texas, intentos de reconquista por parte de España, invasiones francesas e inglesas y en 1848 fue invadido por EE. UU. perdiendo la mitad de su territorio. Para 1857 los liberales impusieron una Cconstitución de corte liberal que sumió al país en una guerra civil y culminó con el "segundo imperio mexicano" teniendo al archiduque austriaco Maximiliano de Habsburgo en el trono mexicano apoyado por el gobierno de la Francia de Napoleón III. La república fue restaurada en 1867 y con ella la plena vigencia de la Cconstitución liberal de 1857. Para mayor abundamiento v. por todos, AA.VV., Centro de Estudios Históricos, *Historia General de México,* El Colegio de México, 2008.

chos del hombre[3] tales como la proscripción del encarcelamiento por deudas de carácter meramente civil, la consolidación del juicio de amparo, entre otras. Además, estableció la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, la proscripción que "nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento"[4].

A partir de 1877 con la elección de Porfirio Diaz[5] como presidente de la república da inicio al llamado "porfiriato", una dictadura que:

> *Con la venia tácita de la opinión pública, el presidente aúna en su persona el poder. Silencia la oposición parlamentaria. Reduce al mínimo el debate de índole política en los periódicos. Al comienzo de su tercer periodo de gobierno, Díaz es ya un experto en el arte de imponerse y un amante irredimible y extremoso de la autoridad. A poseerla, en exclusiva, dedicará doce horas diarias por muchos años. Durante quince años estará en todos los frentes de la política dando órdenes y recibiendo obediencias. De 1888 a 1903 será el poder sin más, la autoridad indiscutida, la última palabra, el cállese, obedezca y no replique. Será el presidente-emperador*[6].

Porfirio Díaz acumuló en su persona el poder y lo conservó con mano férrea durante cerca de 30 años[7]. Como cualquier otra dictadura, la de Díaz privilegió a un pequeño grupo en detrimento del bien de las mayorías. La superioridad y riqueza de algunos se basó en la inferioridad y pobreza de otros. Durante la dictadura porfirista los capitales extranjeros invirtieron en el país, los hacendados y latifundistas poseían grandes extensiones de tierra y a los obreros, campesinos o "peones" se les trató como individuos de segunda, incapaces y quienes necesitaban la guía y el "cuidado" del patrón[8].

Luego de tantos años en la presidencia y prácticamente con los mismos personajes en todo el espectro político y económico, un creciente número de pensadores se manifestaban por la renovación política del país. Para la sucesión presidencial de 1910, Francisco I.

---

3 Diaz, Lilia, *El liberalismo militante*, 592-594, la autora señala al respecto: "Una conquista del movimiento reformista fue incluir un capítulo de garantías individuales o derechos del hombre, y un sistema jurídico de protección de dichas garantías o derechos. La Constitución de 1857 fue la primera que incluyó un capítulo especial de tal naturaleza. Los autores del proyecto de 1856 consideraron los derechos del hombre como naturales y superiores a la autoridad, a la ley y a la sociedad misma, y no simples limitaciones al poder público", 592.

4 Ibid., 592.

5 González, Luis, *El liberalismo triunfante*, 652–701

6 Ibid. 675

7 Ibid. 675. "El 27 de diciembre de 1890 se anuncia, por bando, que el artículo 78 constitucional ha sido enmendado para permitir la reelección indefinida del presidente".

8 En palabras de González: "Los patronos del progreso se sentían educadores, estaban temerosos de que sus dependientes cayeran en los vicios tradicionales del pueblo, de los que habían sido rescatados, si les concedía tiempo para el ocio. Sólo tareas diarias de quince horas y sólo sueldos que por milagro alcanzaran para el sostenimiento de k familia y de sí mismo, que no permitieran derroches, podían redimirlos de las feas costumbres de la embriaguez, la pereza y la lujuria." Ibid. 683

Madero enarboló la bandera de la no-reelección y enfrentó a Diaz por la presidencia. El gobierno contestó encarcelando a cualquier opositor (incluyendo al propio Madero); como consecuencia, el régimen experimentó una crisis generalizada ante la imposibilidad de resolver pacíficamente la sucesión presidencial; las aspiraciones de las clases medias y de los sectores populares (que representaban a la enorme mayoría); el agotamiento del régimen oligárquico, y el complejo contexto internacional de aquellos días[9].

La Revolución Mexicana fue un amplio y complejo movimiento social, algunas de cuyas causas se remontaban varios siglos[10]. La propiedad y tenencia de la tierra, la explotación de los obreros y trabajadores en general, así como la ausencia de respeto a los derechos básicos establecidos en la Constitución sirvieron de caldo de cultivo para el levantamiento armado[11].

Al triunfo de la revolución el gobierno de Venustiano Carranza convocó al congreso constituyente para la reforma y promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Naturalmente la intención fue la de incorporar todas aquellas banderas sociales que nutrieron durante años al movimiento, en primer lugar, reconociendo que los derechos individuales que la Constitución de 1857 declara que son la base de las instituciones sociales, fueron conculcados de una manera casi constante por los diversos gobiernos que desde la promulgación de aquella se han sucedido en la República[12].

La reforma agraria enarbolada por los campesinos y la reforma laboral promovida por los sindicatos fueron parte toral en las discusiones[13], sin embargo, nosotros nos centraremos en la reforma al sistema de justicia penal. En este aspecto, el constituyente pretendió reivindicar el espíritu liberal de la Constitución de 1857 reconociendo que las fallas en el sistema se debieron a los excesos y las interpretaciones de las autoridades en detrimento de los gobernados[14].

---

9 Garciadiego, Javier, *Textos de la Revolución Mexicana*, IX. Así mismo v. Friedrich Katz, México: la restauración de la República y el Porfiriato, 1867–1910, en Bethell, Leslie (ed.), *Historia de América Latina*, Barcelona, Editorial Crítica, 1992 (16 v.), v. 9.

10 Sobre todo, cuando se habla de explotación y desigualdad.

11 La revolución mexicana es un proceso por demás complejo que no es apropiado ser discutido en este artículo, para abundamiento al respecto v. AA.VV., Centro de Estudios Históricos, *Historia General de México,* El Colegio de México, 2008; Tobler, Hans Werner, *Die mexikanische Revolution. Gesellschaftlicher Wandel und politischer Umbruch*. 1876–1940, Kassel, Suhrkamp, 1984.

12 Discurso de Venustiano Carranza, en Garciadiego, Javier, *Textos de la Revolución Mexicana*, 455.

13 Cfr. Valadés, Diego, *La Cconstitución reformada*.

14 Discurso de Venustiano Carranza, passim, reconoce además que: "El artículo 20º de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.", *op. cit.*, 455.

Es importante destacar tres aspectos fundamentales de la Constitución de 1917 en este respecto. El primero de ellos consiste en la naturaleza misma del proceso penal. Para 1917 el procedimiento penal esencialmente se mantenía sin cambios desde la colonia[15]. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de los que el acusado no debía tener conocimiento, de una naturaleza claramente kafkiana; naturalmente en esa lógica se restringía el derecho de defensa, impidiendo al acusado y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, finalmente, la dinámica del proceso dejaba al arbitrio de los funcionarios judiciales tales como escribientes la "interpretación" de las declaraciones, ya que aunque muchos testigos y declarantes afirmaban reconocer el contenido de lo que se escribía eran en realidad analfabetas y, por lo tanto, no podían defenderse debidamente[16].

En ese sentido el art. 20 de la CPEUM de 1917 amplió las garantías de todo acusado, entre ellas la libertad bajo caución inmediatamente que el acusado lo solicite, siempre que el delito no merezca pena mayor de cinco años de prisión; el juicio se realizaría mediante una audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos; se le facilitarían todos los datos que solicitara para su defensa y que constaren en el proceso; se establecería por primera vez un plazo para tramitar el juicio, así se establece en la fracción VIII que todo acusado deberá ser juzgado antes de cuatro meses o antes de un año dependiendo de la pena máxima. Así mismo, niega categóricamente la posibilidad de prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso, computándose para la compurgación de la pena, además el tiempo de la detención[17].

15 Es necesario destacar que en el texto original de la Constitución de 1857 se establecía en el art. 20 las garantías de todo acusado: "*En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: 1ra. que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere: 2ª. que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté á disposicion de su juez: 3ª. que se le carée con los testigos que depongan en su contra: 4ª. que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos: 5ª. que se le oiga en defensa por sí, ó por persona de su confianza, ó por ambos, segun su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, ó los que le convengan (sic)*." Texto completo original consultable en HTTP://WWW.ORDENJURIDICO.GOB.MX/CONSTITUCION/1857.PDF (25.4.2019)

16 Discurso de Venustiano Carranza, "El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa, impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor". *op. cit.*, 462

17 Art. 20 de la Constitución de 1917: En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: I – Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho [continua en la siguiente pág.]

El segundo, se trata de la prisión preventiva y la función jurisdiccional. En el caso de la prisión preventiva, si bien es cierto existía la figura de la libertad bajo caución, ésta dependía del arbitrio del juez y la mayoría de las veces se negaba a concederla, sobre todo porque su decisión no debía motivarse ya que la ley le concedía dicha potestad[18]. En el caso de la función jurisdiccional, la herencia de un sistema inquisitivo permitía que el juez recibiera las denuncias, investigara, recibiera las pruebas y finalmente sentenciara; tenía a la policía, llamada judicial, bajo su mando y no existía ningún control sobre su labor[19]. La perversión del sistema de justicia llegaba a tal grado que en muchas ocasiones los acusados eran privados de su libertad por mayor tiempo incluso que el de la pena a la que serían

[continuación de nota a pie 17] delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla. II. – No podrá ser compelido a declarar en su contra, por la cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto. III. – Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria. IV. – Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa. V. – Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso. VI. – Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación. VII. – Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. VIII. – Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo. IX. – Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite. X. – En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

18 Discurso de Venustiano Carranza, "La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia". *op. cit.*, 462.

19 Discurso de Venustiano Carranza, "Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura." *op. cit.*, 463.

sentenciados[20]. Por lo tanto, se reformó el art. 19 para establecer límites a las detenciones decretando un máximo de tres días y garantizando que en ese tiempo se exprese al acusado el delito que se imputa, las circunstancias de tiempo, lugar y ejecución[21]. Con ello, se pretendió acabar con las prácticas corruptas tan comunes para la época donde los hacendados y latifundistas simplemente acusaban al campesino o trabajador de cualquier delito, por insignificante que fuera, y con algo de dinero al juez de la causa, podía conseguir que el campesino permaneciera durante años en prisión.

El tercero es el de la institución del Ministerio Público (MP) pues sus atribuciones, a pesar de encontrarse delineadas constitucionalmente, más bien lo circunscribían a un ámbito administrativo distinto del penal, aunque por otro lado le concedía la autoridad de decretar privaciones de libertad como sanción[22]. Ante la falta de límites institucionales dichas sanciones administrativas representaban verdaderas penas corporales[23].

Por lo tanto, la CPEUM de 1917 reconoce en su art. 21 que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y a la autoridad administrativa la de castigar la infracción de los reglamentos, que solo da lugar a penas pecuniarias y no a reclusión. Se dota al MP de la facultad de persecución de los delitos con lo que se garantiza el monopolio de la acción de la justicia[24].

---

20 Discurso de Venustiano Carranza, "Finalmente, hasta hoy no se ha expedido ninguna ley que fije, de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales, lo que ha autorizado a los jueces para detener a los acusados, por tiempo mayor del que fija la ley al delito de que se trata, resultando así prisiones injustificadas y enteramente arbitrarias". *op. cit.*, 462-3.

21 Art. de la Constitución de 1917: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

22 El texto original de la Cconstitución de 1857 establece: *"Art. 21. La aplicacion de las penas, propiamente tales, es esclusiva de la autoridad judicial. La política ó administrativa solo podrá imponer, como correccion, hasta quinientos pesos de multa, ó hasta un mes de reclusion, en los casos y modo que espresamente determine la ley (sic.)."* Discurso de Venustiano Carranza, "El artículo 21º de la Constitución de 1857 dio a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modo que expresamente determine la ley, reservando a la autoridad judicial la aplicación exclusiva de las penas propiamente tales. *op. cit.*, 463.

23 Discurso de Venustiano Carranza, "Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa se consideró siempre en posibilidad de imponer sucesivamente y a su voluntad, por cualquiera falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no terminaba en mucho tiempo." *Op. cit.* 463.

24 Art. 21 de la Constitución de 1917: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía; el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días. Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana.

La "justicia social" fue el centro de la discusión, el punto de partida y la meta que la revolución mexicana y los gobiernos que emanados de ella pretendieron alcanzar, la CPEUM fue tan sólo el vehículo en que la sociedad mexicana la conseguiría. Los campesinos, los obreros, los pobres y los millones de personas que se encontraban en estado de vulnerabilidad sintieron que por primera vez su situación cambiaría.

II. México y su sistema de justicia penal.

La CPEUM de 1917 pretendió otorgar garantías procesales y sanear el uso de la fuerza en todo el país, sobre todo proteger a los campesinos, trabajadores y la gran mayoría que por su pobreza y la desigualdad en la que vivían fueron explotados durante la dictadura. Constantes enmiendas tanto a la Constitución como a sus leyes secundarias, algunas representando grandes avances[25] y otras, enormes retrocesos[26] modificaron significativamente la intención original del legislador. El triunfo de la revolución y el principio de no-reelección cambió la dinámica política del país, los mexicanos vivieron una democracia formal bajo los gobiernos postrevolucionarios aunque con el paso del tiempo, la anquilosada maquinaria de un partido autoritario hegemónico[27] pervirtió el espíritu de la CPEUM generando redes clientelares y en materia de seguridad pública el uso faccioso de los servicios de inteligencia del Estado[28]. Como resultado, actualmente el 72.1% de las personas privadas de la libertad sólo accedieron a la educación básica[29], es decir, la mayoría de las personas en

25 Entre ellas podemos destacar la de 2008 en materia de justicia penal y la de 2011 en materia de Derechos Humanos Fundamentales, v. García Ramírez, Sergio, Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre los derechos humanos (2009–2011)*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2012.

26 Cfr. Valadés, Diego, *op. cit.*, passim y Fix-Fierro, Héctor, *Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México.* Consultable en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/20.pdf (25.4.2019)

27 Al partir de 1929 la "familia revolucionaria" decide encausar por la vía política el acceso al poder, por lo que funda el partido que hubo de gobernar México entre 1929 y el año 2000. Son ampliamente conocidos los mecanismos empleados por el partido para mantenerse en el poder y evitar la democratización del país. Junto con un brazo político e institucional en muchas ocasiones emplearon a las instituciones penales con fines de represión política. Para mayor abundamiento v. especialmente González Casanova, Pablo, *El estado y los partidos políticos en México, México,* Ediciones Era, 8ª reimpresión, 2006 y Alcántara, Manuel; Freidenberg, Flavia, *Partidos políticos de América Latina, Centroamérica, México y República Dominicana*, México, Fondo de Cultura Económica e Instituto Federal Electoral, 2003.

28 En el marco de la guerra fría el estado mexicano orientó a las instituciones de investigación e inteligencia para realizar labores de control social y político, es decir, el estado no se preocupaba por la detención de los delincuentes ya que éstos no constituían una amenaza para el sistema de la forma en la que los opositores y líderes políticos sí. Cfr. García Luna, Genaro, *Para entender el nuevo modelo de seguridad para México.* V. González Espinosa, Rodolfo, *La criminalización de la protesta y el derecho penal mínimo en México*, 2017.

29 ENPOL 2016, consultable en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825093594.pdf

prisión siguen siendo aquellos con menos oportunidades y quienes aún no experimentan la "justicia social" prometida.

Ahora bien, como sabemos, el derecho penal es la rama del Derecho mediante la cual el Estado se encuentra legitimado para defender, por medio de la fuerza, los derechos de sus ciudadanos. Con esto, por un lado, mantiene un monopolio que evita la venganza y por otro, mediante un sistema de normas explicitas, tasadas y precisas, puede perseguir y sancionar las conductas que resulten reprochables para su población.

Hasta aquí, la existencia del Derecho Penal está legitimada. Sin embargo, en México, una cosa ha sido la legitimidad con la que cuenta el Estado y otra las herramientas para cumplir con esa tarea. El problema deriva cuando el Estado emplea al derecho penal como su *prima ratio* y pretende resolver los problemas sociales con el uso del *ius punendi*.

Particularmente en la década de 1970 el número de conductas tipificadas como delito aumentó drásticamente incluyendo tipos penales como la "vagancia" y "malvivencia"[30], delito para cuya acreditación bastaba que los "malos" antecedentes del acusado quedaran comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policiacas de la investigación, y la carga de la prueba era revertida al propio acusado para que demostrara que al momento de ser aprehendido se dedicaba a un trabajo honesto[31]. En otros casos como los de sedición y motín se llegó al extremo de sancionar la realización de una manifestación pública y pacífica para reivindicar un derecho con pena privativa de libertad[32].

Esta tendencia a resolver los conflictos sociales con el derecho penal y cuando éste se ve rebasado a endurecer las penas es conocida como populismo o punitivismo penal[33]. En primer lugar, debemos entender que el populismo penal es una ideología y como tal, es una forma de "comportamiento-pensamiento" que determina la forma en que los individuos y los grupos responden y actúan en el mundo. Funciona como "un conjunto de ideas, creencias, opiniones y valores" que "compiten por proporcionar y controlar planes de políticas públicas con el objetivo de justificar, impugnar o cambiar los arreglos y procesos sociales y políticos de una comunidad política"[34].

En México, el poder punitivo del Estado, lejos de circunscribirse a la CPEUM, los tratados internacionales y las leyes orgánicas constitucionales ha buscado interpretaciones

30 López Betancourt, Eduardo, *Delitos en Particular,* T. III, 20.

31 V. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917–1988, Segunda Parte, Jurisprudencia 2017, 3240.

32 V. González Espinosa, Rodolfo, *La criminalización de la protesta y el derecho penal mínimo en México,* 2017.

33 Loader, Ian / Sparks, Richard, *Penal Populism*, 98.

34 Freeden, Michael, *Ideology*, 32.

que legitimen su actuar contrario a los Derechos Humanos Fundamentales,[35] incluso ante condenas internacionales[36].

Por cuestión de espacio a continuación presentaremos tres de las figuras más problemáticas que emplea el Estado mexicano, el arraigo, el aumento injustificado en las penas y el uso de la prisión preventiva oficiosa.

A) Arraigo.

El arraigo ha sido una figura ampliamente discutida en México, pero ha sido considerada más bien sinónimo de violaciones a Derechos Humanos Fundamentales[37]. El arraigo es una medida precautoria, dictada por el juez a petición del MP, cuando hubiere temor de que imputado se ausente u oculte.

La figura nace en México en julio de 1977 a partir del establecimiento de acuerdos dictados por el entonces procurador de Justicia del DF.[38] El primero fue decretar el arraigo

35 En una interpretación que realizó el pleno de la SCJN declara que "del artículo 133 claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la „Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales" en SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, abril de 2007; Pág. 6. P. VIII/2007. En este sentido, la jurisprudencia de la SCJN ha determinado que el arraigo, por ejemplo, a pesar de ser contrario a los tratados internacionales suscritos por México, al encontrarse prescrito en la CPEUM debe mantenerse vigente.

36 Los casos más relevantes ante la CorIDH han sido González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009. V. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, L*os feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero,* México, Porrúa, 2011; Medina Rosas, Andrea, *Campo Algodonero*, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez A. C., CLADEM, México, 2010; Gómez Robledo Verduzco, Alonso, *Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México,* CIDH. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, en Cuestiones Constitucionales, IIJ-UNAM, México, julio-diciembre de 2010, 245–268. Radilla Pacheco vs. México, sentencia del 23 de noviembre de 2009. V. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrúa-UNAM, 2011; *caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2010.

37 De acuerdo con los datos del documento "Carpeta de indicadores y tendencias sociales número 13", de la Cámara de Diputados, las medidas de arraigo aplicadas entre 2008 y 2010 han propiciado que se presenten ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) al menos 120 quejas. De éstas, 38 % se relacionan con una probable detención arbitraria, 41 % con presuntos casos de tortura u otros tratos crueles o inhumanos, y 26 % reclamaban tanto una detención arbitraria como tortura. Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, Arraigo judicial: datos generales, contexto, temas de debate, en Carpeta de indicadores y tendencias sociales, núm. 13, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, noviembre de 2011. V. Esparza Martínez, Bernardino, *El arraigo. Argumentos para su derogación constitucional*, México, INACIPE, 2014.

38 Cfr. *Antecedentes del arraigo,* consultable en http://www.bibliotecadigital.uson.mx/pagindice.aspx?tesis=19602 (25.4.2019).

por delitos culposos cuya pena no excediera de cinco años de prisión. Después, evolucionó hasta ser legalizado en el artículo 270 bis del Código Procesal Penal del Distrito Federal[39]. Posteriormente, se llevó a los demás códigos procesales del país, en el CFPP se estableció un término de cuarenta días[40] aunque éste variaba de Estado en Estado[41].

En 2008 fue elevado a rango constitucional sólo para el delito de delincuencia organizada.[42] En la realidad esto significó que el MP en muchos casos detenía para investigar y no investigaba para detener. Es decir, comúnmente el MP detenía a una persona que consideraba sospechosa, le imputaba el delito que ameritara la medida de arraigo y a partir de 2006, delincuencia organizada[43], para después investigarla, en muchas ocasiones bajo tortura[44].

El delito de delincuencia organizada ha sido utilizado en muchos casos para justificar la ineficiencia de los MP, ya que partiendo de la premisa de que las organizaciones criminales habían comenzado a controlar, articular y administrar al hampa común y de esa manera, delitos del orden común, como el robo, comenzaban a tener conexión con el crimen organizado y a servir como soporte financiero a sus estructuras[45]. Es decir, para el

39 Art. 270 Bis. CPPDF: Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

40 Art. 133 Bis. CFPP: La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

41 Es de mencionarse que actualmente todos los códigos procesales penales fueron derogados y en su lugar se aplica el CNPP que no contempla la figura del arraigo, aunque ésta se encuentra establecida constitucionalmente.

42 D.O.F. 18 de junio de 2008, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM, art. 16: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

43 Para García Luna.

44 Entre ellos el caso más connotado que no solo atrajo la atención internacional, sino que incluso generó un conflicto diplomático fue el de Florence Cassez v. González Espinosa, Rodolfo, *Candil de la calle y obscuridad de la casa. México frente al caso Cassez y el caso Avena*, Tercer Congreso Internacional de Investigación Social, México, UAEH, 2014.

45 García Luna, Genaro, *Para entender el nuevo modelo de seguridad*, 22.

gobierno en turno prácticamente todos los delitos estaban relacionados con la delincuencia organizada, por lo tanto incluso la mayoría de los delitos de alto impacto recibieron el tratamiento también de delincuencia organizada[46].

Recientemente la Cámara de Diputados votó por la eliminación de la figura del arraigo en el primer semestre del 2018 y envió la propuesta a la Cámara de Senadores para su discusión y eventual aprobación, sin embargo, la iniciativa no se discutió y sigue estando vigente.

B) El aumento desproporcionado en las penas.

Por otro lado, en México se desarrolló una creciente política de aumentó a las penas, considerando que, ante una mayor punibilidad, los delincuentes se verían persuadidos a no delinquir. Incluso, un grupo parlamentario intentó reimplantar la pena de muerte[47]. Bajo argumentos tales como que la impartición de justicia y las condenas no arrojan una sanción ejemplar que sugiera la disminución en la comisión de los delitos, sino por el contrario, sugiere este argumento, se tiene la certeza que las penitenciarías son "escuelas para delincuentes", se deben analizar otras alternativas que reduzcan efectivamente la comisión de delitos y con ello aumenten los niveles de seguridad[48].

A partir de 2006, y bajo la premisa de que los delincuentes comienzan a cometer delitos de bajo impacto, como robos a transeúntes, y van escalando a delitos como robos a casa-habitación y robos de valores, hasta llegar a la comisión de crímenes de alto impacto, como el secuestro, lo que dieron en llamar "pirámide de la evolución delictiva"[49], el Estado mexicano decidió aumentar sustantivamente las penas por los delitos que consideraban más graves. Así, en el caso de delincuencia organizada, quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, una pena de veinte a cuarenta años de prisión y de

---

46 Según datos de la Comisión Nacional de Seguridad para 2004 había 193,889 personas privadas de la libertad, cifra que aumentó a 210,140 para 2006 y desde entonces a mantenido un aumento sostenido, pues para 2014 la cifra fue de 255,638; consultable en: https://www.gob.mx/prevencionyreadaptacion (25.4.2019) al 32.5.2018 hubo 203,364 personas privadas de la libertad, de las cuales el 39 % se encuentran esperando ser juzgadas. Por otro lado, según la ENPOL a nivel nacional se estima que el 9.4 % de la población privada de la libertad en 2016 fue arrestada en ese mismo año, mientras que el 18.4% fue arrestada durante 2008 o antes, consultable en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825093594.pdf

47 Gaceta del Senado, 19.2.2009, LX/3SPO-333/19480;
consultable en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/19480

48 Iniciativa de ley presentada por el diputado Jesús Gilberto Rodríguez Garza, integrante de la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión el 13.6.2018, consultable en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2018-06-20-1/assets/documentos/Inic_Dip.Jesus_Art22_CPEUM.pdf (25.4.2019).

49 García Luna, Genaro, *Para entender el nuevo modelo de seguridad*, 22–23.

quinientos a veinticinco mil días multa; a quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa[50]. En el caso de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro (LGPDS) estableció una pena de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, por el delito de secuestro[51] y de cuarenta a setenta años de prisión y de seis mil a doce mil días multa si la víctima es privada de la vida[52]. En el caso de la desaparición forzada, las penas oscilan entre los 25 a 50 años cuando se trate de particulares y de 40 a 60 años cuando se trate de un servidor público[53].

Sin embargo, los datos prueban que el diagnóstico fue el equivocado, pues según el Observatorio Nacional Ciudadano Seguridad, Justicia y Legalidad con datos de la Comisión Nacional de Seguridad, febrero de 2019 se colca con la octava mayor cantidad de víctimas por homicidios dolosos (2,796) y feminicidio (75) desde 2014, con un total de 2,871 víctimas; el total de víctimas por secuestro, en febrero de 2019, fue de 169, de las cuales, en el fuero común se registraron 141 y en el fuero federal 28, siendo el mes con la séptima mayor incidencia desde que se publican registros del fuero federal, es decir, desde 2015[54].

Según los datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, con los más de 8,400 homicidios cometidos, el primer trimestre de 2019 ha sido el mas violento del que se tenga registro[55]. Por lo tanto, la política de aumento en las penas no ha frenado la comisión de delitos y, por el contrario, ha aumentado la percepción de impunidad[56].

---

50 Art. 4º LFDO Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes: I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 20. de esta Ley a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

51 Art. 9 LGPDS. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán: I. De veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de (...).

52 Art. 11 LGPDS. Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a éstos una pena de cuarenta a setenta años de prisión y de seis mil a doce mil días multa.

53 Art. 30 LGMDF. Se impondrá pena de cuarenta a sesenta años de prisión, y de diez mil a veinte mil días multa a las personas que incurran en las conductas previstas en los artículos 27 y 28. Art. 31 LGMDF. Se impondrá pena de veinte a treinta años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa a quien omita entregar a la autoridad o Familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición forzada de personas durante el periodo de ocultamiento, a sabiendas de tal circunstancia.

54 Observatorio Nacional Ciudadano Seguridad, Justicia y Legalidad. Reporte Sobre Delitos de Alto Impacto. 2019, consultable en: http://onc.org.mx/wp-content/uploads/2019/04/RMensual-feb19.pdf (25.4.2019).

55 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 20.4.2019, consultable en: https://drive.google.com/file/d/1i3aoHuF6fQFmBNgl2UlXCTctRQwQd2lt/view (25.4.2019).

56 Según México Evalúa, existe una impunidad del 87.3 % en promedio en el país. Cfr. México Evalúa, *Hallazgos* 2017.

C) Prisión preventiva oficiosa.

Finalmente, la prisión preventiva oficiosa, una medida cautelar impuesta por el legislador, que en los últimos tiempos en México se ha empleado como una medida de uso cotidiano, limitando las capacidades investigativas del MP[57].

Como su nombre lo indica, la prisión preventiva oficiosa consiste en mantener detenida a una persona sospechosa mientras es juzgada y es oficiosa porque el Juez tiene que decretarla siempre que se trata de algún delito contemplado en el artículo 19 constitucional[58], es decir, el juez no necesita escuchar las razones del MP, las circunstancias del supuesto hecho delictivo o las condiciones personales del sospechoso, sino que basta con que a criterio de la fiscalía exista un delito y la persona sea sospechosa de su comisión para que ésta sea encerrada hasta que se le dicte una sentencia absolutoria. En la práctica, los procesos pueden durar años antes de obtener una sentencia[59].

La prisión preventiva no es una figura exclusivamente mexicana, existe en casi todos los sistemas penales del mundo. Sin embargo, su estructura y su ejecución en México es lo que la hace particularmente alarmante[60].

Bajo premisas tales como evitar que un sospechoso se sustraiga a la acción de la justicia, dañe o atente contra la víctima u obstruya la investigación que se sigue en su contra, sistemáticamente se ha pretendido defender esta figura.

Sin embargo, uno de los primeros desafíos que supone es la confrontación con el principio de inocencia, por lo que resulta imposible sostener su legitimidad. Es por ello que se han propuesto establecer principios y presupuestos que tienen por objeto restringir

---

57 Para México Evalúa, "El síntoma del poco uso de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva evidencia el problema estructural que exhibe el análisis de la información recabada: la ausencia de una visión sistémica en la operación del SJP", *Hallazgos*, 99.

58 La reforma publicada el viernes 12 de abril de 2019 en el D.O.F. decreta un aumento en los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa para quedar de la siguiente forma: Art. 19 CPEUM. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

59 Según datos de la ENPOL, 43.4 % de la población privada de la libertad en 2016 que se encuentra en proceso de ser sentenciada, ha permanecido recluida en al menos un centro penitenciario durante más de dos años. Por otra parte, 10.8 % de dicha población lleva 6 meses o menos en espera de obtener su sentencia.

60 Según datos de México Evalúa, continúa la tendencia de los ministerios públicos de solicitar exclusivamente que se dicte prisión preventiva y subutilizar las más de 16 medidas cautelares alternas contempladas en el CNPP.

su utilización, a fin de que su procedencia quede limitada a los casos en los que resulta verdaderamente indispensable, para ello hablaremos brevemente de los siete principios limitadores que rigen a esta figura[61].

El primer principio limitador indica que los únicos fines legítimos que pueden habilitar el uso de la prisión preventiva (en un Estado de derecho) son aquellos que tienden a proteger al proceso penal de ciertos peligros generados por la conducta del imputado[62]. Por su parte, Binder afirma que el aparato estatal, que cuenta con fiscales, policías y jueces, por lo que tiene más posibilidades de proteger el proceso de las que tiene el imputado para dañarlo. En consecuencia, sostiene que el Estado no puede cargar contra el acusado su ineficacia para proteger el proceso y mucho menos puede hacerlo a costa de su libertad[63].

Del mismo modo, Bovino se pregunta si estaría justificado el encarcelamiento preventivo en el caso de que el imputado pudiera probar que desde la prisión – tal vez por pertenecer a un grupo delictivo – contase con las mismas posibilidades de entorpecer el proceso que desde afuera[64]. Ferrajoli advierte que el peligro de fuga está provocado, más que, por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Considera que, si al imputado se le garantizara su libertad durante el proceso, tendría el máximo interés en asistir al juicio a fin de poder ejercer de forma plena su derecho de defensa[65].

En la misma tesitura, Bigliani y Bovino advierten que los peligros procesales no se presumen. Sostienen que para que la verificación de la existencia de un peligro procesal resulte razonable, se requiere la constatación efectiva de circunstancias objetivas, cuya existencia deberá ser demostrada en virtud de la incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco de un proceso penal para el caso concreto[66]. Bovino sostiene que, por tratarse de predicciones sobre el comportamiento, éstas no pueden ser demostradas ni refutadas, y por consiguiente, su legitimidad es dudosa en todos los casos[67].

El segundo principio, es el de la excepcionalidad. En virtud de la gravedad de esta medida coercitiva, su utilización debe limitarse a situaciones en donde su aplicación

61 Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en Las Américas, CIDH, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/13, 30.12.2013, consultable en: HTTP://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/PPL/INFORMES/PDFS/INFORME-PP-2013-ES.PDF (25.4.2019).

62 SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, 116.

63 BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 199.

64 BOVINO, Alberto, *Contra la inocencia*, 107.

65 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 558.

66 BIGLIANI, Paola / BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, 35.

67 BOVINO, Alberto, *Contra la inocencia*, 102.

resulte indispensable, y siempre que no sea posible asegurar los fines del proceso con medidas menos gravosas para el imputado.

El tercer principio es aquel que requiere la verificación del mérito sustantivo. Para que proceda legítimamente la privación de la libertad durante el proceso penal, deben existir medios de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho que se investiga. El Estado no puede privar de la libertad a los individuos sin, por lo menos, demostrar que tiene ciertos elementos de prueba que indican que existe una alta posibilidad de que aquellos hayan participado en un delito.

El cuarto principio es el control judicial de la prisión preventiva, destinado a limitar su utilización. Es necesario que los tribunales controlen el respeto de ciertas normas referidas a la ejecución de la medida, sobre todo el respeto a los Derechos Humanos Fundamentales de los imputados.

El quinto de los principios es el de proporcionalidad. La privación de la libertad durante el proceso no puede superar en gravedad a la pena que tiene el imputado. Bovino sostiene que la proporcionalidad es una consecuencia derivada del principio de inocencia, dado que exige que los procesados sean tratados como inocentes, o en su defecto, no reciban un trato peor que los condenados[68].

El sexto principio es el de la provisionalidad. Para que la prisión preventiva continúe vigente, deben subsistir todos los requisitos precedentemente citados que habilitan su utilización. La mera desaparición de alguno de los presupuestos torna en la privación de la libertad del imputado.

El séptimo principio es el límite temporal que tiende a restringir la utilización de la prisión preventiva. De no contar con un límite temporal efectivo, respecto del plazo de duración de la medida coercitiva, carecerían de sentido todas las limitaciones al instituto estudiado. Binder sostiene que, si el Estado opta por utilizar una medida tan extrema para llevar adelante el proceso penal, consiguientemente, éste adquiere la obligación de maximizar sus recursos a fin de que el proceso se desarrolle lo más rápido posible. El Estado cuenta con un lapso limitado a fin de proteger el proceso mediante la prisión preventiva[69].

Después de lo anterior es claro que la decisión del Estado mexicano que determina que algunos delitos ameritan prisión preventiva de forma oficiosa es contrario a sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, es importante reseñar brevemente el trayecto que la prisión preventiva a realizado por el orden jurídico mexicano, pues su utilización se ha consolidado a lo

68 Bovino, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos*, 457.

69 Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 201.

largo de los años y no es obra de un cambio en la política criminal sino un reforzamiento de las añejas prácticas mexicanas.

Y en la CPEUM de 1917 se estableció la figura cuando la pena fuera mayor a cinco años[70]. En 1948 el congreso federal aprobó la prisión automática para todos los delitos cuya media aritmética de la pena fuera superior a cinco años[71], para 1993 por primera vez se habla del concepto "delitos graves"[72] y se les asigna la prisión automática; a partir de 2008 se incorporó a la Constitución un catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa[73], finalmente, en abril de 2019 se amplió el catálogo de estos delitos[74].

Por lo tanto, en lugar de que el Juez que conozca de un delito debiera ponderar si al dejar en libertad al sospechoso existe un riesgo real de que éste ponga en peligro la investigación o a la víctima y en caso en contrario, buscara alguna alternativa tal como una caución o fianza, obligar al sospechoso a firmar periódicamente para cerciorarse que no se escape, prohibirle asistir a determinados lugares o acercarse a determinadas personas, con la consecuencia de que su incumplimiento conllevaría otra sanción, el Juez está obligado a imponer la prisión preventiva de forma oficiosa. Como consecuencia, para el año 2018 de 203,364 personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios mexicanos, el 39 % se encuentra en prisión preventiva[75].

---

70 V. *supra* I.

71 Es decir, comparativamente con el texto constitucional original, el legislador aumentó el catálogo pues incluye aquellos delitos cuya media aritmética superara los cinco años, mientras que la Constitución sólo contemplaba los delitos cuya mayor punibilidad fuera de cinco años en adelante.

72 Se trata de un catálogo de delitos que determinados en cada código penal ameritaban una mayor sanción. v. García Ramírez, Sergio; Adato Green, Victoria. *Prontuario del proceso penal mexicano*, T. I, México, Porrúa 2004 y García Ramírez, Sergio, Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre los derechos humanos (2009–2011)*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2012.

73 D.O.F. 18 de junio de 2008, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM, art. 19: "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud." Consultable en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008 (25.4.2019).

74 D.O.F. 18 de abril de 2019, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM, art. 19: "...El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud."

75 Según datos de la Comisión Nacional de Seguridad al 31.5.2018, consultable en: https://www.gob.mx/prevencionyreadaptacion (25.4.2019).

De nueva cuenta, la aplicación de esta figura afecta a los más vulnerables, por ejemplo, pensemos en el delito de robo a casa habitación, donde comúnmente los imputados resultan ser trabajadoras domésticas, jardineros o albañiles, los mismos que fueron atropellados durante la dictadura porfirista y para los cuales el constituyente de 1917 pretendía hacer justicia.

III. Conclusiones.

Como ha quedado expuesto a lo largo del artículo, el origen de la CPEUM de 1917 fue la revolución mexicana, que fue tan solo el resultado de años de explotación, desigualdad e injusticias a las que los principales grupos vulnerables en México habían estado expuestos.

Al presentar la iniciativa, Venustiano Carranza afirmó que ninguna ley es perfecta, todas son perfectibles[76] y es patente la intención del constituyente de 1917 sobre las limitaciones de su proyecto, sin embargo, las limitantes de su época no son obstáculo para ampliar el catálogo de derechos y prerrogativas de los ciudadanos.

La CPEUM de 1917 cristalizó los sempiternos anhelos del pueblo mexicano de una sociedad con mayor igualdad, sin embargo, la perversión de la clase gobernante, la indolencia y la ausencia de una política criminal han generado una pérdida de dichos principios, por lo menos en materia político-criminal. Figuras como el arraigo, la prisión preventiva oficiosa y el aumento de las penas lejos de resolver la situación de violencia en el país solamente han servido para ampliar el número de personas privadas de la libertad, muchas de ellas parte del mismo grupo que fue vulnerado antes de la revolución.

México traiciona el espíritu de la CPEUM de 1917 cada vez que un juez impone una prisión preventiva o cada vez que un legislador propone endurecer penas en lugar de buscar alternativas y articular una política criminal que permita enfrentar a los diversos grupos criminales, las diferentes manifestaciones de los delitos y al mismo tiempo proteger a los grupos vulnerables y evitar, en un futuro próximo, ser sancionado internacionalmente por violar Derechos Humanos Fundamentales.

El camino que esta siguiendo el Estado mexicano con la creación de una Guardia Nacional, la ampliación de las competencias de militares en la seguridad pública, la eliminación de las policías civiles y la negativa a usar todas las herramientas que la ley ya ha establecido no auguran un mejor desenlace de la tragedia que México ha vivido.

---

76 *Discurso de Carranza*, op. cit., "No podré deciros que el proyecto que os presento sea una obra perfecta, ya que ninguna que sea hija de la inteligencia humana puede aspirar a tanto; pero creedme, señores diputados, que las reformas que propongo son hijas de una convicción sincera, son el fruto de mi personal experiencia y la expresión de mis deseos hondos y vehementes porque el pueblo mexicano alcance el goce de todas las libertades, la ilustración y progreso que le den lustre y respeto en el extranjero, y paz y bienestar en todos los asuntos domésticos.", 456.

Bibliografía.

BIGLIANI, Paola, BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos*, en ABREGÚ, Martin y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, 429–470.

BOVINO, Alberto, *Contra la inocencia*, en BOVINO, Alberto, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, 85–116.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, Racionalizar la prisión preventiva, en AA.VV., *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, INACIPE, 2008, 109-116.

DIAZ, Lilia, El liberalismo militante, en AA.VV., Centro de Estudios Históricos, *Historia General de México. Versión 2000*, México, El Colegio de México, 2008, 583–617.

EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Arraigo y prisión preventiva: doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, 2ª ed., México, Flores Editores, 2016.

ESPINOSA CASTRO, Carlos Alberto, *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, México, Editorial Ubijus, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2009.

FREEDEN, Michael, *Ideology: A Very Short Introduction*, Oxford, 2003.

GARCÍA LUNA, Genaro, *Para entender el nuevo modelo de seguridad para México*, México, NOSTRA ediciones, 2011.

GARCIADIEGO, Javier, *Textos de la Revolución Mexicana*, México, El Colegio de México, 2010.

GONZÁLEZ, Luis, El liberalismo triunfante, en AA.VV., Centro de Estudios Históricos, *Historia General de México. Versión 2000*, México, El Colegio de México, 2008, 633–706.

GONZÁLEZ ESPINOSA, Rodolfo, *La criminalización de la protesta y el derecho penal mínimo en México*, Editorial Académica Española, 2017.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, Estado democrático de Derecho y arraigo, en AA.VV., *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, INACIPE, 2008, 287–302.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), 2016, consultable en: HTTP://INTERNET.CONTENIDOS.INEGI.ORG.MX/CONTENIDOS/PRODUCTOS/PROD_SERV/CONTENIDOS/ESPANOL/BVINEGI/PRODUCTOS/NUEVA_ESTRUC/702825093594.PDF.

LOADER, Ian, SPARKS, Richard, Penal Populism and Epistemic Crime Control, en Liebling, Maruna, Mc Ara, *The Oxford Handbook of Criminology,* 6th ed., Oxford University Press, 2017, 98–115.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos en Particular,* Tomo III, Porrúa, México, 2010.

México Evalúa, *Hallazgos* 2017, 2018, consultable en: HTTPS://WWW.MEXICOEVALUA.ORG/HALLAZGOS2017/ (25.4.2019).

PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917. Génesis. Integración del Congreso. Debates completos. "Texto íntegro original y reformas vigentes"*, México, S.P.I., 2 t., 1938.

SERGI, Natalia, Límites temporales a la prisión preventiva, en *Nueva doctrina penal* 2001/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, 115-142.

SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

VALADÉS, Diego, *La Constitución reformada,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

VÁSQUEZ, Josefina Zoraida, Los primeros tropiezos, en AA.VV., *Historia General de México, Versión 2000,* México, El Colegio de México, 2008, 525–582.

World Justice Project, La nueva justicia penal en México. Avances palpables y retos persistentes, 2018, consultable en: HTTPS://WORLDJUSTICEPROJECT.MX/LA-NUEVA-JUSTICIA-PENAL-EN-MEXICO/ (25.4.2019).

Jesús Omar Herrera Torres

V. La importancia del constitucionalismo social en el siglo XXI en materia político criminal en México.

Resumen: Diversas Constituciones han introducido los derechos sociales dentro de su contenido, destacando las de México en 1917 y la de Weimar (Alemania) en 1919, siendo un referente de estudio obligado para todo jurista. Sin embargo, únicamente la primera de las Constituciones señaladas ha permanecido vigente hasta nuestros días, permitiendo que se aborden temas como la cuestión político criminal y la relación de los derechos sociales, la posibilidad de su ejercicio así como el impacto que pueda presentar en la criminalidad, para verificar las mutaciones que se presentan en ambos temas pasando por la inclusión del derecho penal del enemigo como una de las opciones legislativas que han sido utilizadas en gran parte del mundo.

Palabras clave: Constitucionalismo social, derechos sociales, derecho penal del enemigo, política criminal.

Abstract: Various constitutions have introduced social rights within their content, with the one of Mexico in 1917 and Weimar Germany in 1919 being particularly noteworthy, they have become a benchmark study for all jurists, however only the first one of those constitutions has remained in force to this day, allowing to approach issues such as the criminal political and their relationship with social rights, the possibility of its exercise as well as the impact that it may have on crime, to verify the mutations that come up in both subjects, going through the inclusion of the enemy criminal law as one of the legislative options that have been used in most of the world.

Keywords: Social constitutionalism, social rights, criminal law of the enemy, Criminal policy.

Durante los primeros años del siglo veinte se fue desarrollado en América Latina un nuevo tipo de derecho constitucional. El movimiento de carácter liberal que antecedió al surgimiento de dicho tipo de derecho constitucional, marcó un episodio de contienda del hombre en contra del poder público, buscando desarrollar sus derechos de libertad y autonomía, para que el abuso de autoridad en contra de los gobernados decreciera. Sin embargo, los efectos generados por el acelerado crecimiento obligaron a que se realizará una nueva interpretación de la razón del Estado, situando con mayor fortaleza el reconocimiento y ejercicio de dichos derechos, lo cual posibilitó la intervención estatal en el desarrollo social y político de los ciudadanos en una orientación protectora. Con lo anterior, se obtuvo el surgimiento de la corriente constitucional que se analiza, lo que hizo su aparición en la Constitución de México en 1917 y en Europa occidental con la Constitución de Weimar en 1919.

Dicho movimiento, caracterizado por introducir derechos de carácter social a las Constituciones, tomó a México como un referente, siendo una consecuencia directa de la revolución. De ese contexto obtiene el texto constitucional su nombre oficial como "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la promulgada el 5 de febrero de 1857". Con este nombre se establece la conexidad entre ambos documentos constitucionales, toda vez que la de 1857 correspondía a la doctrina del Estado liberal de derecho por lo que de su texto obtuvimos: la protección de los derechos del hombre – en un aspecto individual –, el principio de la soberanía nacional – en su llamada parte dogmática –, así como las modalidades de su forma de gobierno y de Estado, la división de poderes y el sistema federal en su parte orgánica. Siendo la modificación que aportó el texto constitucional de 1917 la inclusión de derechos sobre la educación, la propiedad de la tierra, así como recursos naturales y el trabajo.

Por lo que respecta a Alemania, conseguiría otra de las Constituciones que han marcado un precedente en el reconocimiento de los derechos sociales, expandiéndose por diversos países del mundo de manera progresiva a lo largo de la historia. Ello ha instalado la exigencia para que se realice una estrategia socioeconómica y política de los gobiernos en el reconocimiento de los derechos que efectúa, buscando que los mismos no sean simplemente enunciados y que se observe la evolución que las medidas habrán de requerir para su adaptación.

Las Constituciones aludidas son un referente mundial para el estudio del constitucionalismo social, destacando que en la actualidad únicamente la de México se encuentra vigente. Esta ha sido reformada en reiteradas ocasiones, distando en algunos aspectos del texto original, ello por el carácter legislativo del sistema jurídico del país y por la tradición de establecer, desde la Constitución, las normas más importantes de la vida política, circunstancia que no se considera del todo aconsejable, pues en la actualidad y derivado de la

reforma en materia de derechos humanos efectuada en el año 2011, se cuenta con mayor posibilidad de moldear el ordenamiento jurídico y cumplir con las aspiraciones sociales sin la necesidad de reformar la Constitución. Entre las herramientas jurídicas por destacar se encuentran: el control de convencionalidad, el control de constitucionalidad y un sinnúmero de instrumentos internacionales que forman parte del corpus iuris nacional en términos de lo que disponen los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, en caso de que se presente algún proyecto de reforma se deberá generar una seria y prudente reflexión específicamente para dar cumplimiento cabal a las etapas del proceso legislativo, haciendo hincapié en el desarrollo exhaustivo de la etapa de "discusión". Esto conlleva a un proceso de análisis, previo, público, y minucioso, pues si bien es cierto que una de las características del texto constitucional mexicano es la rigidez, es una realidad de los últimos tiempos que al momento de reformarla el procedimiento legislativo se vuelve flexible.

La aparición de los derechos sociales, en el caso de la Constitución mexicana, a más de cien años de su promulgación enfrenta desafíos para su materialización, y, con ello, múltiples retos para la sociedad. Representa para el gobierno una tarea compleja en la agenda pendiente en materia de derechos sociales y resulta un tema de suma relevancia al analizar la importancia del derecho constitucional de carácter social en general y sus repercusiones en la vida cotidiana. Por ete motivo, esta presentación se encaminaen materia político criminal en México, toda vez que las aspiraciones constitucionales que obran en ella generan, en su ejercicio, condiciones que impactan en cuestiones de carácter criminal y esto afecta de manera generalizada a la sociedad según la atención que se le brinde al tópico en referencia.

El derecho a desarrollar una vida digna va de la mano con la posibilidad de ejercitar plenamente todos los derechos fundamentales, Tratándose del ámbito que respecta al derecho a la educación implica que toda persona tenga acceso a ella, la reciba y además que el Estado al menos en un nivel básico la otorgue de manera gratuita. Este aspecto impacta de manera directa la criminalidad en las políticas del Estado, puesto que el decrecimiento en analfabetismo y educación básica contribuye a que los ciudadanos obtengan mejores oportunidades en todos los ámbitos, así como laborales, generando además una conciencia del individuo para que opte por formas de solucionar controversias de manera pacífica y armónica en su entorno.

En lo que respecta al derecho de propiedad sobre la tierra y los recursos naturales, es importante destacar que al analizar los datos emitidos por el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica en México, se desprende que al menos en los años comprendidos entre enero del 2016 y abril del año 2018, la tendencia del porcentaje de personas que no puede adquirir la canasta alimentaria con el ingreso de su trabajo en el medio

rural y en el medio urbano, decrece en la ciudad, mientras que en el campo se mantiene en un nivel estable con cambios leves, pero sin mejorías, tal como se observa en la siguiente grafica[1]:

El ejercicio del derecho a la propiedad de las tierras y aguas en beneficio social, como lo indica el texto constitucional, es un derecho fundamental que debe ser ejercido por los ciudadanos. Por esto, el Estado debe dar prioridad a estos apoyando para que a través del desarrollo se mejoren las condiciones y el crecimiento digno de los centros de población. E esta manera, la inobservancia en dichas consideraciones incrementa de manera directa el nivel de marginación en las zonas rurales del país, las cuales se ven en la necesidad de migrar su operación comercial al terreno de lo ilícito.

Al respecto, en la exposición de motivos para crear una Guardia Nacional, aprobada recientemente en México, se destacó que las políticas y medidas económicas implantadas desde hace treinta años han reducido las perspectivas de millones de mexicanos de tener un trabajo formal, seguridad social, educación o vivienda[2]. Esta circunstancia ha gene-

1 Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica. Índice de la tendencia laboral de la pobreza con intervalos de salarios por ámbito rural y urbano. Consultado el 27/04/2019. La gráfica se puede descargar en: https://www.snieg.mx/cni/escenario.aspx?idOrden=1.2&ind=6200031320&gen=1481&d=s

2 Exposición de Motivos del proyecto que reforma diversas disposiciones de la Constitución política de los Estados Unidos mexicanos, suscrita por diputados integrantes del grupo parlamentario de Morena. Consultado el 27/04/2019, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/11/asun_3778915_20181120_1542717425.pdf

rado una crisis de violencia, inseguridad e impunidad, que causa un enorme sufrimiento social, hace imposible la construcción de bienestar, inhibe el desarrollo y amenaza con llevar el país a la inderogabilidad[3], corroborando lo previamente detallado y expuesto.

Ahora bien, una vez que se ha destacado que la posibilidad o imposibilidad que se tenga para hacer efectivos los derechos sociales es un tema que impacta de manera directa la incidencia delictiva, se debe señalar que dicha cuestión no solo opera en México sino en cualquier país del mundo, por lo que la atención y el cuidado que se brinden para hacer efectivos los derechos sociales deben ser contenidos en las acciones y políticas que se adopten para atender el fenómeno de criminalidad. No se omite, además, señalar que la imposibilidad de los gobernados de acceder a sus derechos fundamentales conlleva a que los mecanismos de control constitucional se activen para que de manera coercitiva se busque garantizar su respeto y ejercicio, lo que generalmente se encuentra lejos del alcance de los ciudadanos. Lo anterior, al mismo tiempo, incrementa las labores de los órganos jurisdiccionales, quienes se ven sobrepasados en cargas laborales, por cuestiones que debieron ser atendidas y garantizadas con antelación a través de una política pública eficaz y adecuada.

Ahora bien, es el turno para examinar uno de los temas relativos a la atención que se ha brindado al legislar en materia criminal. Esta circunstancia que me lleva a analizar el derecho penal del enemigo, concepto doctrinal que comienza a hacerse patente en la década de los ochenta con la publicación "Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico" del penalista Günther Jakobs[4], en el que describe la tendencia político-criminal que manifiesta la intensión de castigar ciertos actos de manera extralimitada o carente de respeto hacia ciertos principios del derecho penal, en específial los límites impuestos a la facultad sancionadora del Estado. Se debe precisar que dicho concepto no opera en todos los delitos previstos por el legislador, encontrándose en los casos de delincuencia organizada, terrorismo, delitos sexuales, por citar algunos. Se debe destacar, además, que el derecho penal del enemigo o derecho penal de excepción no se refiere únicamente al tipo penal, sino que incluso comprende el ámbito operativo o procesal, incluyendo la investigación, que como veremos en líneas subsecuentes proyectan problemáticas de legitimidad desde una óptica del Estado de derecho.

El derecho penal del enemigo admite la posibilidad de ser estudiado desde diversos ámbitos. El primero de ellos como una propuesta, tal como ya se indicó en líneas prece-

3 ídem.

4 Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pp, 293-324. Consultado el 27/04/2019, disponible en: https://docplayer.es/299499-Criminalizacion-en-el-estadio-previo-a-la-lesion-de-un-bien-juridico.html

dentes, a la manera que indica Jakobs "como la punición de la fundación de las organizaciones criminales o terroristas". Esto ya representaba cierta problemática desde el punto de vista del principio del hecho, entendido éste como principio informador del derecho penal que señala que el derecho penal no castiga pensamientos, sino que exige la materialización de ciertas conductas, tangibles, materiales y manifiestas. Por otra parte, tenemos el principio de estricta protección del bien jurídico, que exige la existencia de un bien jurídico tutelado y que la conducta que se va a sancionar lesione o ponga en riesgo el bien jurídico que el legislador ha decidido tutelar. En nuestro país, encontrábamos el ejemplo de la planeación de las empresas delictivas en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, lo que refería la descripción de la delincuencia organizada empleando el término "acuerden organizarse"[5]. Esto sancionaba más allá de lo permitido, en relación con los principios que anteceden, sin pasar por alto la complejidad de la acreditación del hecho típico y de la propia investigación.

En lo que respecta al derecho penal del enemigo, es de señalarse que Jakobs lo aborda en momentos posteriores señalando al enemigo como aquella persona que por su comportamiento o pertenencia a ciertas organizaciones criminales ha abandonado el derecho. Es por eso que le atribuye dicho nombre, destacando la forma en la que el autor lo señala como "el adelantamiento considerable de las barreras de defensa" lo que implica cierto riesgo para los gobernados, atendiendo a la técnica legislativa empleada en nuestro país, pues basta la simple sospecha de que un individuo se esté desarrollando en el campo del derecho penal del enemigo para que el sistema ejerza los efectos de su figura.

También es oportuno señalar que en este caso el enemigo es la persona que, en los momentos previos a la comisión de un delito, es considerado un peligro y como consecuencia se le intenta neutralizar. Por ello el legislador emplea el uso de tipos penales de tipo abstracto, en los cuales no se castiga la lesión sino desde el momento de la programación del hecho punible, elevándose al rango de delito consumado los actos preparatorios del delito. Es importante señalar que esta figura no es propia de la legislación mexicana, sino que en el ámbito internacional y en diferentes países es una práctica cada vez más utilizada, contraponiéndose en algunas ocasiones con los derechos humanos reconocidos a las personas imputadas. Lo anterior toma relevancia al verificar de manera comparada las legislaciones internacionales, pues cada nación cuenta con distintas problemáticas delincuenciales, solucionándolo en reiteradas ocasiones a través de políticas exclusivistas, muchas de las cuales el legislador ha observado como la mejor solución a fin de combatir la criminalidad. En este marco se utilizan formas de represión, investigación o persecu-

5 Diario Oficial de la Federación, 07/11/1996, decreto que expide la LEY Federal contra la DelincuenciaOrganizada. Consultado el 27/04/2019, Disponible en: HTTP://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA_DETALLE.PHP?CODIGO=4905021&FECHA=07/11/1996

ción, siendo esto un problema casi generalizado en el ámbito legislativo, pues se dejan de buscar alternativas de tratamiento del delito y se opta por la utilización del derecho penal del enemigo de manera recurrente. Este es el caso reciente en México de la ampliación al catalogo de delitos en los que la autoridad jurisdiccional debe imponer la medida cautelar de prisión preventiva de manera oficiosa.

Asimismo, Jakobs realiza una crítica al modo en que es empleado el derecho penal del enemigo, haciendo referencia a que transgrede principios formadores del derecho penal. Sin embargo, señala que existe la posibilidad en ciertos casos en los cuales se estima adecuada la aplicación de dicho tratamiento en las políticas de Estado. Ulteriormente, Jakobs y Manuel Cancio Melía presentan una propuesta de persecución penal, donde aterrizan la posibilidad de ubicar el derecho penal del enemigo, buscando evitar la contaminación de todo el sistema penal, separando estas medidas represivas de índole penal que no son compatibles en el Estado de derechoy que pueden llevarse bajo una regulación especial para un mejor control. De esto se destaca la postura del segundo autor, al señalar que tratándose de optar por el derecho penal del enemigo o el Estado de derecho, sin duda, optaría por el segundo. Si bien el planteamiento de Jakobs que se analiza resulta comprensible e incluso admisible para que el Estado consiga sus fines de manera armónica, es de señalarse que presenta algunas consideraciones a las cuales no se les dejar de prestar atención, tal es el caso del tratamiento de esas medidas frente al sistema de justicia penal de corte acusatorio adversarial, que refiere como tópico esencial a la dignidad humana, contenido en artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto genera posibles incompatibilidades, sin que pase inadvertido que el artículo 20 del mismo ordenamiento introduce una serie de principios. Tal es el caso de la presunción de inocencia y de otros derechos que de manera directa colisionan entre sí, dentro de un país que ha efectuado reformas a su máximo ordenamiento, buscando ser un Estado protector de derechos humanos, sin dejar de lado la complicada labor de reducir los índices delictivos a través de la legislación del derecho penal de excepción.

En México encontramos una constitucionalización del derecho penal del enemigo, ya que se incluye dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ciertas figuras que, según se dice y en la lógica que emplea, son constitucionales por el simple hecho de estar dentro de la misma. Es notorio que no siempre es así, pues si bien, como se ha dicho, las formas en las cuales se realiza una reforma constitucional en México es rígida en su regulación. Esto, en la práctica, se vuelve flexible, introduciendo con ello figuras sospechosas. Basta con verificar el artículo 16 constitucional y encontrarnos con la descripción de delincuencia organizada misma que correspondería situarse en el dispositivo legal regulatorio oportuno, es decir en el Código Penal, para su descripción.

Consecuentemente, el mismo arábigo constitucional emplea un trato diferenciado para el término de cuarenta y ocho horas al plazo de retención de un detenido ante el

ministerio público, así como en la figura del arraigo hasta por un máximo de ochenta días. En lo que respecta a la comunicación de los inculpados o sentenciados en materia de delincuencia organizada se tiene un tratamiento diferenciado ante los demás reos, impactando incluso en el cumplimiento de las sentencias. Otro de los puntos en los que encontramos ejemplos vigentes del derecho penal del enemigo en nuestro sistema jurídico que, además, podrían no ser compatibles con diversos principios constitucionales.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena en México se agrava la punibilidad de las conductas, circunstancia que podría advertir un desconocimiento al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 22 constitucional, ya que el mismo no refiere hasta qué grado puede castigarse un hecho típico, sino que resulta un límite al ius puniendi y a la reinserción social que señala el mismo ordenamiento, Por esto, al ser incluso un delito autónomo, cabe la posibilidad de que exista un concurso real y con ello obtener penas sumamente considerables.

El derecho penal del enemigo es un fenómeno internacional que cada nación ha utilizado de diversas maneras, caracterizado por el trato diferenciado que efectúa el Estado a quienes se consideran enemigos del mismo. Sin embargo, el mismo parte de la premisa de que el derecho penal es violencia, porque responde a la violencia. El legislador debe ser cuidadoso al momento de incluir este tipo de derecho en el sistema jurídico, ya que podría darse el caso de que a través de una mala redacción legislativa se incluya a cualquier persona en una posición lesiva del derecho, lo que ha sido la mejor estrategia política para convencer a la sociedad de que se han tomado medidas para combatir a la delincuencia. Esto es lo que la doctrina ha señalado como derecho penal simbólico, ya que el ente político a sabiendas de que su medida no tendrá efectos positivos en el combate al crimen, la utiliza.

Como bien sabemos, los sistemas puros no existen, en el mayor de los casos encontramos sistemas con tendencias predominantes, como lo es el sistema acusatorio en México, que presenta una fase escrita en la etapa intermedia del proceso y, en tratándose del derecho penal de excepción, este mismo, coexiste con un sistema garantista, lo que hasta este momento no ha generado rompimiento aparente. Sin embargo, si no se realiza una identificación clara de las diferencias y consecuencias en el uso de este tipo de teorías, podría darse un quebrantamiento del sistema jurídico con efectos complejos. Por lo anterior, resulta necesario que, al momento de estudiar los cambios al sistema jurídico propuestos por el órgano legitimado para ello, se incluya a la academia, para emitir puntos de vista respecto de la funcionalidad de dichas medidas y ver si dichos cambios son la solución a las problemáticas del sistema penal.

Las reformas trascendentales del sistema jurídico mexicano efectuadas en los años 2008 y 2011 han denotado la intención de México por convertirse en un país respetuoso de los derechos humanos, por el garantismo jurídico y por el avance de los mecanismos de

protección constitucional, sin duda, temas que consolidan un Estado constitucional de derecho.

Es cierto que si bien el marco constitucional ha sido modificado para que las figuras de delincuencia organizada, prisión preventiva oficiosa, y arraigo cumplan con el requisito de constitucionalidad al marco del principio pro persona previsto en el artículo uno (1) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podrían haber sido en algún momento analizadas a la luz de los instrumentos internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte, realizando un control de convencionalidad. Esto podría resultar atractivo para generar doctrina y verificar, en casos concretos, la posible inaplicación de figuras inconvencionales. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, al resolver la contradicción de tesis 293/2011 cerró de tajo el tema al imposibilitar ejercicios de este tipo, al determinar que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. A pesar de ello, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional, sin que se omita mencionar que, muy recientemente, se reformó de nueva cuenta el texto constitucional ampliando el catálogo de los delitos que ameritan prisión preventiva de manera oficiosa, pese a la oposición de las organizaciones de la sociedad civil, la academia, especialistas en derecho penal y seguridad, organismos públicos de derechos humanos y algunas legislaturas estatales y la propia Organización de las Naciones Unidas[6].

Como se he venido comentando, al momento de observar el derecho constitucional social, se plasma la intención del Constituyente en que dichos derechos impregnen al resto del sistema jurídico, buscando con ello el desarrollo pleno del individuo en sociedad, por lo que es de reconocer el mérito de todos aquellos países que de alguna u otra forma han establecido como prioritarios los derechos sociales en sus agendas.

En México la labor para que los derechos sociales sean tangibles es aún una tarea pendiente. En este sentido, es de destacar que actualmente se ha iniciado un nuevo periodo de Gobierno en el país que se caracteriza por su tendencia de tipo social y que, bajo el discurso político confirma la complejidad de las personas para desarrollarse de manera digna. Esto, a la vez, ha originado un plan de atención a la criminalidad que incluye la prisión preventiva oficiosa de manera más amplia, una Guardia Nacional que de cierta manera militariza el Estado. Estas formas de intervención en la criinalidad han sido utilizadas en México dentro del periodo comprendido entre el año 2006 y el 2012 sin que conllevara a la disminución en la comisión de delitos, ni la prevención de los mismos.

6 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH). Comunicado Consultado el 27/04/2019, Disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/Comunicados/2019/20190220_ComPrensa_PPO.pdf

Considero entonces que el Constitucionalismo Social brinda una oportunidad para que la brecha de desigualdad se acorte de manera progresiva, sin necesidad de señalar una incompatibilidad con el desarrollo del capital o de caer en un paternalismo. Sin duda, un punto de equilibrio dotara de posibilidades para que la incidencia delictiva decrezca, sin necesidad de reformar el sistema político criminal. Asimismo, debe perfeccionarse la técnica jurídico-legislativa empleada por los órganos legislativos, buscando siempre que dichos entes se mantengan alejados de los actos de imposición o dominio de los demás poderes del Estado o de entes externos al Estado. Además, evitando que a través del poder económico con el que cuentan se influya en la realización de reformas en las que se puedan generar abusos al imponer medidas autoritarias y arbitrarias en perjuicio de los gobernados. Aunado a ello debe atenderse el tema de población penitenciaria y los fines que busca el sistema respecto a la reinserción en congruencia con las medidas sancionadoras que se atiendan en los Estados, pues previo a incorporar cualquier forma de combate a la criminalidad, deberá atender el número de centros de reclusión como tópico primordial.

Como se ha indicado, es común que la vigilancia de tipo militar o militarizada en las ciudades sea vista como una medida potencialmente eficaz para el combate al crimen. Sin embargo, resultaría más conveniente apostar al ejercicio pleno de los derechos sociales y de una política preventiva como eje central y complementado por un nivel policial técnico, profesional y científico. Sin duda, en los países en los que se observan altos índices de criminalidad los delincuentes comenten los delitos por la alta probabilidad que tienen de salir impunes si no son detenidos al momento de cometer el delito. Esto explica porque en el 99 % de las causas penales federales son iniciadas con la puesta a disposición ante el Juez de personas detenidas en flagrancia y no por una investigación policial o ministerial que haya llevado a su captura[7]. Sin olvidar que cuando hablamos de cuerpos de tipo militar ejerciendo labores preventivas o de combate al delito, México en materia de violación a derechos humanos ha obtenido una serie de sentencias su contra ante la CorteIDH generadas por elementos castrenses. Con base en esto se puede reiterar que el combate al crimen debe apoyarse en un crecimiento al reconocimiento y ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, atendiendo de manera irrestricta las aspiraciones que dieron origen a la misma, construyendo los cimientos académicos, políticos y sociales antes de poner en marcha sistemas político-criminales.

Finalmente, es de mencionar que la Constitución es la carta de aspiraciones de un pueblo y que la misma no debe ser desvirtuada como proyecto de convivencia. Que ello no

7 Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC). *„HALLAZGOS 2016. Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México"*. Disponible en: HTTP://CIDAC.ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/06/RESUMEN-EJECUTIVO-HALLAZGOS-CORECCION.PDF

fuese así puede llevar a que un país permanezca como un equilibrista que camina por una cuerda floja y sin red de protección, confiando en sus habilidades y sobre todo en su gran optimismo. Se ha abordado el caso de México y su Constitución, de una manera breve y reflexiva, por ser un referente en las Constituciones sociales en el mundo y que, a diferencia de Weimar Alemania, sigue vigente. Sin embargo, la simple vigencia podría llegar al extremo de considerar que al igual que la referida solo sea un referente abstracto si sus fines son olvidados.

Bibliografía.

JAKOBS, Gunther. *CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO.* Disponible en: HTTPS://DOCPLAYER.ES/299499-CRIMINALIZACION-EN-EL-ESTADIO-PREVIO-A-LA-LESION-DE-UN-BIEN-JURIDICO.HTML.

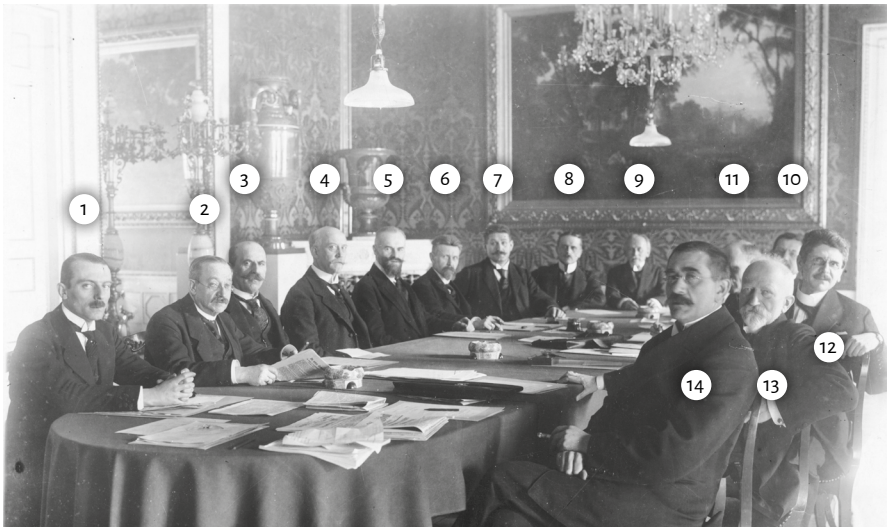
SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA Y GEOGRÁFICA. Índice de la tendencia laboral de la pobreza con intervalos de salarios por ámbito rural y urbano. Consultado el 27/04/2019, disponible en: HTTPS://WWW.SNIEG.MX/CNI/ESCENARIO.ASPX?IDORDEN=1.2&IND=6200031320&GEN=1481&D=S.

Exposición de Motivos. *QUE REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SUSCRITA POR DIPUTADOS INTEGRANTES DEL GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA*. Disponible en: HTTP://SIL.GOBERNACION.GOB.MX/ARCHIVOS/DOCUMENTOS/2018/11/ASUN_3778915_20181120_1542717425.PDF.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 07/11/1996, decreto que expide la LEY Federal contra la Delincuencia Organizada. Disponible en: HTTP://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA_DETALLE.PHP?CODIGO=4905021&FECHA=07/11/1996.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ONU-DH). Comunicado Consultado el 27/04/2019, Disponible en: HTTP://WWW.HCHR.ORG.MX/IMAGES/COMUNICADOS/2019/20190220_COMPRENSA_PPO.PDF.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA EL DESARROLLO, A.C. (CIDAC). „*HALLAZGOS 2016. Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México*". Disponible en: HTTP://CIDAC.ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/06/RESUMEN-EJECUTIVO-HALLAZGOS-CORECCION.PDF.



La primera reunión del gabinete en Weimar (febrero/marzo de 1919)
con Scheidemann como canciller del Reich

© Bundesarchiv, Bild 146-1982-092-29

Personas alrededor de la mesa

1 Ulrich Rauscher, Pressechef der Reichsregierung
2 Robert Schmidt, (MSPD), Reichsernährungsminister
3 Eugen Schiffer, (DDP), Reichsminister der Finanzen,
Vertreter des Reichsministerpräsidenten (Vizekanzler)
4 Philipp Scheidemann, (MSPD), Präsident des Reichsministeriums, Reichskanzler
5 Otto Landsberg, (MSPD), Reichsjustizminister
6 Rudolf Wissell, (MSPD), Reichswirtschaftsminister
7 Gustav Bauer, (MSPD), Reichsarbeitsminister
8 Ulrich von Brockdorff-Rantzau, (parteilos), Reichsminister des Auswärtigen
9 Eduard David, (MSPD), Reichsminister ohne Portefeuille
10 Hugo Preuß, (DDP), Reichsminister des Innern
11 Johann Giesberts, (Zentrum), Reichspostminister
12 Johannes Bell, (Zentrum), Reichskolonialminister
13 Georg Gothein, (DDP), Reichsminister ohne Portefeuille
14 Gustav Noske, (MSPD), Reichswehrminister

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

VI. Un siglo entre dos Constituciones. Consideraciones de método e historia constitucional sobre un modelo penal en común.*

Resumen: A partir de una reconstrucción histórica de los principales acontecimientos que precedieron y fundamentaron las dos primeras Constituciones que consagraron por primera vez en el mundo los derechos sociales, la mexicana de 1917 y la alemana de 1919, en la presente ponencia destacamos la importancia de los programas penales de ambas cartas fundamentales, tributarios del Derecho penal liberal pero adicionados de componentes derivados del constitucionalismo social, que fortalecieron la esencia garantista del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, cuya vigencia hasta nuestros días legitima el ejercicio del poder punitivo en las democracias modernas.

Palabras claves: Constitución de Weimar, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Derecho penal, constitucionalismo social, historicismo, derechos sociales, principios penales.

Abstract: Based on a historical reconstruction of the main events that were precedent and ground for the first two constitutions that established for the first time social rights in the world, the mexican constitution of 1917 and the german constitution of 1919, in the present study we pointed out the importance of their criminal programs, that pay tribute to the liberal criminal law, amended by the components of the social constitutionalism, that strengthened the essential warranty of the criminal law, characteristic of a social and democratic State of Law, which enforcement until nowadays legitimate the exercise of the punitive power of the modern democracies.

Keywords: Weimar Constitution, Mexican United States Constitution, Criminal Law, social constitutionalism, historical perspective, social rights, criminal principles.

* Agradezco al profesor Jesús Everardo Rodríguez Durón la revisión del presente texto, así como sus comentarios, observaciones y aportaciones que enriquecieron el presente trabajo.

1. *Introducción.*

El constitucionalismo es, al mismo tiempo, un fenómeno único y diverso[1]. Es único, pues en donde quiera que ha cristalizado el ansia de contar con una norma suprema que vertebre la existencia fundamental del Estado, el constitucionalismo ha sido una doctrina puesta al servicio de las libertades y la realización plena de las potencias humanas. Pero el proceso constitucional, aun bajo una teleología constante e invariable, es asimismo diverso en la realización de las ideas y valores que pretende alcanzar. Cuando asumimos al constitucionalismo como un fenómeno diverso en los medios y en las formas finales de su realización lo que pretendemos mostrar es la forma en la cual el constitucionalismo es un producto influido por el signo de los tiempos y abierto al cambio de la mentalidad humana en el devenir de los años.

En el momento en que los padres fundadores de la nación independiente en que se convirtieron las trece colonias americanas arengaban a sus seguidores bajo la divisa de que no podrían existir tributos sin representación, no estaban enarbolando una idea distinta de aquella que los revolucionarios franceses hacían resonar en las calles aledañas a La Bastilla en el julio de 1789, como una profesión de fe en aras de la libertad, la igualdad y la fraternidad[2]. Por cierto, este discurso no era diferente del todo a aquellas palabras con las que años más tarde, en septiembre de 1810, un párroco perdulario en un pueblo guanajuatense convocaba a sus fieles para levantarse en armas, pues la usurpación francesa del trono de España hacía claro que para los habitantes del virreinato mexicano en ultramar "no existían ya ni el rey ni los tributos".

En todos los casos que hemos mencionado, las ideas que subyacían a estos movimientos generalmente armados y superadores del estado de cosas anterior eran las mismas: la libertad, la igualdad ante la ley, la solidaridad entre los miembros de la comunidad, la limitación de los poderes del gobierno. Sin embargo, las formas en que estos movimientos se cristalizaron fueron variadas: mientras que en Francia la revolución culminó en una primacía del poder legislativo como ente controlador de la regularidad constitucional, bajo el imperio de la ley como expresión de la voluntad general; en Estados Unidos, por el contrario, se sentaron las bases de un mecanismo de control constitucional de carácter jurisdiccional – *judicial review* – que es todavía la clave para entender el sistema de escrutinio de la regularidad incidental practicado por algunos países hasta nuestros días.

---

1 Esta idea puede verse también en Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13ª ed., México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2002, p. 1.

2 Para un repaso sobre estos aspectos me remito a Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 13ª ed., México, Porrúa, 1993.

En México, a su vez, las ideas de libertad que inspiraron la lucha de once años por la independencia no pudieron proliferar sino hasta la consolidación de la república pasado el segundo imperio, cuando Maximiliano de Habsburgo hubo de padecer bajo la metralla del ejército juarista una mañana queretana de 1867. Durante todo ese largo periodo de desencuentros internos e invasiones extranjeras, no sería posible encontrar una solución de continuidad entre proyectos constitucionales totalmente opuestos en su diseño institucional: la lucha entre liberales y conservadores en México más que ser una cuestión de etiqueta entrañaba, en esas décadas, una verdadera oposición de proyectos políticos y diseños de estado para la joven nación[3].

Con lo dicho basta para acreditar el punto al que queríamos llegar: ¿si el constitucionalismo es una idea que a lo largo de los siglos ha pretendido afirmar el discurso uniforme sobre un conjunto de bienes valiosos para el individuo y la sociedad cómo es que ha generado programas de acción y mecanismos tan diferentes para llevarlos a cabo? La respuesta estriba, nos parece, en el hecho de que las propias necesidades que subyacen a la existencia humana y que sirven de alimento al proceso constitucional son asimismo sensibles a los contextos históricos en los que el derecho se desenvuelve. De este modo, al ser un producto humano, contra toda tendencia a la inmutabilidad y la permanencia, de claro sabor iusnaturalista, tenemos que aceptar que los vasos comunicantes entre todos los procesos constitucionales de los estados independientes existen y, sin embargo, son variables por las condiciones especiales de cada latitud geográfica.

Esta es la tesis que habremos de aplicar para el caso de un conjunto de disposiciones establecidas en la Constitución alemana de 1919, aprobada en este lugar hace un siglo, especialmente en sus relaciones de flujo y reflujo con otra carta constitucional que constituye un hito en la historia de las ideas políticas, esto es, la Constitución mexicana aprobada en Querétaro en febrero de 1917, dos años antes de la carta fundamental de Weimar. No deja de parecernos interesante que discurra sobre este tema aquí, pues como sabemos Alemania es la cuna de señeros movimientos jurídicos: desde la Escuela Histórica del Derecho hasta lo más selecto y erudito de la dogmática penal actual, con Claus Roxin, Günther Jakobs, Urs Kindhäuser o Winfried Hassemer, a la cabeza.

Nuestra participación es, entonces, una contribución construida con el modo alemán de hacer teoría jurídica. No tanto porque podamos compararnos con tales juristas de talla superlativa, sino porque en más de algún sentido somos deficitarios de sus ideas y hemos aprendido derecho montado en hombros de esos gigantes.

3 *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808–1999*, 22ª edición, México, Porrúa, 1999.

2. *Algunas lecciones de historia constitucional.*

Como lo referimos, las aportaciones alemanas a la ciencia del derecho son innumerables. Detenernos ahora para dar una referencia apenas telegráfica de los puntos principales en los cuales la jurisprudencia es deficitaria de la dogmática generada dentro de estas fronteras, consumiría nuestro tiempo irremisiblemente. En lugar de ello, nos concentraremos en un movimiento particular: la Escuela Histórica del Derecho, en la medida en que los postulados de esta corriente sean de utilidad para la tesis que enunciamos más arriba y que argumentaremos a lo largo de esta contribución.

De acuerdo con Pierluigi Chiassoni, la filosofía del derecho alemana está determinantemente influida por el historicismo; es decir, por una especial perspectiva que recomienda a los juristas asumir como una cuestión de utilidad incontestable el valor de la historia en el estudio del derecho. Esta recomendación, según Chiassoni, puede ser entendida en, al menos dos sentidos: en primer lugar, según su enfoque ontológico, el historicismo presenta al derecho precisamente como un "producto histórico", influido por las condiciones del tiempo y el espacio donde se producen y aplican las normas jurídicas; en tanto que, desde la perspectiva epistemológica, la investigación jurídica se asume como una cuestión marcadamente historiográfica, genealógica, que toma en cuenta el contexto y la particularidad del fenómeno investigado por el jurista[4].

En este sentido, a partir de la confluencia entre estas dos vertientes focales de la Escuela Histórica, surge un punto de contacto de carácter *ideológico* que no debe ser perdido de vista: el historicismo jurídico se presenta entonces como un movimiento donde la reflexión histórica sobre el derecho es algo valioso, que debe ser preservado y analizado. En consecuencia, este paradigma dará como resultado una forma de hacer teoría del derecho antilegalista y anti-iusnaturalista, porque

> [...] el derecho es un fenómeno histórico, social, popular, estatal, espejo de sentimientos y percepciones mutables; y por tanto, él mismo es mutable, vital, orgánico, dotado de una riqueza, peculiaridad y movilidad de contenidos que resisten a ser encerrados en las páginas cristalizadas del derecho legislativo, apreciado por el racionalismo ilustrado [...]; tiene, además, un valor intrínseco que debe ser afirmado contra la pretendida superioridad axiológica de un imaginario derecho natural abstracto, universal y eterno[5].

No queremos sugerir con estas consideraciones que el derecho legislado y cristalizado en las normas emanadas de los procesos formales previstos en las Constituciones sea nocivo

4 Chiassoni, Pierluigi, *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, trad. de Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2017, p. 225.

5 Ibidem, p. 226.

o carezca de valor en la medida en que constriñe y limita el florecimiento de ese "otro derecho" nacido del espíritu del pueblo. Este es, por ejemplo, el argumento de Savigny en contra de la codificación[6]. Contrario a ello lo que queremos poner de relieve es como en ocasiones la teoría constitucional, fundamentalmente la auspiciada por el positivismo normativista más ortodoxo, hace que se pierda de vista la forma en la cual las normas jurídicas son también producto de su circunstancia, y solo pueden ser entendidas plenamente cuando se cuestiona no solo por su sentido dentro de un ordenamiento más amplio, sino cuando son estudiadas como fragmentos de la historia viva y palpitante de la sociedad. Pienso que una lectura del Código de Napoleón puede aportarnos tanto para entender el derecho propio de la sociedad francesa de 1800, como lo puede hacer la lectura de una novela costumbrista y propia del realismo francés como *Los miserables* de Víctor Hugo[7].

Una lectura semejante a la que propongo en esta parte es sostenida por Gustavo Zagrebelsky, el eminente juez de la Corte Constitucional Italiana, por lo que en este momento no será baladí que refiera en términos sucintos su parecer sobre esta importante cuestión. En el punto que interesa, Zagrebelsky señala que

> [...] el actual derecho constitucional ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En vez de intentar síntesis histórico-constitucionales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuario de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado. *Así, el derecho constitucional termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia, permanentemente retardataria y necesariamente instrumentalizable e instrumentalizada en sentido político.* De este modo, el derecho constitucional se contenta continuamente con ser un subproducto de la historia y de la política, en vez de intentar convertirse al menos en una fuerza autónomamente constitutiva tanto de una cosa como de la otra[8].

Es a este punto y a esta lectura sobre la influencia de la historia a la que queríamos llegar, porque en este momento tanto la importancia del análisis histórico del derecho como la singularidad del método jurídico cobran su cabal importancia y, en conjunto, pueden apreciarse bajo su mejor luz posible como dos componentes necesarios del método jurídico-constitucional. Como enfoque metodológico, nuestra tesis es que el derecho constitucional, en su faceta de ciencia jurídica aplicada a un texto, es decir, a una Constitución

6 En este sentido, véase Savigny, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. de Adolfo Posada, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1977.

7 Sobre una idea parecida entre el potencial de conocimiento jurídico proporcionado por la literatura, me remito a Fuentes, Carlos, *Personas*, México, Alfaguara, 2012.

8 Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27–28.

escrita, no puede ser indiferente ni hostil a la aportación de su historia para la comprensión de su objeto. Y esto es así, porque como lo reconoce el propio Zagrebelsky: "la codificación de las relaciones civiles y la constitucionalización de las relaciones políticas se presentan como dos aspectos de un mismo movimiento histórico"[9].

Como en ningún otro campo, en la constitucionalización de ciertos temas sociales, en la cristalización normativa de determinados preceptos de las leyes supremas, se aprecia el latir vital de los más caros ideales de la humanidad. Es por ello que el derecho constitucional únicamente puede ser captado en su sentido pleno a partir de una conjunción de dos enfoques: el primero estrictamente jurídico que ve a las normas supremas como la regla maestra a partir de la cual se mantiene la unidad del sistema jurídico a través del atributo de rigidez y fuerza derogatoria incondicionada de aquellas; mientras que otro aspecto de cariz histórico, confluyente con el primero, se ocupa de explicar el porqué de las normas constitucionales y explicitar los procesos que les han dado origen y sentido en su proyección hacia el futuro.

Este enfoque metodológico dual subyace en los postulados de la Escuela Histórica, pues al mismo tiempo que deja apreciar al derecho como algo vivo y en evolución, no desconoce la importancia del derecho positivo, de origen estatal, derivado de los procesos formales de producción establecidos por la Constitución como fuente del derecho. Es este enfoque el que aplicaré en lo que sigue para analizar la situación de las Constituciones alemana de 1919 y mexicana de 1917, especialmente en el aspecto social de sus declaraciones de derechos, a fin de atestiguar los puntos de influencia que existen entre ambas en una cuestión tan concreta como el aspecto penal de sus declaraciones de derechos.

3. *Dos Constituciones, una circunstancia.*

Conforme con la premisa metodológica establecida en la sección anterior, en esta parte comenzaremos por analizar el contexto histórico que rodeó a la promulgación de la Constitución de Weimar en 1919, como a la Constitución mexicana de 1917. Pese a que la carta de Querétaro precede por dos años a semejante alemana, comenzaremos por esta última en virtud del evento en el que nos encontramos[10].

Como se sabe, la Constitución de Weimar es, sin ningún género, un referente en la historia del constitucionalismo porque, junto con la Constitución mexicana de 1917, fue

9 En esta parte retomamos parcialmente modificado un argumento que puede verse en la obra ya citada de Gustavo Zagrebelsky. *Cfr. Ibidem*, p. 31.

10 Las consideraciones en torno a la Constitución alemana de 1919 se reconstruyen en esta sección de acuerdo a los datos obtenidos del trabajo de Montagut, Eduardo, "La Constitución de Weimar", consultado en https://nuevarevolucion.es/historia-la-constitucion-weimar/#, en fecha 24 de marzo de 2019.

uno de los primeros textos supremos que reconoció, junto con los clásicos derechos de libertad –como formas de abstención del Estado en sus relaciones con los particulares– todo un elenco de derechos a prestaciones positivas, especialmente respecto de aquellos bienes o servicios que por su costo no están al alcance de todos, o respecto de los cuales ni siquiera existe una oferta adecuada en el mercado; y a los cuales se conoce genéricamente como derechos sociales.

Además de esta característica, los especialistas reconocen en la carta de Weimar a la primera Constitución verdaderamente democrática de la historia de Alemania. Esto es de ese modo, porque la Ley Suprema aprobada en la segunda década del siglo pasado fue fruto de una Asamblea Nacional Constituyente que reflejó la moderación del electorado alemán después de la Revolución ocurrida en el invierno del año anterior. Las elecciones convocadas para la constituyente fueron ganadas por tres fuerzas democráticas, alejadas tanto del comunismo como de las tendencias de extrema derecha.

Aunque los tres partidos que alcanzaron la mayoría de los escaños tenían un proyecto político claramente distinto entre sí, la suma de las curules alcanzadas entre esta alianza de carácter democrático, les dio una mayoría absoluta para impulsar un proyecto de nación en común. En ese sentido, sin importar la diversidad de planteamientos colaterales de que ya se ha hablado, a las tres fuerzas más votadas en 1919, las unía el afán de construir un estado alemán democrático, lejos de las veleidades imperiales del pasado, pero frenando también la tendencia hacia el ejemplo ruso. Es por este interés compartido, que la historia conocerá a estos tres grupos políticos como la Coalición de Weimar, es decir, la coalición tras la cual se encontraban los factores reales de poder – en términos de Ferdinand Lasalle – que culminaron con la expedición de la célebre Constitución.

Una vez que estaba claro el proyecto hacía el cual avanzarían los esfuerzos de la Asamblea Constituyente, sus miembros encargaron a Hugo Preuss que elaborara un anteproyecto para ser discutido. Como era de esperarse, los debates parlamentarios fueron de una particular intensidad; sin embargo, sus resultados fueron munificentes cuando el 31 de julio de 1919 se aprobó el texto de la nueva Constitución, la cual sería finalmente promulgada el día 11 de agosto siguiente.

El texto constitucional constaba de 181 artículos. Con base en sus disposiciones, Alemania quedaba constituida como República. Se mantenía la estructura federal, pero se reducían los estados, de 25 a solamente 17. El texto constitucional se encargó de distribuir las competencias entre el centro y las entidades territoriales integrantes del Estado, quienes mantuvieron un régimen competencial robusto que coexistía con un poder central fuerte en sus atribuciones. En todo caso, a juicio de Eduardo Montagut, en este aspecto todavía quedaron sin resolver algunas cuestiones sobre el federalismo, debidas al inmenso peso de Prusia en el conjunto de los estados alemanes.

El poder legislativo siguió un modelo bicameral. La cámara baja – o *Reichstag* – era elegida por medio del sufragio universal; entre sus atribuciones más importantes se encontraba la aprobación del presupuesto, la elaboración y aprobación de la legislación federal y el control administrativo de la acción del gobierno. Por su parte, la cámara alta – también conocido como *Reichsrat* – se integraba por los representantes de los estados, por lo que era expresión de la fuerza del pacto federal, de manera que los miembros eran designados en un número variable entre las entidades de la federación, de acuerdo al peso demográfico proporcional de cada estado.

En principio, la Constitución apostaba por un poder legislativo con competencias importantes, especialmente en su cámara baja, pero, por otro lado, la Constitución otorgaba un fuerte poder al presidente del Reich, algo que debe tenerse en cuenta para entender parte de lo que ocurrió a partir de 1930 cuando esos poderes fueron empleados para gobernar y legislar al margen del parlamento. El presidente del Reich era elegido por sufragio universal cada cuatro años. Podía disolver el Reichstag y convocar a referéndum de leyes votadas en el legislativo. En momentos de crisis, tenía potestad para suspender algunos derechos y emplear a las fuerzas del orden. El presidente nombraba al canciller y, a propuesta suya, los ministros del gobierno. El gobierno era responsable ante el Reichstag.

La configuración de los poderes establecida por la Constitución de 1919 es el telón de fondo que sirve para atestiguar uno de los antecedentes más representativos en la historia del derecho procesal constitucional. Nos referimos a la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quién debería ser el defensor de la Constitución[11].

Para Schmitt, la defensa de la carta fundamental debía confiarse a un órgano de carácter político, específicamente el presidente del Reich, con base en las facultades que le confería el artículo 48[12] de la Constitución de 1919. Según el autor de la *Teoría de la Constitución,* el problema no podía resolverse de una manera distinta, ya que confiar la tutela de las normas supremas a los tribunales implicaría la judicialización de la polí-

11 En relación con ello, véase: Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, D*erecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed., México, Porrúa-IIJ/ UNAM, 2003, p. 176.

12 El artículo 48 de la Constitución de 1919 disponía: "Cuando un país no ·cumple las obligaciones que le incumben según la Constitución del Reich o las leyes del Reich, el Presidente puede compelerlo a ello con ayuda de la fuerza armada. El Presidente del Reich puede, cuando la seguridad y el orden público están gravemente perturbados en Alemania o puestos en peligro, tomar medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden público, empleando si fuere preciso la fuerza armada. A este efecto puede, a título transitorio, suspender en todo o en parte, los derechos fundamentales proclamados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El Presidente del Reich debe, sin retardo, llevar a conocimiento de la Asamblea del Reich todas las medidas tomadas en uso de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del presente artículo. Las medidas deben ser, a pedido de la Asamblea, dejadas sin efecto. Cuando amenaza un peligro, puede el gobierno del país adoptar para, su territorio, provisoriamente, medidas de las indicadas en el apartado 2. Las medidas deben ser a pedido del Presidente del Reich o de la Asamblea de Reich, dejadas sin efecto."

tica o la politización de la justicia, de suerte que cualesquiera de estas consecuencias eran indeseables. Por su parte, Kelsen defendía la naturaleza judicial del ente controlador de la constitucionalidad. De acuerdo a las ideas del reputado autor austriaco, el órgano defensor del código político tendría que ser un tribunal investido de facultades distintas e independiente del poder judicial ordinario, el cual tuviera las atribuciones necesarias para expulsar del ordenamiento a las normas y actos jurídicos irregulares mediante una declaratoria con efectos generales, es decir, el tribunal constitucional cumpliría la labor de un legislador negativo al realizar una función depuradora del sistema, a través de la expulsión de las normas y actos que resultaran irregulares desde la perspectiva del orden primario.

Más allá de que el transcurso del tiempo parece darle la razón a Kelsen, sobre todo por la difusión que el modelo concentrado de control constitucional ha tenido después de la Segunda Guerra Mundial, lo cierto es que esta polémica no deja de tener interés para mostrar cómo detrás de un texto aparentemente claro en sus términos pueden encontrarse diseños institucionales totalmente diversos en sus presupuestos esenciales y en sus consecuencias prácticas.

Mientras todo esto pasaba en este lado del Atlántico, ¿qué pasaba en México durante la etapa constitucionalista de la revolución de 1910? Unas pocas palabras en torno a la Constitución de 1917 bastarán para apreciar el paralelismo en las condiciones imperantes en nuestro país respecto del mismo momento histórico en Alemania.

Dos años antes que la Asamblea Constituyente alemana, en México las fuerzas revolucionarias que en 1910 se habían levantado en contra del régimen de Porfirio Díaz, se dieron cita en un pequeño teatro, que ya antes había sido escenario de otros momentos estelares de la historia nacional, para vaciar en normas las aspiraciones democráticas que habían enarbolado hasta entonces solo con las armas. La Constitución de 1917 es producto de la revolución, claro; pero no de una revolución como idea abstracta o como una fuerza uniforme y arrasadora. La Constitución del 17 es fruto de una facción dominante de las fuerzas sociales que nutrieron el movimiento, como lo fue el sector agrupado por Venustiano Carranza en torno al proyecto del Ejército Constitucionalista[13].

Este hecho destaca, tal como lo reconoce Alfredo Muñoz Delgado, que dentro del movimiento armado que inició bajo los auspicios de Francisco I. Madero, no existía una sola corriente o un solo caudal que aglutinara el descontento en contra del régimen porfiriano[14]. En realidad, se trataba de varias y diversas revoluciones, Venustiano Carranza,

13 Así véase: Silva Herzog, Jesús, *Historia de la revolución mexicana*, tomo I, México, FCE, 2008.

14 Muñoz Delgado, José Alfredo, "El constitucionalismo mexicano en el siglo XX: De la imposición a la convalidación", artículo inédito, p. 2. (Las referencias a esta obra se reproducen con autorización de su autor).

hace la suya, la Constitucionalista, no porque de entrada quisiera una nueva Constitución, sino porque exigía se cumpliera la existente, la de 1857.

El movimiento carrancista en principio fue un levantamiento armado en contra de la traición a través de la cual Victoriano Huerta se había hecho del poder. Sin embargo, la propia evolución del movimiento armado propició que Carranza se diera cuenta de la necesidad de introducir modificaciones a la Constitución de 1857 a fin de que se cristalizaran las demandas sociales de los campesinos y los obreros que habían servido de caldo de cultivo para la revolución. Es curioso, por ejemplo, que desde el Congreso Constituyente de 1856–1857 se haya planteado entre los diputados la posibilidad de introducir en la Constitución liberal ciertos matices de política social, sin embargo, fue el propio Ignacio Vallarta quien se opuso a tal inclusión, al considerar que las relaciones de desventaja entre los grupos sociales particularmente colocados en una situación de penuria económica, podrían resolverse no mediante lo que ahora podríamos llamar medidas de discriminación positiva, sino a través de la sola regla formal de la igualdad ante la ley.

Como quiera que haya sido, ya para 1916 Carranza era perfectamente consciente de que sin una reforma constitucional que atendiera los problemas agrarios y laborales, los logros de la revolución serían en el mejor de los casos magros. Es por ello que, una vez impuesto el orden por los constitucionalistas, Carranza encomendó al abogado Luis Cabrera, que emprendiera un proyecto de reformas sociales en materia agraria lo que sería el antecedente para la creación de formas sociales de propiedad para los comuneros, como lo fue la Constitución de los ejidos mediante la afectación de los grandes terrenos de cultivo de las haciendas, a partir de los cuales se dotó a grandes sectores de la sociedad rural de los medios para sobrevivir de manera libre.

Pero ello no fue todo, pues en el mismo momento de la apertura de la Constituyente en diciembre de 1916, era claro que lo que saldría de ahí no sería una simple reforma actualizadora de la carta de 1857. La cuestión agraria fue solo el preámbulo para que entraran en la Constitución los derechos de los trabajadores, bajo el nuevo modelo social que se cristalizó en artículo 4º constitucional – ahora es el artículo 5º – donde se previó el derecho al trabajo; y principalmente en el caso del artículo 123 donde se estableció todo un conjunto de derechos para los trabajadores, ya no en sus relaciones con el Estado, sino más bien en sus vínculos jurídicos de coordinación. La Constitución de 1917 previó las jornadas máximas de trabajo que estarían legalmente permitidas, determinó la necesidad de que los trabajadores gozarán de un día de descanso semanal, previó la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y permitió la formación de sindicatos y legalizó la existencia de las huelgas como medio de presión para obtener la homologación entre el capital y el trabajo.

El resultado del Constituyente entonces ya no podría haber sido referido a ningún otro antecedente en la historia constitucional mexicana[15]. Por ello, como afirma el profesor Muñoz Delgado, la Constitución del 17, destruyó la validez de la Constitución de 1857, pero además, debe tomarse en cuenta que si la contiene el querer ser de una nación, la orientación es otra, la Constitución de 1857 es individualista y liberal, con un liberalismo social tardío, en la que se monta la Constitución de 1917, la primera político social, en la historia del constitucionalismo contemporáneo, que en su desarrollo irá socavando la vigencia real de aquella, no se trata de procesos que quedan plasmados en una fotografía, sino de una película, de un largo y trágico filme[16].

El paradigma constitucional cambia en 1917: de un paradigma de la libertad a un paradigma de la igualdad, lo que resulta una completa novedad, aunque deje vigente aquel, pues se trata de un proceso constituyente inclusivo, lo nuevo, pero también lo viejo. Las ideas de la Constitución de 1917, pertenecían a una minoría, una decisión democrática le hubiera sido desfavorable, por ello afirma Tena Ramírez[17], se trata de una Constitución impuesta, y efectivamente lo es, impuesta por las armas no por los votos, que poco a poco obtuvo su naturalización, a fuerza de sostenerse desde el poder, so pena de sucumbir, por eso debía imponerse su incorporación en las Constituciones de los estados, que tenían poderes no democráticos sino impuestos por las fuerzas carrancistas, conforme al Plan de Guadalupe. No hay una continuidad constitucional del 1857 a 1917, en sentido estricto, se edifica sobre aquella aprovechando la libertad y utilizándola como discurso para consolidar la nueva Constitución, que insistimos empezó por imponerse a los Estados[18]. En esta tesitura de imposición, también a los Estados de la república se les impone un constitucionalismo inicialmente inválido, pero que en proceso revolucionario se ve natural, pues el derecho vigente es el que se está gestando para el nuevo querer ser de los mexicanos, centrado esta vez en la vigencia de los derechos sociales, principalmente de los campesinos y los trabajadores[19].

Después de hacer este breve recorrido de carácter histórico conviene destacar un aspecto común entre las Constituciones mexicana y alemana. En ambas cartas subyace la necesidad de consolidar un régimen democrático; en ambas cartas constitucionales subyace el hecho incontestable de que el contenido de las normas constitucionales represente

15 Esta característica de la Constitución de 1917 fue duramente objetada por Vera Estañol, Jorge, *Al Margen de la Constitución de 1917*, Wayside Prees, Los Ángeles, Cal., EE.UU. 1919.

16 Muñoz Delgado, José Alfredo, *op. cit.*, nota 14, p. 6.

17 Tena Ramírez, Felipe D*erecho constitucional mexicano,* Porrúa, México, 1981, p. 73.

18 Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2008, p. 469.

19 Muñoz Delgado, José Alfredo, *op. cit.*, nota 14, p. 7.

la expresión de los más anhelados ideales del hombre acuñados desde la más lejana historia; pero también es incuestionable que éstos no pueden lograrse si no existe un régimen jurídico-político en donde la acción de las autoridades públicas se someta a rígidos límites predeterminados por las normas constitucionales y donde se garantice no solo un conjunto de derechos de libertad en la forma de abstenciones para el Estado, sino que también es preciso que se aseguren ciertos elementos materiales comunes, compartidos para todos y mínimos indispensables para que los derechos de libertad puedan ser ejercidos. De aquí la aspiración del constituyente de 1917 para postular a la democracia como el único régimen de gobierno en el que tan excelso objetivo se puede lograr[20], ello porque únicamente a través de este modelo pudo construirse "un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo", según la expresión del artículo 3º constitucional.

Lo que los constituyentes alemanes entendieron perfectamente fue un hecho de profundas consecuencias. Las Constituciones de 1917 y 1919 inauguran una nueva forma de constitucionalismo social que supone al constitucionalismo liberal, por ejemplo, de los movimientos franceses y americanos del siglo XVIII; pero al mismo tiempo contempla a la persona humana desde su aspecto comunitario. Las relaciones jurídicas no solamente se establecen entre el Estado y sus ciudadanos, sino que también – y tal vez, principalmente – se constituyen vínculos jurídicos derivados del trabajo o la condición social entre personas colocadas en un plano de igualdad. En esos supuestos de coordinación los derechos de las personas pueden ser afectados de manera más grave y determinante, incluso que en las relaciones con la autoridad. Las Constituciones a que nos hemos referido inauguran el Estado Social de Derecho y con ello amplían el paradigma de las libertades para que ellas también cubran expectativas de prestación positiva para los sujetos especialmente más desventajados en las condiciones del desarrollo.

En este sentido, tanto la Constitución mexicana de 1917 como la alemana de 1919 son dos cartas que completan una faceta faltante del constitucionalismo y lo hace por medio de un vínculo fuerte con una concepción democrática no centrada solamente en el momento electoral. ¿Qué quiere decir esto? Algo de la primera importancia: que no puede existir una auténtica democracia centrada solo en los derechos de libertad como ausencia de obstáculos. Para que la democracia se convierta en una forma de vida es preciso que se aseguren las condiciones de viabilidad sustancial que solo otra clase de derechos relacionados con la salud, la educación y la participación equitativa de la vida económica pueden proveer.

---

20 Sobre el tema de la democracia en el constitucionalismo mexicano se puede consultar la obra de Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 12ª edición, México, Porrúa, 2009, pp. 443-466; donde el autor hace un interesante estudio de la idea democrática a lo largo de la historia hasta llegar a su conformación actual en la Carta Magna.

Expuesta esta cuestión puedo pasar ahora al último aspecto que quiero tratar en esta contribución, y que se refiere a la forma en la cual la concepción de los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar incidió en un especial modelo de derecho penal.

4. *Los principios penales en la Constitución.*

Después de las consideraciones formuladas en los apartados anteriores, cabe preguntarnos si la Constitución de 1919 tiene un modelo robusto de derechos fundamentales, vinculados con las garantías sustantivas y procesales que estructuran un sistema de derecho penal y de enjuiciamiento criminal adecuado para un Estado de Derecho. En este sentido, nos parece que la respuesta debe ser afirmativa. En la sección referente a los derechos y deberes de los alemanes, especialmente de los artículos 109 a 165, la Constitución consagraba un amplio elenco de derechos fundamentales no solo para la persona individualmente considerada, sino también desde la perspectiva de las relaciones sociales y económicas del pueblo alemán. En lo que sigue nos referiremos a las disposiciones que nos parecen más ilustrativas en este aspecto.

De inicio la Constitución establecía que "todo alemán está autorizado a emigrar de los países alemanes". Por lo que "todos los ciudadanos del Reich dentro del territorio del Reich o fuera de él, tienen derecho a la protección del Reich, respecto a los países extranjeros". También decía que "Ningún alemán puede ser entregado a un gobierno extranjero, para ser procesado o castigado" (art. 112). De esta última parte destacaba la forma en la cual la inmunidad de los ciudadanos alemanes implicaba una limitante para que fueran entregados a potencias extranjeras con fines de extradición, es decir, para ser juzgados o penados por delitos cometidos fuera de las fronteras del Reich. Esta es una primera disposición que tiene una vinculación de carácter penal.

Asimismo, en el siguiente artículo, el 113, se establecía que "Las poblaciones de lengua extranjera del Reich, no pueden por medio de la legislación y administración, ser trabadas en su libre desarrollo nacional, particularmente en el uso de su lengua materna, en materia de enseñanza y en lo concerniente a la administración interior y a la de justicia". Esta última parte es importante, porque garantizaba no solo la pluralidad cultural en lo que hace al respeto de las diversas lenguas del Reich, sino también en la medida en que se garantizaba que en lo que hace a la administración de justicia, especialmente en el caso del enjuiciamiento penal, se asegurara que los sujetos pasivos del proceso pudieran comprender cabalmente los actos del juicio, al estar expresados en la lengua que conocían y en la cual pudieran expresarse con cabalidad y comprensión plena. De este modo, existía en este artículo una clara garantía procesal a favor de las personas.

En su orden, es particularmente importante la disposición contenida en el artículo 114 que señalaba: "La libertad de la persona es inviolable. Una restricción o privación de

la libertad personal por obra de la autoridad pública solo es permitida si está fundada en la ley. A las personas a las que se ha privado de la libertad debe comunicárseles, a más tardar al siguiente día, qué autoridad ha ordenado la privación de la libertad y con qué fundamento, sin retardo debe dárseles ocasión de presentar recurso contra la privación de su libertad". Evidentemente esta era una norma que contenía las principales seguridades constitucionales de la libertad personal, y las principales reglas de trato procesal para los casos de detenciones por parte de la autoridad, cuando se estimaba que se había cometido un delito. En el artículo 114 se encontraban los derechos a una defensa adecuada, al acceso a la justicia, a la equidad de armas y a la inexistencia de demoras en la puesta a disposición de detenido ante la autoridad; todos los cuales, conjuntamente, son las principales cualidades y garantías del proceso penal propio de un Estado democrático.

Pero no solo eso, sino que en el artículo 116 se establecía claramente la garantía de legalidad en materia penal, al expresar: "Un acto puede solamente ser gravado con una pena, cuando la ley lo ha declarado punible antes de que el acto haya sido cometido".

Evidentemente en esta serie de reglas procesales para estructurar el enjuiciamiento penal y en todo este conjunto de principios sustantivos existe un claro vínculo con nuestra Constitución mexicana de 1917. También en la Carta de Querétaro se estableció todo un conjunto de seguridades constitucionales para que se contara con supuestos precisos únicamente en los cuales la autoridad puede privar de la libertad a las personas. Todas las detenciones deberían hacerse solo por medio de una orden judicial, siempre que existieran indicios claros de la comisión de un delito. Las detenciones sin orden solamente están permitidas, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución de 1917, en los casos de urgencia y flagrancia. En todos los casos, el ministerio público debería poner a disposición de la autoridad judicial a los detenidos dentro de un plazo perentorio e improrrogable, por lo que cualquier exceso en esta puesta a disposición será sancionado. De la misma forma, nuestros célebres artículos 14 y 16 constitucionales establecieron que nadie puede ser privado de la vida, la libertad, la propiedad, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y de acuerdo con las formalidades esenciales del procedimiento determinadas por las leyes expedidas con anterioridad al hecho. De modo que nadie puede ser molestado en su persona, familia o bienes, si no es con un mandamiento expreso de la autoridad que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El conjunto de disposiciones transcritas es claramente indiciario de la finalidad de los Constituyentes de 1917 y 1919 para establecer las pautas de un sistema de derecho penal – en sus vertientes sustantivas y procesales – que fuera plenamente respetuoso de los derechos fundamentales establecidos y del Estado de derecho. Es decir, un sistema de derecho penal claramente de corte liberal. Sin embargo, esta faceta liberal no era la única importante, pues debemos dar cuenta ahora de los lineamientos sociales contenidos en esas Constituciones.

En efecto, según el artículo 151 de la Constitución de 1919: "La organización de la vida económica debe responder a los principios fundamentales de justicia con el fin de asegurar para todos una existencia digna del hombre. Dentro de esos límites, la libertad económica del individuo será asegurada. La compulsión legal es permitida solamente para la realización de derechos amenazados o en servicio de una imperiosa exigencia de bien común". Por ello, entre los derechos sociales más destacados de la Constitución se encuentran los previstos por los artículos 159 y 160, que disponen:

> *Artículo 159.* La libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones del trabajo y económicas queda garantizada para todos y para todas las profesiones. Todas las convenciones y medidas que limiten esa libertad o tiendan a afectarlas son ilegales.
>
> *Artículo 160.* Quien se encuentre en una relación de servicio y de trabajo, como empleado u obrero, tiene el derecho de gozar del tiempo libre necesario, para cumplir sus derechos cívicos y para ejercer los empleos públicos y de honor que se le confíen en cuanto esto no resulte un perjuicio grave para la explotación. La ley determina en qué medida se mantiene el derecho a remuneración.

Dichos artículos se corresponden también con las reglas que el artículo 123 de la Constitución de 1917 estableció en materia de derechos de los trabajadores, sobre todo en lo que hace a la posibilidad de constituir asociaciones profesionales para defender los intereses de los trabajadores o en el establecimiento de previsiones mínimas que señalaran las jornadas de trabajo máximas y las condiciones para el cálculo de las remuneraciones. Estas reglas de carácter social son penalmente relevantes porque constituyen límites a la capacidad del Estado para crear tipos penales que sancionaran a los trabajadores. No es necesario decir, que durante mucho tiempo la asociación de los trabajadores en sindicatos o el ejercicio del derecho de huelga fueron sancionados como delitos. Pues bien, a partir de disposiciones como las del artículo 159 o 123, las Constituciones que ahora analizamos demuestran la aplicación que su cariz social tiene para el derecho penal, pues desde entonces la sindicación o el ejercicio de la huelga, no podrán ser más considerados como delitos, sino como auténticos derechos constitucionales de carácter social.

Este es otro mérito de las cartas de 1917 y 1919, pues a la faceta propiamente liberal del derecho penal, incluyeron otra cara de carácter social, comprometida con la homologación de las condiciones económicas de las clases sociales más desfavorecidas, y con ello complementaron la implementación de un modelo de derecho penal acorde a las condiciones de su tiempo y adecuado para el florecimiento del auténtico Estado Social de Derecho.

El ejemplo de las Constituciones de Alemania o de México, debe llamar la atención de la teoría jurídica, especialmente respecto de la formación de una teoría constitucional

consistente que, en el ámbito dogmático, proporcione un claro entendimiento del proyecto social, político y reformador querido por el constituyente que emitió esos textos señeros. Las Constituciones son normas, al menos en dos claros sentidos. En principio sus preceptos, por más amplios o conciliadores que hayan resultado en el momento histórico en el que fueron emitidos, son plenamente vinculantes para todos los actores públicos y privados y, en esa misma medida, demandan la instrumentación de todos los mecanismos que sean oportunos para hacer realidad el mundo prometido por la Constitución. En segundo sitio, son normas porque representan materiales abiertos a la interpretación. En el marco constitucional se pueden verter las ideas más progresistas en materia social, económica y en todos y cada uno de los temas que abordan los aspectos de la agenda colectiva, pero es también la interpretación jurídica la que puede aherrojar los preceptos de la ley suprema en la cárcel de un entendimiento precario y espurio. Por ejemplo, en México, bajo el argumento de que las declaraciones sociales de la Constitución tenían la naturaleza de normas programáticas dirigidas al legislador, por décadas se oscureció el verdadero carácter de las declaraciones sociales de la norma suprema. Esto no puede ser así.

En ello estriba la importancia de la formación de una teoría jurídica adecuada alrededor del texto constitucional. Eso fue lo que paso en relación con la Constitución de 1919 y que en nuestro país apenas se ha formado hace un par de décadas respecto de nuestra carta. De otra forma no podríamos entender, por ejemplo, el papel de Kelsen en el surgimiento del derecho procesal constitucional como disciplina científica o las aportaciones de Radbruch a la filosofía del derecho. Especialmente, por los días que escribimos esta contribución, se han difundido en castellano tres artículos de Radbruch que explican bien el papel de los juristas formados en el clima democrático auspiciado por la Constitución de Weimar, sin este antecedente hubiera sido difícil que Alemania recobrará décadas más tarde la conciencia de que los horrores de los regímenes totalitarios deben ser desterrados de la historia humana y sus responsables sancionados con toda la fuerza del derecho. Ese nos parece el mérito más notable de la carta de 1919 en el ámbito del derecho penal, y que no es otro que haber hablado en torno a los indeclinables valores de la libertad, la igualdad y la resistencia a la opresión. Y no solo eso, sino el mérito de haber trasladado la vigencia de los derechos fundamentales del espacio cósmico de la abstracción, a la circunstancia concreta del hombre.

5. A manera de conclusión.

Concluimos nuestra participación y esperamos a estas alturas haber demostrado nuestro punto. Dijimos que el constitucionalismo es un fenómeno único porque siempre ha estado puesto al servicio del desarrollo de las potencias humanas en su faceta individual y colectiva. Por ello, un estudio constitucional no puede preterir los informes que el análisis

histórico proporciona como elementos para demostrar la forma en la que esa idea única ha proliferado de manera diversa en los distintos climas y latitudes donde la semilla del constitucionalismo ha sido plantada. En esta tarea nos hemos ocupado de dos experiencias concretas como lo son la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución mexicana de 1917, que pueden ser consideradas como las cartas que complementaron al ideal del gobierno de las leyes mediante la inclusión de los derechos sociales en el ámbito de las expectativas constitucionales a prestaciones positivas del Estado. Este hecho ya es por sí mismo relevante y justifica de plena forma que nos detengamos una y otra vez a estudiar esos documentos señeros, en este tiempo cuando se cumple un siglo de su expedición.

Pero hoy queremos llamar la atención sobre otra forma en la que las Constituciones de 1917 y 1919 pueden resultar mutuamente influidas. En esencia estimamos que ambas son representaciones de la lucha constante del hombre por establecer un modelo de derecho penal que reduzca la violencia estatal a su mínima expresión, donde el proceso penal este regido por los límites inexorables de los principios democráticos e ilustrados de la taxatividad, la legalidad, la equidad de armas, y la igualdad de oportunidades de defensa. Se trata, en suma, de un derecho penal que responda a las exigencias de la racionalidad y que no aspire solo a sustituir la violencia intersubjetiva producida por el delito por la violencia institucionalizada del brazo armado del Estado.

Hoy, a cien años de aquel momento señero del constitucionalismo, en el cual las libertades dieron un paso adelante, nuestra tarea – al detenernos ahora a discutir sobre la Constitución de Weimar de 1919 – no puede ser otra que la defensa irrestricta de las libertades alcanzadas por cada uno de nuestros pueblos. El constitucionalismo mexicano tiene mucho que aprender de los logros de la justicia alemana, sobre todo después de los terribles acontecimientos de los regímenes totalitarios, y la forma en que en estas tierras las libertades han echado sus raíces. Nuestros pueblos se encuentran unidos en una tarea común en aras de la defensa de la dignidad humana que el derecho debe hacer efectiva y bien hacemos al ocuparnos de ello en eventos como este.

Bibliografía.

Arteaga Nava, *Elisur, Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2008.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13ª ed., México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2002.

Chiassoni, Pierluigi, *La tradición analítica en la filosofía del derecho.* De Bentham a Kelsen, trad. de Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2017.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed., México, Porrúa-IIJ/ UNAM, 2003, p. 176.

FUENTES, Carlos, Personas, México, Alfaguara, 2012.

MONTAGUT, Eduardo, "La Constitución de Weimar", consultado en HTTPS://NUEVAREVOLUCION.ES/HISTORIA-LA-CONSTITUCION-WEIMAR/#, EN FECHA 24 DE MARZO DE 2019.

MORENO, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 13ª ed., México, Porrúa, 1993.

MUÑOZ DELGADO, José Alfredo, "El constitucionalismo mexicano en el siglo XX: De la imposición a la convalidación", artículo inédito. (Las referencias a esta obra se reproducen con autorización de su autor).

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 12ª edición, México, Porrúa, 2009.

SAVIGNY, Federico Carlos de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho,* trad. de Adolfo Posada, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1977.

SILVA HERZOG, Jesús, *Historia de la revolución mexicana*, tomo I, México, FCE, 2008.

TENA RAMÍREZ, Felipe *Derecho constitucional mexicano,* Porrúa, México, 1981.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808–1999*, 22ª edición, México, Porrúa, 1999.

VERA ESTAÑOL, Jorge, *Al Margen de la Constitución de 1917*, Wayside Prees, Los Ángeles, Cal., EE.UU. 1919.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011.

Miguel Lamadrid Luengas

VII. Lecciones de la Constitución de Weimar para Colombia.

Resumen: Dentro de las lecciones de la Constitución de Weimar en cuanto a derechos fundamentales, estructura política, administración de justicia y protección de los derechos sociales, es la introducción de la revisión judicial de mano de una jurisdicción constitucional un elemento preponderante para los sistemas jurídicos actuales, dado que con su implementación la protección de los derechos fundamentales se tornó en su principal tarea, y en un campo como el del derecho penal, esa protección y preservación de los mismos, enmarcada en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, es una garantía en países como Colombia contra los abusos del poder.

Palabras claves: Constitución, derechos fundamentales, revisión judicial, proporcionalidad, razonabilidad.

Abstract: Amongst the lessons of the Weimar Constitution in terms of fundamental rights, political structure, administration of justice and protection of social rights, the introduction of a judicial review by the hand of a constitutional entity is a prevailing element for the current legal systems, given that with its implementation the protection of rights becomes its main task, and in a field such as criminal law, the protection and preservation thereof, framed in a proportional and reasonable criteria, is a guarantee in countries like Colombia against the abuse of power.

Keywords: Constitution, fudamental rights, judicial review, proportionality, reasonableness.

I. Introducción

En la celebración de los cien años de la Constitución de Weimar de 1919 es importante establecer cuáles elementos de la misma pueden considerarse como influenciadores para la consolidadicón de instituciones politicocriminales y del derecho penal en general. De esta forma, el presente artículo surge de la necesidad de hacer un estudio detallado de la Constitución de Weimar con el fin de identificar los elementos que han servido en la historia de los sistemas jurídicos en mayor o menor medida.

Pero no sólo la Constitución nos deja lecciones sino que igualmente las vicisitudes en las que se discutió y su implementación, son elementos a tener en cuenta para los análisis de nuestras realidades no sólo jurídicas sino también políticas.

La necesidad de ver estructuras normativas no de manera aislada sino de manera armónica con la situación histórica en las que se desarrollaron nos permite no sólo entenderlas, sino analizar su contenido y las lecciones que irradia a los demás ordenamientos jurídicos.

Por lo anterior en el presente trabajo se ha pretendido hacer un estudio de esos elementos junto con el devenir histórico en el que se implementó la Constitución de Weimar y luego de ello se ha escogido un elemento que se considera de la mayor relevancia: la introducción de la revisión judicial de la mano de la creación de un tribunal constitucional.

Con este elemento, en la segunda parte reviso como sistemas como el colombiano, con el establecimiento de la Corte Constitucional, ha desarrollado esta institución y cómo de sus pronunciamientos y jurisprudencia se pueden sacar lecciones de derecho penal y política criminal. Por último, se presentan algunas reflexiones finales.

II. La Constitución de Weimar.

1. Antecedentes.

La Constitución de Weimar, sin duda alguna, es una fuente de lecciones que han ayudado a moldear los Estados constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo XX. Principalmente en relación con la consolidación de una democracia y la protección a nivel constitucional de los derechos fundamentales.

No obstante, entrando en la historia del territorio donde actualmente se encuentra la Republica de Alemania, un antecedente de la mayor relevancia debe subrayarse: antes de mediados del siglo XIX, existió un hecho de notoria importancia y relevancia histórica: La revolución de 1848, que dio lugar a la Constitución de *Paulskirche*, la que puede considerarse la primera Constitución democrática en territorio alemán. El 18 de mayo se reunió

la Asamblea Nacional en la *Paulskirche* en Frankfurt a.M.[1] y se estableció la Constitución del imperio de 28 de marzo de 1848[2]. Sin embargo, la elección de Federico Guillermo IV por parte de la Asamblea Nacional y su rechazo por parte de la corona imperial, condujo al fracaso de la Constitución, su rechazo por parte de la mayoría de los Estados y el retiro de los diputados de la Asamblea, en definitiva, el fracaso de la Asamblea Nacional[3].

Por ende, la Constitución de *Paulskirche* nunca entró en vigor. No obstante, tiene una enorme relevancia no sólo desde el punto de vista histórico, sino principalmente a nivel de su contenido y el espíritu que representaba como fuente de elementos tanto de los derechos fundamentales, como de consideraciones penales y procesal penales. En relación con el primer aspecto, en un capítulo especial de dicha Constitución se garantizaron como derechos fundamentales, entre otros, las libertades: de las personas, de opinión, de reunión, de circulación, científica, el secreto postal, la inviolabilidad de la propiedad y la abolición de la pena de muerte, principalmente. Y fueron estos los principales derechos fundamentales extrapolados literalmente a la Constitución de Weimar. En relación con el segundo aspecto, ello hace parte de un movimiento que se venía gestando durante toda la primera mitad del siglo XIX[4]. La idea que subyacía al mismo era la consolidación de las garantías del proceso penal, que implicaba, entre otras cosas, la mejora de la posición del acusado, de su derecho de defensa, la exigencia de independencia judicial, y con ella la reserva de jueces para encargarse de las afectaciones a los derechos del acusado, entre otros. Todo ello tenía una fuerte relación con la Constitución de los nuevos Estados y la separación de poderes. Estos cambios fueron los que caracterizaron lo que se denominó el procedimiento penal reformado[5].

Teniendo claro ello, pasaré a referirme a la segunda Constitución democrática alemana que fue la Constitución de Weimar de 11 de noviembre de 1919. Lo primero a destacar es que esta Constitución nunca tuvo el respaldo necesario de la población y contenía una serie de problemas internos que generaron, entre otros, tanto el desmoronamiento de la República de Weimar como la generación de los graves eventos que dieron lugar a la segunda guerra mundial[6].

---

1 Hilgemann, *DTV- Atlas,* Tomo. II, p. 57

2 Schuster/Liebig, *Alle deutschen Verfassungen*, Goldmann Gesetze, 1985; Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte,* nm. 360.

3 *DTV-Brockhaus,* Tomo. I, p. 333s.

4 Todo ello se vio reflejado en el "constitucionalismo temprano *(Frühkonstitutionalismus)*". Cfr. LAMADRID, *El principio,* pp. 33, y ss. con amplias referencias.

5 Lamadrid, *El principio,* pp. 38 y ss.

6 Por ende, los padres de la Ley Fundamental si bien usaron la Constitución de Weimar como modelo histórico tuvieron presente la imperiosa necesidad de evitar los vicios contenidos en ella bajo la siguiente premisa: "*dass Bonn niemals Weimar wurde*". (Bonn nunca será Weimar). Hellmann, Jacobi y Stark, "*Neue*" *deutsche Aussenpolitik?,* pp. 5 y ss.

A continuación, abordaré el contexto histórico que dio lugar a dicha Constitución. Luego de ello, se analizarán los principales aspectos de la misma y, finalmente, se estudiarán las consecuencias de su vigencia.

2. Situación política de Alemania en la posguerra.

En noviembre de 1918 estallaron, primero en Kiel, y sucesivamente en Hamburgo y Bremen, motines de soldados y marineros, que luego se multiplicaron por el resto del país. De esta forma a finales de ese año toda Alemania quedó a merced de los consejos de obreros y soldados, al estilo ruso. Esta revolución planteaba en Alemania, como principal aspecto, el grave problema de la reorganización política[7].

La revolución había sido obra de los socialistas independientes (USPD) quienes tenían un fin económico, consistente en la inmediata socialización de los medios de producción y organizar el país según el sistema y los métodos del *soviet*. Por su parte, para los social demócratas (SPD), quienes compartían el poder con los independientes, su fin era principalmente político consistente en la necesidad apremiante de convocar una asamblea constituyente para organizar la república democrática alemana (RDA). Estos últimos primero convocaron al Congreso General de los Consejos de obreros y soldados de toda Alemania, que se reunió del 16 al 20 de diciembre de 1918 y, segundo, convocaron a una asamblea nacional cuya elección debía realizarse el 19 de enero de 1919. Los independientes, en desacuerdo con los social demócratas, con sus planteamientos y en general las claras divergencias entre ambos, dieron lugar a las revueltas que provocaron en Berlín la semana sangrienta de Navidad de 1918[8].

No obstante, en enero del año 1919 se pudieron realizar la elecciones de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. La principal característica de esta elección, fue que pudieron participar todos los alemanes mayores de veinte años, hombres y mujeres sin distinción alguna. Al final de las elecciones ningún partido representó la mayoría absoluta del país, aunque los social-demócratas junto con lo centro-católicos obtuvieron una mayoría[9], lo que les dio la posibilidad de implementar una Constitución que estableciera un régimen democrático a la par que pudieron asegurar tanto los intereses económi-

7 Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, pp.388 y ss.

8 Se eliminaron los miembros del gobierno que hacían parte del partido extremista que dio lugar a la segunda revolución cuyo resultado inmediato fue afianzar a los social demócratas.

9 Los social-demócratas defensores de los principios democráticos, constituyeron la mayoría, seguidos de los centro-católicos, defensores del Estado religioso y de la enseñanza libre. Luego los demócratas liberales progresistas y la derecha conservadora formada por el partido nacional alemán y por el partido popular. Finalmente, los independientes, socialistas máximos.

cos de las clases trabajadoras como establecer un liberalismo que hiciera posible la vida y la seguridad, ambas defendidas por los conservadores[10].

Finalmente, la Asamblea se instaló el 6 de febrero de 1919 en la ciudad de Weimar, dado que Berlín claramente no se consideraba un sitio seguro y comenzaron las deliberaciones donde *Hugo Preuss,* Profesor de derecho constitucional, fue un actor decisivo en la consolidación del texto, sacando adelante sus principales ideas sobre la necesidad de unificar el *Reich* y de desmembrar a Prusia[11], la necesidad de confiar en la democracia, la separación de los poderes, la superioridad del régimen parlamentario y la plasmación de los derechos fundamentales[12].

Esta era pues la situación en la que se planteó, gestó y desarrolló la Constitución de Weimar.

3. Principales aspectos de la Constitución de Weimar.

A continuación, haré un análisis sumario de los elementos que considero de mayor trascendencia de la Constitución de Weimar. Para ello se realizó un estudio de sus artículos, enfocándome en una primera parte en el sistema político que en ella subyace, donde se verán los principales aportes democráticos, pasando por la consolidación de la administración de justicia, la protección de los derechos fundamentales y finalizando en la sección relativa a la vida económica. Este orden de acuerdo a como se estableció en la propia Constitución.

a) El sistema político de la Constitución.

Alemania se convirtió en una República Democrática con la Constitución de Weimar (en adelante CW). Su artículo 2 señalaba que el *Reich* alemán era una república[13] y que el poder público emanaba del pueblo[14] y el artículo 17 imponía a los Estados el deber de dictarse una Constitución republicana.

---

10 Winkler, *Der lange Weg*, passsim.

11 Después de la derrota en la gran guerra, toda Alemania responsabilizó a Prusia, por lo que no se consideró que fuera posible lograr algún equilibrio político mientras Alemania estuviese compuesta por un gran estado, Prusia, y por otros de importancia mucho menor.

12 Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, pp. 388 y ss.

13 El sistema republicano en Alemania era algo absolutamente desconocido pero dadas las circunstancias principalmente de tratar la paz con los gobiernos extranjeros, que se consideró como una solución.

14 La democracia latente en la CW estableció que los diputados que componían la asamblea del Reich eran representantes de todo el pueblo y no podían estar ligados a un mandato imperativo de los electores (art. 31) y que debían ser elegidos por sufragio universal de todos los hombres y mujeres de más de 20 años de edad. Por su parte el artículo 61 CW reguló que el Presidente del Reich sería elegido por todo el pueblo alemán y que los Estados tendrían una representación popular elegida por todos los alemanes, hombres y mujeres, en sufragio universal. El sistema democrático quedó así firmemente asentado en el pueblo, sin distinción de clases o profesión.

Los órganos del poder público creados por la CW fueron: el *Reichstag* o Asamblea del *Reich*, el Presidente del *Reich*, el gobierno[15], el *Reichsrat* o Consejo del *Reich*, el Consejo económico, la administración de justicia y el gobierno de los *Länder* (los 17 estados federados). El *Reichstag* se componía de diputados que elegía el pueblo alemán (art. 20) para un periodo de cuatro años. Sus funciones eran las relativas al ejercicio de la soberanía, la legislativa y la de contralor sobre los otros poderes. En cuanto a sus funciones de soberanía dictaba las leyes de amnistía (art. 49), declaraba la guerra y concluía la paz (art. 45) y autorizaba las alianzas y los tratados con los estados extranjeros. Por su parte el *Reichsrat* era un órgano creado para representar a los 17 Estados Federados en la legislación y administración del *Reich*.

Adicionalmente el sistema electoral que se implementó en la CW fue el sistema badés, que radicaba en que el número de diputados en vez de ser fijado de antemano según las cifras de la población que tenía derecho a elegir, dependía del número de los votantes, por lo que no se podría saber de antemano el número de miembros que compondría la asamblea, sino al finalizar la elección.

La democracia que se estipuló para Alemania era tanto representativa como directa. El pueblo participaba directamente en la dirección y gobierno del *Reich* tanto política como legislativamente. Del primer caso tenemos dos claros ejemplos: el primero en el artículo 4 CW que ofrecía la posibilidad de que, antes de la expiración del término constitucional, el presidente del *Reich* fuera depuesto, a pedido del *Reichstag*, por un plebiscito. Si la votación era favorable a ello, el presidente debía irse de su cargo, pero si no lo era, se debía disolver el *Reichstag*. Esta herramienta buscaba permitir que el propio pueblo pudiera disponer del rumbo del gobierno, en caso de contradicciones entre el ejecutivo y el legislativo que se tornaren irresolubles. El segundo ejemplo, establecido en el artículo 18 CW, señalaba que cuando quiera que se buscare modificar los límites territoriales de los Estados federados, la voluntad popular debía ser tenida en cuenta y si un tercio de los habitantes del Estado interesado, con derecho a voto, pidiera que la cuestión fuera sometida a un plebiscito, el gobierno quedaba obligado a realizarlo y si la votación fuera a favor del cambio, el gobierno debía presentar el correspondiente proyecto al *Reichstag* en dicho sentido.

Por su parte la participación del pueblo a nivel legislativo era aún mayor. La principal, que recogían los artículos 73 y 76, era la relativa a la iniciativa legislativa del pueblo. Un décimo de los ciudadanos con derecho a voto podía presentar un proyecto de ley para que fuera sometido a referéndum y si fuere favorable, pasaba al *Reichstag* para su aprobación. De la misma forma, debía someterse al referéndum un pedido del pueblo para reformar la

15 El gobierno estaba compuesto del canciller del Reich y de los ministros (art. 52). El presidente del Reich nombra al canciller (art. 53).

Constitución. Ahora bien, dentro del sistema se consideró que para la sanción de las leyes era precisa la participación del Presidente, del *Reichstag* y del *Reichsrat*. Si una ley, que era votada por el *Reichstag*, era vetada por el *Reichsrat*, el Presidente del *Reich* debía, si era ley que modificaba la Constitución o podía, si era una ley ordinaria, someterla a referéndum cuyo resultado establecía la postura que debía aplicarse de entre las formuladas por ambas asambleas (arts. 76 y 74).

De otra parte en el artículo 73 CW se le daba la posibilidad al Presidente del *Reich*, en caso de no aceptar una ley dictada por el *Reichstag*, de someterla a referéndum, previo a ordenar su publicación. Finalmente en caso de que la publicación de una ley hubiere sido suspendida, el mismo artículo 73 CW posibilitaba la realización de un referéndum, cuando lo pidiese una vigésima parte del pueblo que tenía derecho al voto.

***b) La administración de justicia*[16].**

En cuanto a la administración de justicia se consideró su división en tres jurisdicciones: la jurisdicción superior, la ordinaria y la administrativa.

La jurisdicción superior la ejercía el *Staatsgerichtshof* o Corte de Justicia para el *Reich* alemán que debía desarrollarse en una ley del *Reich* (art. 108 CW). Esta Corte era competente para conocer de los conflictos de derecho que pudieren surgir en la aplicación del derecho de los Estados federados y el derecho del *Reich* (art. 13 CW), en los conflictos entre las autoridades de un Estado federado y el gobierno del *Reich*, sobre la aplicación de una ley, o entre dos Estados federados sobre la distribución del patrimonio a dividir después de la formación de nuevos Estados o rectificaciones territoriales y en la acusación que el *Reichstag* dirigiese contra el Presidente o el gobierno por violación de las leyes o de la Constitución.

Por su parte la jurisdicción ordinaria la compartían el *Reichsgericht* o Tribunal del *Reich* y los Tribunales de los Estados federados (art. 103 CW).

Como aspecto innovador de la CW es necesario precisar que se consideró establecer en Alemania una justicia constitucional de una manera fragmentaria. De esta forma el sistema judicial de la CW era un sistema que operaba en el campo del federalismo y en conexión con los conflictos constitucionales que se producían al interior de lo Estados federados. El *Staatsgerichtshof*, que era un tribunal especial y el *Reichsgericht* eran los competentes para pronunciarse sobre dichos asuntos. De suma importancia fue la afirmación que realizó el *Reichsgericht* en 1925 sobre la potestad que tenían todos los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución. Por ello, al año siguiente, en 1926, se elaboró una propuesta de ley para establecer un sistema más completo de justicia constitucional, según

16 Cfr. La completa obra ANGERMUND, *Deutsche Richterschaft*, passim.

el cual el *Staatsgerichtshof* sería el tribunal constitucional. El proyecto anticipó muchos de los rasgos de los tribunales constitucionales de la posguerra: la posibilidad de que una minoría cualificada de parlamentarios impugnaran una ley en abstracto y el deber de los jueces ordinarios de elevar cuestiones de inconstitucionalidad cuando concluyeran que la ley aplicable al caso contravenía a la Constitución[17]. Sin embargo, a pesar de ser discutida en el Parlamento, no llegó a aprobarse.

Sin duda alguna este aspecto introducido en una Constitución de un país del sistema del *civil law* de principios del Siglo XX es de enorme avanzada, a pesar de que no se tenga mucho en cuenta al analizar la importancia de la Constitución de Weimar. Sobre este punto se volverá más adelante.

c) Los derechos fundamentales.

La Constitución de Weimar fue la primera que incorporó los derechos fundamentales y que tuvo plena vigencia en el territorio de un Estado como Alemania a principios del Siglo XX.

En primer termino, el artículo 109 CW desarrollaba el principio de igualdad ante la ley y establecía que hombres y mujeres tenían los mismos derechos y deberes civiles y cívicos; a su vez, en el artículo 111 se garantizaba la libertad de circulación; en el artículo 112 se estableció la prohibición de extradición para nacionales alemanes. También se protegía en el artículo 114 CW la libertad de la personas, la cual se consideró como inviolable y sólo susceptible de ser limitada mediante ley. Además, se garantizaba el habeas corpus. Otro tanto se daba en la protección del domicilio que igualmente, como lugar de amparo, era inviolable, al tenor del 115 CW.

De otro lado el principio *nullum crimen sine lege* se estipuló en su artículo 116 CW[18]. Junto a ello, se encontraban la garantía del secreto postal (art. 117), los derechos de libertad de opinión, reunión, asociación y petición. La libertad de expresar libremente las opiniones por medio de palabras, escritos o impresos, se garantizaba en el artículo 118; el derecho de reunión, si era pacífico y sin armas, era libre en recintos cerrados y sujeto a restricción cuando era al aire libre (art. 123); el derecho de asociación sólo tenía las limitaciones establecidas en las leyes penales (art. 124); y en cuanto a la petición se podía realizar tanto de forma individual como colectiva (art. 126).

17 Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, pp. 36 y ss.

18 "Un hecho solo puede castigarse si su punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido" aunque el El parágrafo 2 (1) del RStGB, vigente desde la época del Kaiserreich, da una mayor claridad al respecto: "Un hecho solo puede castigarse cuando esa punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido".

No obstante, la Constitución de Weimar no se limitaba a referirse a los derechos, hablaba también de los deberes. El artículo 163 CW decía que todo alemán tenía el deber moral de emplear su fuerza intelectual y física como lo exigiera el bien de la comunidad; y junto a éste, se establecía que todos los ciudadanos estaban obligados a prestar servicio personal al Estado y a las comunas, y que también tenían el deber de aceptar funciones honoríficas y de contribuir a todas las cargas públicas según dispusiera la ley (arts. 132, 133 y 134).

Como se observa la CW contenía un catalogo sumamente completo de protección a los ciudadanos, herencia de la Constitución de *Paulskirche*, como ya fue mencionado anteriormente.

d) La vida económica.

Finalmente, la sección quinta, titulada "La vida económica", constituyó un apartado especial de protección a todo lo relacionado con el desarrollo de la vida económica. Esta sección incorporaba como principio fundamental de justicia de la organización de la vida económica la necesidad de asegurar para todos una existencia digna y garantizaba la libertad económica (art. 151).

La Constitución reconocía de igual forma la propiedad individual pero señalaba que la misma generaba la obligación de consolidarla a través del trabajo y la producción. La propiedad obligaba y su uso debía ser, al mismo tiempo, de utilidad para el bien común (art. 153). La cultura y explotación del suelo eran un deber de los propietarios y el aumento del valor del suelo que adquiriera un bien inmueble, sin inversión de trabajo o capital, sería para el provecho de toda la comunidad (art. 155).

En relación con las riquezas naturales del *Reich*, señalaba que se encontraban bajo la vigilancia del Estado, por lo que aquellas que estuvieren en manos privadas, deberían pasar por ley al mismo. Igualmente por ley, establecía la posibilidad de expropiar las empresas económicas privadas. (arts. 155, 156).

Finalmente, y en caso de necesidad urgente, facultaba la colaboración de patrones y obreros, con el objeto de reglar, según los principios colectivistas, la producción, creación, distribución, el empleo y la determinación de los precios, así como la importación y exportación de las mercaderías, según los principios de la economía social (art. 156).

En cuanto al trabajo, se consideró que estaba bajo la especial protección del *Reich* (art. 157). Se estableció que todo alemán tenía el derecho a que se le diera la posibilidad de procurarse satisfacer sus necesidades por medio de un trabajo productivo y si no podía acceder al mismo, era deber del Estado proveer a sus necesidades (art. 163). Se protegía especialmente a la clase media independiente contra las sobrecargas y medidas que fueran en contra de ella (art. 164). De igual forma se reconocía y garantizaba la libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones de trabajo y económicas (art. 159),

optando en este sentido, por medio de los consejos de obreros, de estimular la colaboración de los trabajadores con los empresarios en la reglamentación de las condiciones del salario y del trabajo, autorizando la intervención en la distribución y utilización del suelo y de las riquezas naturales (art. 165).

De la mayor relevancia era la regulación contenida en el artículo 161 sobre la creación de un sistema integral de seguridad, bajo la cooperación de los asegurados, para la conservación de la salud y la capacidad de trabajo, para la protección de la maternidad y para la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, de la debilidad y de las vicisitudes de la vida.

Junto a ello se indicaba que el *Reich* tenía el deber de intervenir para procurar una reglamentación internacional de las condiciones legales de los trabajadores que les procurara un mínimo de derechos sociales para toda la humanidad (art. 162).

Sin duda estos últimos elementos que componen la sección quinta eran la parte más novedosa de la Constitución de Weimar.

Luego de este repaso a los elementos, a mi juicio preponderantes de la Constitución de Weimar, lo primero que sobresale es el espíritu que subyace a la misma: una clara necesidad de cambios en el Estado, de transformaciones en el sistema, de lucha contra la autoridad y contra el poder absoluto. Por ello se buscó que el pueblo interviniera directamente en el gobierno y que el obrero colaborara con el empresario para fijar el régimen del trabajo. Ante la crisis del poder fundado sólo en la fuerza, las fuerzas sociales e históricas que impulsaron el proceso constitucional consideraron preciso volver al pueblo en busca del equilibrio perdido, para que el pueblo mismo tomara conciencia de su suerte y que directamente, por el plebiscito y la iniciativa popular, participara en las deliberaciones de su gobierno. Y todo ello mediado por una serie de controles recíprocos cuya finalidad no era otra que evitar los excesos. En el papel una serie de disposiciones bastante extremas y radicales, cuya misma enunciación causaba duda y hace dudar incluso a los más optimistas. Desde el mismo sufragio universal, pasando por la aceptación de las desigualdades y la búsqueda de la igualdad por compensación, la creación del sistema integral de seguridad social y terminando por la socialización de las industrias, todo ello se muestra más como un remedio extremo de los constituyentes en busca de lograr consensos en los disensos, y de atraer para sí la aprobación del pueblo y así acallar tanto descontento. Sin embargo, todo ello en vano dado que la falta de apoyo popular fue un lastre que cargó durante toda su vigencia y que evitó que tantas y tan buenas intenciones pudieran materializarse adecuadamente. Por el contrario, el exceso de optimismo nubló la vista de los constituyentes que no repararon la serie de opciones que abrían a los extremistas para cumplir con sus propósitos mezquinos.

4. Repercusiones de la Constitución de Weimar:

Se podría llegar a afirmar que los logros de la revolución alemana de fines de la década de los años veinte fueron de gran alcance. Una Constitución republicana muy ambiciosa, que otorgaba derechos de voto a hombres y mujeres de 20 años o más, acompañada por una declaración de amplios derechos sociales y económicos para el pueblo. El movimiento obrero obtuvo el reconocimiento de los sindicatos, los poderes de negociación y los consejos representativos en las grandes empresas, y lo más importante: una jornada laboral de ocho horas[19]. Sin embargo, en realidad para la mayor parte de la población alemana, después de 1918, la sensación era de repudio generalizado contra los sindicatos y los partidos de izquierda, a quienes consideraban como francamente ilegítimos, dado que obtuvieron el poder político únicamente como resultado de los disturbios revolucionarios de 1918-19. Por su parte, los principales industriales no pudieron adaptarse a la idea de tratar a los sindicatos como socios de negociación en iguales condiciones; las élites tradicionales no consideraban a la nueva república como un sucesor legítimo del régimen imperial anterior a la guerra[20].

Todo ello dado que la credibilidad de la nueva república en los primeros seis meses de 1919 fue crucialmente dependiente de la naturaleza del acuerdo de paz que sus representantes pudieron asegurar. A los líderes civiles se les había encomendado la responsabilidad de llevar a cabo negociaciones de paz con la confiada expectativa de que lograrían obtener del Presidente Wilson y los líderes aliados un acuerdo más indulgente que las autoridades militares. Sin embargo, todo hizo parte de una jugada calculada por el alto mando militar alemán para que, en caso de que los políticos no tuvieran éxito, como así ocurrió, el odio político de una paz dura caería sobre ellos y sobre la nueva república en lugar de sobre el régimen imperial y el ejército.

Así las cosas, el pueblo experimentó la decepción de la imposición de una Constitución en la que no participó y que siempre consideró como una imposición de los aliados. Junto a esto la barbarie causada por la guerra y los síntomas de una crisis económica, luego de una guerra perdida, una inflación, que ya había comenzado durante los últimos años de la guerra debido a las políticas equivocadas para financiarla, consistente en bonos de guerra en lugar de aumentar los impuestos, y que fue agravada por las demandas de reparación de los Aliados, principalmente Francés, culminaron con la crisis por la hiperinflación del año 1923 y un aumento de la delincuencia, principalmente de tipo económico[21].

19 Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, pp.388 y ss.

20 Winkler, *Der lange Weg*, pp. 545 y ss.

21 Böse, *Gewaltverbrechen*, passim.

Sin embargo, a pesar de los cambios radicales en el nivel del Estado y el derecho constitucional, en general, el ordenamiento jurídico se mantuvo sin cambios[22]. El artículo 178 CW declaraba que todas las leyes existentes permanecieren en vigor a menos que contradijesen a la nueva Constitución[23]. En cuanto a la democratización del sistema de justicia se vio obstaculizada por el hecho de que tenía que conformarse con el personal del sistema político anterior[24].

Y en relación con algunos elementos que se consideraban de avanzada de la Constitución de Weimar, su utilización, contraria al espíritu de su creación, generó fracturas más profundas al sistema. De entre ellos, uno de la mayor importancia era el relativo al desequilibrio tan marcado entre los poderes públicos, establecido específicamente el artículo 48 CW, el cual dotaba al presidente de muy amplios poderes ejecutivos[25]. La potestad de intervenir en situaciones excepcionales y tomar todas las acciones que considerase necesarias, incluía la posibilidad de promulgar Decretos de urgencia y la suspensión de los derechos fundamentales. Este poder, sin duda alguna, es considerado uno de los factores clave para el hundimiento de la República de Weimar.

Junto a este, el establecimiento de una combinación híbrida de democracia presidencialista y parlamentaria creó dos diferentes procesos para resolver las disputas de los grupos políticos. El proceso normal sería una elección parlamentaria y la creación de un gobierno parlamentario, cuyos actos fueron sometidos a veto presidencial. Pero en una "emergencia", el presidente podría nombrar un gobierno presidencial y autorizarlo a gobernar por decreto, suspendiendo al *Reichstag* y asumiendo poderes dictatoriales para sí mismo. De esta forma la Constitución de Weimar enfrentó una tarea imposible para resolver que reflejaba las profundas divisiones entre los intereses económicos y sociales. Estas

22 Sobre los aspectos penales de la época de la República de Weimar Cfr. ACHENBACH, *Historische*, pp. 75y ss.

23 RASEHORN, *Justizkritik*, pp. 159 y ss.

24 GUSY, *Weimar*, pp. 108 y ss.

25 Art. 48. Cuando un Estado no cumple las obligaciones que le incumben según la Constitución del Reich o las leyes del Reich, el Presidente puede compelerlo a ello con ayuda de la fuerza armada.

El Presidente del Reich puede, cuando la seguridad y el orden público estén gravemente perturbados en Alemania o puestos en peligro, tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden público, empleando si fuere preciso la fuerza armada. A este efecto puede, a título transitorio, suspender en todo o en parte, los derechos fundamentales proclamados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

El Presidente del Reich debe, sin retardo, llevar a conocimiento de la Asamblea del Reich todas las medidas tomadas en uso de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del presente articulo. Las medidas deben ser, a pedido de la Asamblea, dejadas sin efecto.

Cuando amenaza un peligro, puede el gobierno del Estado adoptar para su territorio, provisionalmente, medidas de las indicadas en el apartado 2. Las medidas deben ser a pedido del Presidente del Reich o de la Asamblea del Reich, dejadas sin efecto.

Lo demás será dispuesto por una ley del Reich.

divisiones causaron disturbios políticos y otros síntomas de desintegración social: huelgas generalizadas, movimientos políticos extremistas y la formación de fuerzas paramilitares privadas que libraron batallas campales en las calles. Una consecuencia de la agitación fue una política económica indecisa, con una incapacidad para hacer frente a la depresión mundial. Y estos problemas económicos causaron una mayor profundización de las divisiones económicas y sociales. El Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán[26], con *Adolf Hitler* como su líder, fue fundado en medio de este caos. Este partido era populista, nacionalista, revanchista, y un movimiento antisemita que pretendía salvar la brecha entre la izquierda y la Derecho del espectro político. Los nazis prometieron que, una vez que estuvieran en el poder, restablecerían el orden social y tomaría medidas decisivas para resolver los problemas económicos. Lo que sucedió ya hace parte de las profundas heridas de la humanidad[27].

De otro lado, la posibilidad de destitución ya mencionada arriba, que buscaba evitar estancamientos en el gobierno por posiciones contradictorias al interior del mismo, generó un efecto perverso, ya que durante la República de Weimar hubo quince Cancilleres en catorce años. Como este abuso, se presento uno similar en la figura del plebiscito por partidos extremistas como el partido nacionalsocialista para fines propagandistas durante la época de Weimar.

Finalmente, en relación con el amplio catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de Weimar, éstos eran definiciones de los objetivos del Estado, directrices para los órganos estatales, pero no un derecho obligatorio que confiriera derechos irrevocables a los ciudadanos ante la justicia[28]. Adicionalmente dichos derechos fundamentales solamente tenían efectos para el poder administrativo, pero no vinculaban al poder legislativo.

5. Balance.

La suma de estas inconsistencias al interior de la propia CW fueron las que ayudaron a ahondar en la crisis de la República de Weimar y propiciaron, junto a otros elementos, el ascenso del nazismo. Sin embargo no hay que olvidar que fue una Constitución sumamente avanzada, tanto que realmente no se veía como podrían ser aplicados verdaderamente esos nuevos elementos y como se iba a dar dicha transformación social completa, por lo que ese aspecto también jugó en contra de ella, al considerarse que en tiempos tan

26 Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei abreviado como NSDAP.

27 Shirer, *The rise and Fall*, pp. 157 y ss.

28 Ver Bühler, *La Constitución*, pp. 111 y ss.

turbulentos no era susceptible de ser aplicada, lo que generó fuertes suspicacias sobre la sinceridad de lo allí establecido, a la par que aumentaba el descredito y la falta del respaldo necesario de la población para su legitimación.

De los adelantos establecidos en ella resalto, sin duda, el hecho de ser la primera Constitución europea que establecía la justicia social y uno relativo a la administración de justicia que la mayoría de las veces se ve opacado al considerar el Constitucionalismo Social que caracteriza a la Constitución de Weimar: la introducción de la revisión judicial en el sistema continental. A éste elemento es al que me dedicaré en las siguientes páginas.

III. La revisión judicial como una lección para Colombia.

La creación y consolidación de los Tribunales Constitucionales es uno de los aspectos más importantes de las Constituciones durante el Siglo XX. Pero el establecimiento de los Estados Constitucionales en los sistemas del civil law sólo se dio luego de la Segunda Guerra Mundial. Antes de mitad del Siglo XX en Europa, tan solo el Principado de Liechtenstein (1921) y España (1931) lo habían introducido en sus Constituciones. Sin embargo esta afirmación debe complementarse dado que previamente en Alemania, con la Constitución de Weimar, como ya se tuvo oportunidad de ver, se había considerado introducir el *Staatsgerichtshof*, que era un tribunal especial encargado de la revisión constitucional.

De esta forma, se considera desde entonces en los sistemas jurídicos una Jurisdicción Constitucional, lo que implica el establecimiento de una separación entre la esta jurisdicción y las otras jurisdicciones. En lo que tiene que ver con el control constitucional, es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, lo que supone del juez constitucional la comprensión y el análisis del contenido y alcance de la disposición legal sometida a control.

Ello bajo el entendido de que la Constitución es el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados.

En Colombia, a la Corte Constitucional, según lo establece el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Por ende, desde el primer momento dicha Corte entendió y desarrolló ampliamente su papel en la protección de las garantías de los ciudadanos y de guarda de la Carta Política. Ahora bien, en desarrollo de su función de revisión judicial ha analizado y desarrollado importantes institutos de derecho penal y de política criminal y ha sentado su posición al respecto, lo que ha dado lugar, no sólo a enormes enseñanzas para los operadores jurídicos y la población en general, sino también al desarrollo de un derecho penal constitucional y una política criminal dirigida por la propia Corte Constitucional.

No obstante, en este artículo sólo me dedicaré al primer aspecto. A continuación, expondré las lecciones que sobre tres aspectos del sistema penal, ha consolidado la Corte Constitucional. Para ello he tomado los principales pronunciamientos de la misma en estas materias a lo largo de los años y los he consolidado específicamente al tenor de tres aspectos principales: la constitucionalización del derecho penal, la política criminal y la potestad y creación de leyes penales por el legislativo.

1. La constitucionalización del derecho penal[29].

La Constitución Política incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

En el marco de un Estado constitucional y democrático, es esencial el respecto a la dignidad y a la libertad humana. Por tal razón, el Derecho Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia, los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política. Por ello, no puede quedar restringido única y exclusivamente a que se entienda, se interprete y se aplique como *ius puniendi,* sino que a él se incorporan y en su hermenéutica tienen trascendencia principios que persiguen la humanización de esa importante rama del Derecho, como por ejemplo, con la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo,* el *favor rei* y la interpretación *pro libertatis,* lo que excluye la analogía para perjudicar o hacer más gravosa la situación del procesado, así como incluye la prohibición de la *reformatio in pejus* para el apelante único. Tales principios para su realización requieren el juzgamiento por el juez natural, la garantía plena del derecho de defensa y la rigurosa observancia del principio de legalidad para que no se lesione en manera alguna el derecho al debido proceso que establece el artículo 29 de la Carta Política.

Entonces, el *ius puniendi* aparece como uno de los instrumentos que configuran el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado constitucional para reaccionar ante el fenómeno criminal. Le permite al Estado intervenir legítimamente y de manera intensa sobre determinados bienes jurídicos como la libertad, frente a comportamientos considerados por la sociedad como reprochables y que merecen una sanción punible, de ahí que su utilización deba hacerse como *ultima ratio* y bajo estrictos criterios de necesidad y propor-

29 Cfr. Sentencias C-176/94; C-038/95; C-609/96; C-370/02; C-939/02; C-062/05; C-575/09; C-936/10; C-645/12; C-366/14; C-042/18.

cionalidad, cuando considere que es indispensable para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales y la Constitución opera como un mecanismo de control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos.

De esta manera, la Carta tiene una eficacia irradiante sobre el derecho penal, de tal forma que se establece un orden normativo que le permite a la sociedad y a los individuos en particular interactuar de manera ordenada y con una seguridad razonable sobre las expectativas mutuas de las personas, sobre la aplicación estatal de las disposiciones jurídicas del *ius puniendi* que regulan su conducta.

Adicionalmente existe un conjunto de garantías que rodean el derecho penal que son las siguientes:

I) Sustanciales: entre las que se encuentran los principios de legalidad o de taxatividad, de culpabilidad, de necesidad y de proporcionalidad, entre otras.

II) Procesales y orgánicas: aplicables al proceso y que aseguran los principios de contradicción, de igualdad de armas, de presunción de inocencia, de publicidad, de independencia e imparcialidad del juez, entre otras.

III) De Ejecución de la sanción: las cuales deben ser observadas durante la ejecución de la pena contenida en la sentencia con la cual finalizó el proceso y se refieren a la afectación del derecho fundamental a la libertad, la especial situación de sujeción del interno frente al Estado y el respeto a la dignidad humana. En efecto, establecida la responsabilidad penal a partir de la verificación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el siguiente estadio es la imposición y la ejecución de la respectiva pena. Este elemento de la dogmática penal reviste trascendental importancia, puesto que con la punibilidad pueden restringirse derechos fundamentales como la libertad personal.

En resumen, el derecho penal es la expresión del *ius puniendi* del Estado que, a través de un conjunto de normas jurídicas, establece cuales son los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas constitutivas de delitos y aquellas penas o medidas de seguridad que deben imponerse a quienes las cometen, mediante los procedimientos dispuestos para tal fin y los instrumentos jurídicos y administrativos diseñados para su ejecución. La facultad punitiva del Estado encuentra límites en la Constitución, la cual ha proyectado en sus instituciones sustantivas, procedimentales y de cumplimiento de la sanción, la observancia de garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas destinatarias del mismo y legitiman el ejercicio del poder punitivo de la estructura estatal dentro del orden constitucional.

2. La política criminal[30].

La "política criminal" es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole y una de ellas puede ser la articulación por el Legislador a través de la expedición de normas. En este aspecto, la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal. La norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.

Sin embargo, aunque el legislativo no es la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es que corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias. El ejercicio de dicha facultad genérica, tiene fundamento en la denominada cláusula general de competencia según la cual corresponde al órgano legislativo "hacer las leyes", lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, modificarlas y derogarlas. (C.P., art. 150 y 114). Específicamente, en relación con las normas del Código penal, el Congreso de la República tiene una facultad expresa y específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. De acuerdo al principio democrático, la definición de cuáles comportamientos son delictivos debe ser hecha por los representantes del pueblo.

Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más

30 Cfr. Sentencias C-646/01, C-226/02, C-939/02, C-988/06, C-224/09, C-575/09, C-636/09, C-936/10, C-334/13, C-464/14, C-880/14.

amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

En relación con el diseño de la política criminal incluye los estadios de: (I) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (II) articulación inteligible de sus componentes, y (III) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario. La definición de las políticas criminales se debe hacer a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.

En el ordenamiento jurídico de las distintas medidas normativas que forman parte del concepto de política criminal, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, y (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica.

Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional, sino que corresponde al Legislador desarrollarlos y, en el ejercicio de su atribución, no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta ya que cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos

que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

En definitiva, el diseño de la política criminal supone el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que no resulta legítimo que el legislador tipifique conductas que no guarden relación con bienes jurídicos de relevancia constitucional. De allí que la criminalización de una conducta, es decir, la conversión de una conducta en tipo penal es la *ultima ratio* del catálogo de opciones a que el Estado puede acudir para proteger sus intereses y los de los asociados.

3. La potestad y formación de leyes penales por el legislativo[31].

La reserva de ley en sentido material, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), establece que la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas. La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve.

En el desarrollo de la función de determinar las conductas punibles y las penas correspondientes, con fundamento en la cláusula general de competencia derivada de los Arts. 114 y 150 superiores, el legislador goza de una potestad amplia de configuración nor-

31 Cfr. Sentencias C-252/01, C-226/02, C-370/02, C-420/02, C-489/02, C-939/02, C-238/05, C-247/04, C-897/05, C-077/06, C-988/06, C-1198/08, C-224/09, C-521/09, C-575/09, C-636/09, C-365/12, C-645/12, C-742/12, C-334/13, C-239/14, C-366/14, C-387/14, C-181/16, C-328/16, C-091/17 y C-042/18.

mativa, que le permite crear o excluir conductas punibles, fijar la naturaleza y la magnitud de las sanciones, lo mismo que las causales de agravación o de atenuación de éstas, puede delimitar el ámbito de responsabilidad del sujeto o establecer causales de exclusión de antijuridicidad o de irresponsabilidad, puede definir los procedimientos exigibles para la imposición de las penas y puede determinar las formas de redención de la misma, entre muchos otros aspectos, todo ello como consecuencia del proceso valorativo del legislador y dentro del marco de la política criminal que adopte.

No obstante, existen límites constitucionales del libre margen de configuración del Legislador en materia penal, que tienen la categoría de principios y que se sintetizan a continuación:

> a) *Principio de necesidad de la intervención penal:* el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal, conforme al cual el ius puniendi debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos. La decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la descripción típica de las conductas se legitima sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado como la última ratio del derecho sancionatorio.

De todo lo anterior se desprende que en el Estado de Derecho, a la sanción penal sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando la pena resulte estrictamente necesaria.

> b) *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos:* es decir, de valores esenciales de la sociedad. El derecho penal implica una valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección penal, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para establecer la responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la pena aplicable.

En ese orden de ideas, no existe una obligación constitucional de criminalizar determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos, de tal suerte que

la opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria. La criminalización de una conducta solo puede operar como *ultima ratio.*

Sin embargo, en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas.

> c) *Principio de legalidad:* Existe un deber de observar el principio de legalidad, el cual tiene cuatro dimensiones: 1) La reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador; 2) La definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; 3) La imposibilidad de una aplicación *ex post facto* o retroactiva *(nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)*, salvo su aplicación favorable y 4) La prohibición de analogía o aplicación del derecho consuetudinario *(nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)*.

El principio de legalidad constituye una expresión del principio democrático, pues implica que la definición de cuáles comportamientos son delictivos debe ser hecha por los representantes del pueblo. Por ello el principio de legalidad se encuentra vinculado a otro principio, que es la "representación popular en la definición de las políticas criminales", en virtud de la cual sólo los órganos de representación popular y origen democrático pueden definir conductas delictivas.

Acorde con lo anterior, se puede afirmar que el principio de legalidad, desde un sentido amplio, conlleva que una medida legislativa, incluso permisiva, protectora o garantizadora, que afecte derechos fundamentales debe estar prevista en una norma jurídica, no sólo emanada del organismo constitucionalmente competente para ello, sino que cumpla con las razonables exigencias de ser clara, expresa y taxativa.

> d) *Principio de culpabilidad:* Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del

Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.".

e) *Principios de razonabilidad y proporcionalidad:* se debe realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Se extrae este principio de proporcionalidad o "prohibición de exceso", de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas. El Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.

Dichas limitaciones encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso.

Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.

f) *Bloque de constitucionalidad:* esta normativa y las normas que la sustentan, deben ser observadas al momento de la redacción de las normas penales, puesto que además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos,

> relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.

Si los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los derechos constitucionales y, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional, el legislador, al definir los tipos penales, está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

El ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (arts. 2°, 4° y 93, C.P.), que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Esta consideración impone entender que la penalización de conductas superfluas, que no entrañan riesgo social, constituye vulneración de ese principio de proscripción de la arbitrariedad. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva. De igual forma, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática.

El legislativo, en el ejercicio de esta función, debe tener presente los mandatos constitucionales que exigen la sujeción a dos criterios fundamentales: por un lado, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales y, por el otro, su uso no puede, correlativamente, invadir la dignidad humana ni restringir irrazonablemente los derechos fundamentales.

Junto a ello, se presenten unas restricciones, en materia punitiva, que tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (I) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (II) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (III) el destinatario de la

norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la norma, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.

La sanción de los comportamientos humanos no puede agredir injustificadamente los derechos de las personas, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión y oficio, ni puede subvertir los principios jurídicos que garantizan la razonabilidad y la proporcionalidad del sistema punitivo, derivados del debido proceso. Esta sujeción a los principios constitucionales ha sido entendida como una herramienta de proscripción general de la arbitrariedad, y persigue que las autoridades públicas, sin excepción, ejerzan sus competencias en aras de la realización del interés público y de la concreción de los fines sociales del Estado (art. 2º C.P.), dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

En síntesis, en el proceso de constitucionalización del derecho penal el Legislador tiene competencia para configurar el estatuto penal y determinar los comportamientos que por su incompatibilidad social deben ser criminalmente sancionados, pero siempre dentro de los límites que fijan los derechos fundamentales y la composición liberal del Estado constitucional.

IV. Reflexión final.

La Constitución de Weimar de 1919 ha dejado variadas lecciones no sólo desde el punto de visto normativo sin igualmente desde el punto de vista histórico durante su implementación. Por ello se consideró necesario el análisis de sus aspectos más destacados, teniendo siempre presente los intereses relativos a los aspectos penales y de política criminal.

El estudio de la misma ha dado unos resultados contrapuestos. Mientras que su estrutura, composición y elementos, muestran una clara apuesta al desarrollo del Estado y de las instituciones, las circunstancias en las que se gestó y durante su vigencia, fueron opuestas a su concepción y con el paso del tiempo claramente regresivas.

En estas circunstancias, desentrañar sus aspectos más relevantes para el sistema integral del derecho penal fue problemático, sin embargo, de los diversos aspectos novedosos de la misma, dos elementos se consideran los más destacables y lo que han aportado a nuestros sistemas jurídicos en esta materia: la incorporación de un amplio catalogo de derechos fundamentales en la Constitución y la introducción de una jurisdicción constitucional junto con la revisión judicial de cualquier norma o regulación que estuviera en contravía con la Constitución. Con estos insumos, que como ya se vio, no se pudieron implementar por las diversas circunstancias históricas y las falencias de la Carta, se consideró importante tomarlos y analizar dentro del ordenamiento jurídico colombiano como fueron desarrollados y como se pudieron extraer elementos penales y de política criminal.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional ha tomado esa misión con suma responsabilidad y siempre dentro de la idea de protección suprema de los derechos fundamentales. Como ya sabemos, la Constitución de Weimar se desarrollaba dentro de la concepción Estado liberal intervencionista, cuyas lecciones dieron paso al Estado social y democrático de Derecho, asistimos ahora a un Estado constitucional. En este último, el cometido fundamental de los tribunales constitucionales es la protección y preservación de los derechos fundamentales y en esta tarea, el área penal ocupa un lugar preponderante. La consitucionalizacíon del derecho penal enmarcada en el respeto de los derechos fundamentales es una impronta que viene marcando y marcará los desarrollos jurisprudenciales en defensa de la sociedad y de la Constitución.

Bibliografia.

ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre.* Berlin, 1974.

ANGERMUND, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919–1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*. Frankfurt am Main, 1990.

BÖSE, Lust, *Gewaltverbrechen in Diskursen der Weimarer Republik*. Cologne, Weimar, Vienna, 2005.

BÜHLER, Ottmar, *La Constitución Alemana de il Agosto 1919* (Traducción. José Rovira Armengol, Barcelona, 1931.

DTV-Brockhaus, Lexikon in 20 Bänden, Wiesbaden 1986.

EISENHARDT, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4ed. München, 2004.

GUSY, Christoph, *Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*. Tübingen, 1991.

HELLMANN, G., JACOBI, D. y STARK-URRESTARAZU, U. (2015) *„Neue" deutsche Aussenpolitik?. Zeitschrift für Aussen- und Sicherheitspolitik*, (6), 5–14.

HILGEMANN, Werner, *DTV- Atlas Weltgeschichte*, 2. Tomos, 15ª edición, München, 1979.

HUBER, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. Vol. V: Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung. Stuttgart et al. 1978.

LAMADRID LUENGAS, Miguel, *El principio de oportunidad. Herramienta de política criminal*. Bogotá, 2018.

LENOIR, J.J., "Judicial Review in Germany under The Weimar Constitution", en: 14 *Tul. L. Rev.* 361 (1939–1940).

KERN, Eduard, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts.* München and Berlin 1954.

RASEHORN, Theo, *Justizkritik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der Zeitschrift „Die Justiz"*. Frankfurt am Main, New York, 1985.

SCHUSTER, Rudolf; LIEBIG, Werner, *Alle deustchen Verfassungen: von der Paulskirchenverfassung bis zum Grundgesetz und den DDR-Verfassungen; die Verfassungen der deutschen Bundesländer,* München, 1985.

SHIRER, William L. *The Rise and Fall of the Third Reich: A History of Nazi Germany.* New York, 1960.

WINKLER, Heinrich August, *Der lange Weg nach Westen. Deutsche Geschichte. Vol. 1: Vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik.* München, 2000.

Legislación.

Constitución Política de Colombia.

Reichsstrafgesetzbuch.

Weimarer Reichsverfassung.

Jurisprudencia.

Sentencia de la Corte Constitucional C-176 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia de la Corte Constitucional C-038 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia de la Corte Constitucional C-609 de 1996 M.M.P.P. Alejandro Martínez Caballero. Fabio Morón Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional C-646 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia de la Corte Constitucional C-226 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia de la Corte Constitucional C-370 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia de la Corte Constitucional C-420 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia de la Corte Constitucional C-489 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia de la Corte Constitucional C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia de la Corte Constitucional C-062 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia de la Corte Constitucional C-238 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería

Sentencia de la Corte Constitucional C-897 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia de la Corte Constitucional C-988 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia de la Corte Constitucional C-1198 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia de la Corte Constitucional C-224 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia de la Corte Constitucional C-521 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia de la Corte Constitucional C-575 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia de la Corte Constitucional C-121 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia de la Corte Constitucional C-365 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia de la Corte Constitucional C-645 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia de la Corte Constitucional C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia de la Corte Constitucional C-334 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia de la Corte Constitucional C-366 de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia de la Corte Constitucional C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia de la Corte Constitucional C-464 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Sentencia de la Corte Constitucional C-880 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia de la Corte Constitucional C-181 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia de la Corte Constitucional C-328 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia de la Corte Constitucional C-091 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia de la Corte Constitucional C-042 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Cristina E. Montalvo
Rafael E. Nieto

VIII. Importancia del constitucionalismo social para la política victimal en Colombia ¿un asunto de política criminal?

Resumen: El presente texto académico tiene por objeto explorar la importancia del constitucionalismo social en la creación y génesis de la política criminal centrada en las víctimas, analizando cuál es el papel de este en el marco de un Estado social de derecho, así como la necesidad de integración al ordenamiento jurídico de una política que proteja a estas de forma transversal. Finalmente, se diserta sobre la política de asistencia a víctimas del conflicto armado colombiano y cómo ésta es resultado directo de las políticas sociales adoptadas para salvaguardar sus derechos.

Palabras Clave: Política victimal, política criminal, constitucionalismo social, política de asistencia.

Abstract: The present texts aims to explore the importance of social constitutionalism in the creation and genesis of criminal policy focused on victims, analyzing its role in the context of a social State of law, as well as the need for integration to the legal order of a policy that protects these in a transversal way. Finally, the policy of assistance to victims of the Colombian armed conflict is discussed, with focus on how this is a direct result of the social policies adopted to safeguard their rights.

Keywords: Victim policy, criminal policy, social constitutionalism, assistance policy.

Introducción.

El constitucionalismo social surge casi con la finalización de la primera guerra mundial, en razón a las múltiples dinámicas que se presentaban en los Estados contemporáneos, especialmente en los europeos. Este tiene su génesis en una serie de cláusulas fundamentadas en la primacía del interés general sobre el particular, siendo de especial relevancia la cláusula de los derechos sociales y la protección social a través de políticas que se desarrollan con el espectro de lo que se conoce como constitucionalismo social.

En el caso colombiano, el constitucionalismo social ha jugado un papel fundamental, específicamente en el caso de brindarle protección especial a la población víctima del conflicto armado y, en ese sentido, se han desarrollado una serie de políticas sociales encaminadas a atender, asistir y reparar a aquellas personas que han sufrido los menoscabos librados en el conflicto armado. Sin embargo, esta política victimal en Colombia ha estado siempre integrada a lo que se conoce como política criminal.

La política criminal, es una política pública que concentra en estrategias y planes dirigidos por instituciones estatales, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio, mediante la prevención, investigación, judicialización y castigo a comportamientos considerados delictivos causantes de perjuicio social (Observatorio de Politica Criminal, 2019), atendiendo esencialmente a los planteamientos teóricos del derecho penal y no a las recomendaciones de la política pública como ciencia encargada de atender desde lo político ciertos problemas sociales.

Colombia en la actualidad enfrenta un reto de consecución de paz, estable y duradera. Además, desarrolla unos procesos transicionales regulados constitucional y legalmente, siendo pertinente que la política pública criminal trabaje en darle respuesta a la actual coyuntura de la paz, para la prevención y reacción del delito y hacerle frente a las consecuencias del mismo, bajo esquemas no tradicionales, sino innovando políticas públicas que involucren más al otro sujeto del delito, es decir, políticas que incorporen a la víctima, para lo cual se plantea en este estudio que la atención y justicia de esta población no pueden estar distantes de la política criminal, tal como se ha planteado por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-641 de 2001.

Por otro lado, se tiene que la esencia de un Estado Social de Derecho está en la garantía efectiva de los derechos y libertades de sus ciudadanos. En el caso colombiano, es innegable la necesidad de Paz que por años se ha padecido, producto de un prologado conflicto armado interno que ha colmado la vida de más de ocho millones de colombianos únicamente en los últimos 30 años. Entonces, resulta necesario valorar si la política criminal en Colombia, tal como ha estado concebida para solucionar algunos problemas que en esencia son sociales, pero que el legislador ha escogido la vía penal para afrontarlos, requieren respuestas desde otros ámbitos, como lo sería una posible política victimal, enfocada en

atención y asistencia de los derechos sociales que desde el constitucionalismo social se ha promovido en el mundo.

Sin embargo, se sabe que no es claro conceptualmente cómo articular respuestas preventivas que se dan en el marco de la política criminal, con aquellas que les corresponden a otros sectores administrativos, como el de la salud, la educación, la cultura, entre otros derechos sociales, pero seguramente los criterios ideológicos establecidos para definir la política criminal permitirán no confundirla con los criterios que se trazan para garantizar derechos sociales, lo cual no resulta ajeno a la política criminal. Por el contrario, es un asunto que la enriquece, la motiva, la proyecta, no se puede pretender reducir la criminalidad si no existe una corresponsabilidad gubernamental de generar educación, trabajo y salud para esa población.

De tal forma, que este estudio plantea que la política criminal es una herramienta amplia que puede garantizar derechos no solo del victimario, sino de la víctima desde una perspectiva social, tal como se desarrolla en este trabajo, partiendo en la primera parte de reflexionar si la política victimal es o no un asunto de la política criminal y seguidamente de explicar la importancia del constitucionalismo social en la Política de Asistencia y Justicia para las víctimas del conflicto armado interno colombiano ante el reto de paz estable y duradera.

Política victimal: ¿un asunto de política criminal?

Sumidos por años en el excesivo estudio del criminal, al punto de percibirlo como único protagonista del delito, se inicia después de la Segunda Guerra Mundial, un interés por el estudio de la pareja penal: victimario-victima, bajo "la premisa fundamental que el comportamiento de la víctima juega un papel decisivo en el acontecer delictivo" (Agustina, 2014, pág. 114).

Asimismo, se tiene que algunos países, como Colombia y México se han inclinado esencialmente en sus últimos años por el estudio de la víctima del delito, construyéndose en el caso de México una declarada política pública victimal (en adelante PPV). Tal como lo plantea María De Jesús Lima Malvido (Lima, 2017), acorde a la victimología como ciencia y en el caso de Colombia un amplio Derecho victimal en términos de atención, asistencia y justicia para víctimas, en concordancia con los planteamientos de la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a los "Principios de Justicia para Victimas de delito y Abuso de Poder", ampliamente promovida por Irene Melup, para la prevención del delito en múltiples escenarios victimologicos y criminológicos (Melup, 2007), lográndose en "Estados Unidos y Nueva Zelanda mecanismos efectivos para reducir la victimización y proteger a las víctimas de delitos, tales como genocidio, la tortura, la esclavitud la discriminación racial y sexual" (Melup, 2007, pág. 20), entre otros delitos.

Pese a los esfuerzos de algunos países, existe la dificultad en el proceso general que conllevan las políticas públicas: "Iniciación, estimación, selección, implementación, evaluación y terminación" (Lima, 2017, pág. 16 y 17).

Dentro del proceso de la política pública (en adelante PP), en general, la iniciación corresponde al diseño de opciones, aspiraciones que se persiguen con la política. Concretamente en la política victimal correspondería seleccionar quién es víctima, qué mecanismos se utilizarían para la atención de esta población y se plantearían las posibilidades reales de superación del hecho victimizante. Esta etapa de iniciación va a variar de acuerdo a la complejidad y antigüedad de la PP que pretenda o se aspire a desarrollar, es decir, "a medida que un esfuerzo va perdiendo su sentido de novedoso, tiende a volverse más organizado, más formal y más completo en su radio de acción" (Dussich, 2001, pag.44).

En cuanto, a la etapa de estimación, se tiene que implica analizar las opciones de intervención y las consecuencias de no hacer nada frente al problema. Esta etapa del proceso de la política, se examina normativamente el problema. Tratándose de la política victimal en Colombia, se tendría que revisar la ley 1448 de 2011, correspondiente a las víctimas del conflicto armado colombiano y los decretos que han complementado la PPV en Colombia, la cual se ha consolidado en los últimos años gracias a los acuerdos de paz y negociaciones con los desmovilizados grupos de autodefensas y los grupos guerrilleros, aunque es de aclararse que no existe un documento oficial que recoja o declare la existencia de una PPV, como lo existe, tratándose de la política criminal.

Por su parte, la etapa de selección implica esencialmente decidir entre las opciones e iniciar los compromisos y debates de las distintas opciones. En esta etapa se sugiere revisar la renovación teórica en el tema, donde se incluyan diversas ciencias y categorías conceptuales. Además, tratándose de las víctimas de delitos, existe una naciente necesidad en países como Colombia de clarificar el contenido del Derecho Victimal, los objetivos que la PPV debe buscar y los "fundamentos que desde los derechos humanos el estado estaría obligado a garantizarle a las víctimas" (Lima, 2017, pág. 35).

Seguidamente, la implementación corresponde al "desarrollo de las normas, procedimientos y lineamientos para la puesta en práctica de las decisiones" (Lima, 2017, pág. 16), con su respectivo cronograma de actividades.

Las dos últimas etapas del proceso de la PP, evaluación y terminación implican inicialmente revisar los resultados obtenidos y compararlos con los proyectados; conllevan, asimismo, comparar y fijar los costos de las actividades e indicar responsabilidades en lo incumplido.

En la descripción anterior, se denota que la política victimal en Colombia no es un asunto distante de la política criminal, la cual ha sido definida como un conjunto de respuestas de índoles social, jurídica, económica, cultural, administrativa y tecnológica que se

implementan ante la realización de conductas punibles, tal como lo plantea la Sentencia C-646 de 2001:

> Es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica (Corte Constitucional Colombiana, 2001).

En cuanto, a la política victimal, se tiene que es esencialmente un asunto de PP para una población especifica: las víctimas de delitos, lo cual ha surgido en parte, por una nueva postura criminológica que busca la fraternidad humana, promoviendo políticas indemnizatorias, de prevención y ayuda a víctimas (Rivera-LLano, 2017) e incluyendo el dinámico concepto de "corresponsabilidad" del delincuente y la victima en el hecho delictivo, donde el delincuente no es el único autor protagonista del drama criminal y se le reconoce a la víctima como personaje central del evento criminoso:

> Merecedor de respeto, atención, preocupación, comprensión y ayuda, lo que explica, a su vez, el interés y difusión creciente por los programas preventivos, reeducativos, terapéuticos y de profilaxis, abriendo nuevos horizontes que van desde las políticas señaladas, postulando, incluso, nuevos derechos, tal como la pacificación recíproca entre autor y víctima, "…", el derecho al perdón, "…" (Rivera-LLano, 2017, pág. 47).

Esta nueva postura criminológica, empieza a abandonar la fascinación por el castigo penal fruto de una cultura vindicativa que promovía la cárcel y el castigo como la única y exclusiva solución de los conflictos penales, con la finalidad de convencer a la victima de aco-

gerse a las actividades promovidas por la PPV y, al mismo tiempo, inculcarle el principio de "autorresponsabilidad", donde los ciudadanos tienen el deber de tutelarse sus bienes jurídicos, ante la efectiva incapacidad del Estado de garantizar la protección de dichos bienes jurídicos (Rivera-LLano, 2017).

Lo anterior, ha llevado a una realidad social incuestionable, pero no claramente planteada en Colombia, pues compromete a las víctimas a una necesaria política de prevención victimal, ante las vulnerabilidades no asumidas efectivamente por el estado al trazar la política criminal, la cual hasta mediados del año 2011, estaba fuertemente enfocada en aumento punitivo, en divulgación de proyectos de ley para implementar cadena perpetua, en programas de resocialización intramurales, ya fracasados en varios siglos, donde estudios demuestran lo "re-traumatizante" que es la cárcel para los infractores, donde, por ejemplo, "en cárceles australianas las mujeres reclusas sufren abusos sexuales" (Varona, 2014, pág. 284).

Entonces, en ciertos estados, entre ellos Colombia, aunque existe abundante legislación para prevenir, controlar y castigar la criminalidad, ello no es garantía de una efectiva política criminal, lo que hace necesario un cambio de paradigma, tal como lo sería una política de atención y prevención victimal que trasforme las condiciones sociales, que promueva el respeto de la dignidad y los derechos humanos, desde el constitucionalismo social, lo cual ha sido propuesto por la Comisión Asesora de la Política Criminal del Estado Colombiano, partiendo del supuesto de que la política criminal no puede ser construida por una entidad de gobierno o dejada a los caprichos de gobernantes de turno, sino que debe acoger los fundamentos constitucionales, los cuales se enfocan en una protección de libertades esenciales de las personas y en una perspectiva de derechos que proteja tanto a víctimas como victimarios:

> La Comisión parte el supuesto de que, la política criminal, no puede ser construida sin fundamentos de ninguna naturaleza o con la mera liberalidad de una entidad del gobierno o de una persona o simplemente obedeciendo a los caprichos que puedan presentarse dentro de la sociedad, en un momento determinado. Desde ese punto de vista, se considera que las bases de los fundamentos deben estar específicamente establecidos en la Constitución Política de Colombia. Es decir, que allí se deben encontrar unos condicionamientos específicos para configurar esa política, y en ese punto, se halla que la Constitución Política de Colombia actúa de manera supremamente protectora de las libertades esenciales de las personas, luego la política criminal, debe enfocarse dentro de esa perspectiva principal. Es decir, abandonar los criterios de mera represión y del castigo por el castigo mismo, y tratar de comenzar a configurar todas las medidas de política criminal desde una perspectiva de derechos, que proteja tanto los derechos de las víctimas, como los de los autores de

> las conductas lesivas. En este sentido, es una doble dimensión que debe examinarse desde ambas perspectivas (Comision de Politica Criminal del Estado Colombiano, 2017, pág. 4).

Entonces, la política victimal de atención y prevención, no es extraña a la política criminal del estado colombiano, la cual desde el año 2011 se viene incluyendo integralmente para víctimas y victimarios en desarrollo de preceptos fundamentales planteados por el constitucionalismo social.

Importancia del constitucionalismo social en la política de asistencia para las víctimas del conflicto armado interno colombiano.

El constitucionalismo social surge casi con la finalización de la primera guerra mundial, en razón de las múltiples dinámicas que se presentaban en los Estados contemporáneos, especialmente en los europeos. Según Paolantonio (1887), este fenómeno constitucional se le puede caracterizar como un movimiento conciliador entre el interés individual con el interés de la colectividad, estableciendo normativamente un límite a los derechos individuales en beneficio del interés común.

Posteriormente, esta cláusula fue traducida en los Estados sociales de derecho contemporáneos en la primacía del interés general sobre el particular y, en tal sentido, ésta pronto se plasmó en diversas normas, siendo su fuente principal la Constitución. Así pues, esta norma de normas según Torres (2016):

> Pretende articular los debates del constitucionalismo, que en general se recrean en torno a ideas que, aunque aparecen yuxtapuestas, en efecto explican cómo se percibe y se concibe el poder y el derecho. Estas pueden ser: estabilidad-cambio, garantía-violencia, paz-guerra, por ejemplo. En este sentido la Constitución intenta plantear las herramientas para la estabilidad social, económica y política, pero a la vez que circunscribe y delimita, deja por fuera elementos que a la postre, pueden convertir estos mismos actos regulatorios en animadores de contradicciones y cambios. Por ello, consideramos que el constitucionalismo no es un sinónimo de lo perenne, de lo irreformable, porque la existencia histórica de estas formas contemporáneas de regulación, nos muestra justamente lo contrario, su constante mutación.

Al respecto, es menester señalar como se recrea entonces el debate en torno a ideas yuxtapuestas, específicamente, la concepción de paz y de la guerra. En este sentido, el constitucionalismo es eje conciliador entre estos dos conceptos, puesto que éste brinda una serie de herramientas para hacerle frente a los cambios y las inestabilidades que sufren las sociedades.

En concordancia con lo anterior, las políticas públicas de carácter social son la herramienta más idónea que nos brinda el constitucionalismo social para hacerle frente a los desafíos que generan las inestabilidad y continuos cambios sociales. En este punto, se hace relevante pues el derecho orientado a la creación de políticas públicas que cumplan con una serie de objetivos. Al respecto, autores como Sánchez (2012) afirman que

> a mayor presencia y observancia de las normas jurídicas constitucionales de carácter social que tienen como principal propósito el aminorar las asimetrías: sociales, económicas, educativas, políticas e ideológicas. A fin de hacer menos desiguales a los desiguales, por medio de políticas públicas que permitan fortalecer la seguridad social.

Por lo tanto, el constitucionalismo social como eje conciliador entre conceptos yuxtapuestos y recordando, además, que tiene su génesis en una serie de cláusulas fundamentadas en la primacía del interés general sobre el particular, en especial la relevancia de la protección social de los ciudadanos a través de políticas sociales, obliga al Estado fundamentado en su norma constitucional y políticas sociales a cumplir un papel en pro de disminuir las desigualdades y brindarle protección especial a la población.

En el caso colombiano, el constitucionalismo social ha jugado un papel fundamental, específicamente, en el caso de brindarle protección especial a la población víctima del conflicto armado. Durante años el debate constitucional en Colombia ha estado centrado en los conceptos yuxtapuestos paz – guerra, debido en gran medida al conflicto armado interno que tiene su formalización en la década de los sesenta, pero su génesis se gesta a partir de la década de 1940 con grandes acontecimientos que sirvieron de base para una evolución que encadenaría en la aparición de grupos armados al margen de la ley (Niño, 2017).

Así pues, la política pública como principal herramienta del constitucionalismo social en Colombia ha estado ligada en gran parte al tratamiento del fenómeno criminal en sus diversos elementos, incluyendo, por supuesto, a las víctimas en la creación y puesta en marcha de las mismas. Por lo tanto, la herramienta resultante de este conjunto de elementos se ha denominado política criminal.

Esta tipología de política ha sido definida tradicionalmente como "el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad" (Guzmán & Rodríguez, 2008). Por otro lado, ha sido conceptualizada según Borja (citador por García, 2004) como: "Aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad" (pág. 485).

Al respecto, Bustos citado por Guzmán y Rodríguez (2008), considera que esta puede entenderse respecto del fenómeno criminal atendiendo a dos niveles. El primero de estos

se acopla a un sentido estricto, relacionado al ámbito de acción del sistema judicial penal, en el que esta es un instrumento de control y disuasión que tiene como fin contribuir a mantener la paz y el orden, propendiendo, además, a la tutela de los derechos humanos; el segundo, centrado en la política como sistema de control social.

En menester señalar que, al ser parte la política criminal del control social ejercido por el Estado, conlleva intrínsecamente un carácter social que legitima a este no solo para intervenir, sino que lo obliga a ser parte activa en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos (Guzmán & Rodríguez, 2008).

En tal sentido, es importante mencionar pues que la política criminal gestada en el seno de los conflictos sociales, específicamente en el conflicto librado desde la década de los 60 en Colombia, ha tomado en especial relevancia el papel de la víctima que según Marchiori (2006) es aquella "persona que padece de un sufrimiento físico, emocional y social a consecuencia de la violencia, de una conducta agresiva antisocial, a través del comportamiento del individuo-delincuente que transgrede las leyes de su sociedad y cultura" (p.174).

Lo anterior, puesto que "del binomio víctima-victimario, aquélla es la que padece el daño y éste el que lo inflige. Por tanto, la víctima no puede quedar relegada a un segundo plano" (García, 2004) sino que por el contrario, esta deber ser elemento esencial de la política criminal debido a que el delito y la violencia ejercida contra ésta llegan a tener consecuencias sumamente graves que modifican y transforman su vida de manera irreversible (Marchiori, 2006).

Por lo tanto, la víctima debe ser protegida a través de una política pública de carácter victimal, que en el desarrollo de los Estados contemporáneos es parte integral de la política criminal y se endilga como uno de sus principios fundamentales, el principio de reconocimiento de las víctimas como una auténtica orientación político criminal (Rodríguez citado por García, 2004).

En tal sentido, las victimas deben ser asistidas por parte del Estado a partir de una serie de políticas públicas, una de estas es la política de asistencia. Señalan autores como Dussich (2001), que las víctimas son asistidas esencialmente de tres formas: compensación, restitución y servicios a las víctimas.

En primer lugar, la compensación es según Dussich (2001) cuando algunos gobiernos asignan recursos económicos y de otra índole para cubrir costes resultantes de una victimización criminal. Generalmente, de esta forma de asistencia los gobiernos crean subvenciones destinadas a cubrir ciertas necesidades básicas de la población víctima.

Seguidamente, el mismo autor presenta otra forma de asistir a la víctima a través de la restitución, que consiste esencialmente en aquella situación en la cual una autoridad pública puede decidir, como parte del proceso correccional, que el victimario indemnice a la víctima, es decir, puede "obligar al agresor a reembolsar a su víctima por cualquier gasto incurrido como resultado del crimen" (Dussich, 2001, p.34).

Por último, la forma más reciente de estas formas es la denominada como "servicios a las víctimas, esta modalidad está integrada por muchos modelos de servicios con la finalidad de ofrecer dichos servicios a las víctimas de manera directa e inmediata (Dussich, 2001).

En Colombia, la política pública de asistencia ha estado direccionada a la creación de una serie de acciones dirigidas a las víctimas del conflicto armado interno, teniendo como objetivo principal la generación de condiciones que les permitan gozar a estas de los derechos que efectivamente le han sido vulnerados (Gobierno de Colombia, 2018). Esta política ha estado direccionada en su gran mayoría por la ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se integraron otras disposiciones.

Las medidas de asistencia adoptadas a través de la ley 1448 son de diversa índole, a saber, ayuda y atención humanitaria a las víctimas según lo contemplado en el artículo 5 del Decreto 1084 de 2015; el derecho a la identificación cuando estas cumplan con las condiciones descritas en la ley; el derecho a una vivienda cuando las personas que allí residían hayan sido afectadas por despojo, abandono, pérdida o menoscabo; generación de ingresos para personas víctimas; salud; educación en sus distintos niveles; reunificación familiar; superación de situación de vulnerabilidad, entre otras (Gobierno de Colombia, 2018).

Finalmente, es menester señalar que las diversas medidas referenciadas se han desplegado en diversas políticas de carácter nacional, atendiendo siempre a las necesidades de las víctimas como eje central en la política criminal y que pese a que el concepto de política victimal no impera en el ordenamiento jurídico colombiano, éste se encuentra palpable en las diversas normas jurídicas de carácter social.

Conclusiones.

Mientras las normas constitucionales no propicien un discurso encaminado a una política victimal, siempre será ésta una agenda inconclusa y se subsumirá a una política criminal centrada en un sistema de penas y no en un sistema de atención, asistencia y reparación.

La necesidad de una política victimal fundamentada en el constitucionalismo social, surge de los nacientes retos que se presentan en la actualidad para los Estados contemporáneos. Por tal motivo, las políticas públicas para las víctimas deben estar fundamentadas en planes integrales que salvaguarden sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

En tanto, esta unión de política victimal y política criminal como ejes disimiles pero complementarios debe estar amarrada a un proceso de integración económica, política y social con la finalidad de que las víctimas, por medio de la superación de la pobreza, la generación de mecanismos de auto-sostenibilidad, y el logro de niveles aceptables de

reparación integral, puedan gozar nuevamente de los derechos que efectivamente le han sido vulnerados (Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas, 2003).

Bibliografía.

Agustina, J. (2014). Victimologia y Victimodogmatica en el uso de las TIC. En J. Tamarit, & N. Pereda, *La respuesta de la victimologia ante las nuevas formas de victimizacion* (págs. 107–151). Buenos Aires, Argentina: Edisofer Libros Juridicos.

Comision de Politica Criminal del Estado Colombiano. (9 de Marzo de 2017). *Politica Criminal del Estado Colombiano.* Obtenido de Sitio Web del Observatorio Colombiano de Politica Criminal: http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf?ver=2017-03-09-180338-790. [Fecha de Consulta: Julio 3 de 2019].

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-646 (Jose Cepeda Espinoza. 20 de Junio de 2001).

Dussich, J. (2001). *Recuperación de las víctimas.* Cordoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Cordoba.

García, J. (2004). El papel de la víctima en la política criminal. Especial referencia al delito de lesiones. *Revista de derecho penal y criminología* (extraordinario 2), 483–500.

Gobierno de Colombia. (2018). *Política de atención y reparación a víctimas* . Bogotá D.C: Gobierno de Colombia.

Guzmán, P., & Rodríguez, F. (2008). La política criminal y la función preventiva de la sanción penal. *Revista Justicia* (14), 61–70.

Lima, M. D. (2017). *Politicas Publicas en la atencion a victimas, una propuesta metodologica* (2a edicion ed.). Ciudad de Mexico, Mexico: Inacipe.

Marchiori, H. (2006). Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas. En *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal y VII Jornada sobre Justicia Penal*. 19, págs. 173–185. Universidad Autónoma de México.

Melup, I. (2007). Declaracion de Naciones Unidas sobre Principios de Justicia para las Victimas del Delitos y Abuso de Poder. En H. Marchiori, *Principios de Justicia y Asistencia para las Victimas* (págs. 19–37). Cordoba, Argentina: Encuentro Grupo Editor.

Niño, C. (2017). Breve historia del conflicto armado en Colombia. *Revista de Paz y Conflictos,* 10(1), 327–330.

OBSERVATORIO DE POLITICA CRIMINAL. (26 de Junio de 2019). *Politica Criminal.gov.co.* Obtenido de Sitio Web de Observatorio de Politica Criminal: HTTP://WWW.POLITICACRIMINAL.GOV.CO/PORTALS/0/DOCUMENTO/RETOS%20CARCELARIO%20PAZ%20(1).PDF?VER=2017-03-09-181919-103. [Fecha de consulta: Julio 5 de 2019].

PAOLANTONIO, M. (1887). Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social. *Revista Lecciones y Ensayos* (47), 195–216.

RIVERA-LLANO, A. (2017). *La victimologìa ¿un problema criminologico?* (2a ediciòn ed.). Bogotà, Colombia: Jurìdca Radar Ediciones.

SÁNCHEZ, R. (2012). La trascendencia del constitucionalismo social en américa latina (caso méxico). *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (27), 252–309.

TORRES, J. (2016). El constitucionalismo, transición política y justicia transicional. *análisis político* (88), 126–147.

Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. (2003). Políticas Públicas para las Víctimas. Bogotá D.C: Políticas Públicas para las Víctimas. Obtenido de HTTPS://REPOSITORY.OIM.ORG.CO/BITSTREAM/HANDLE/20.500.11788/975/CAPITULO%2003.PDF?SEQUENCE=7&ISALLOWED=Y [Fecha de conulta: Junio 22 de 2019].

VARONA, G. (2014). Procesos de victimizacion y desvictimizacion en las instituciones totales. En J. TAMARIT, & N. PEREDA, *La respuesta de la victimologia ante las nuevas formas de victimizacion* (págs. 267–301). Buenos Aires, Argentina: Edisofer.

Laura María Bastidas Zambrano

IX. Repercusiones de la Constitución de Weimar en la Constitución de la República bolivariana de Venezuela y la política criminal actual.

Resumen: En el presente trabajo se discute la influencia de la Carta Magna alemana de 1919 en la implementación de derechos fundamentales en las Constituciones ideológico-sociales en Latinoamérica. El texto se divide en dos grandes aspectos: Por un lado, su vigencia y legado. Por otro lado, su externalización en Venezuela e importancia del Constitucionalismo Social del Siglo XXI en materia político criminal. La mayor preocupación existente en este tema es la vulnerabilidad de los derechos fundamentales consagrados en el compendio constitucional venezolano, a pesar de ser una Constitución garantista. En Venezuela existe una sociedad disfuncional, lo cual no permite la plena garantía de derechos fundamentales.

Palabras claves: Estado Social de Derecho y de Justicia, Justicia Compensatoria, Política Criminal.

Abstract: The current essay seeks to put a spotlight on the 1919 German Magna Carta's influence on the implementation of fundamental rights in the Latin American constitutions. It's divided in two great aspects; the validity and legacy of the Weimar's constitution, as well as it's extension to Venezuela, and the importance over the sociopolitical constitutionalism related to criminal policy. A major concern lies on the easily vulnerable fundamental rights that were endorsed by the Venezuelan People upon the constitution in 1999, despite its feature relying on Weimar´s Constitution. A full application of such a constitution is unfortunately impossible, then the society has turned into a kakistocracy.

Keywords: Social State of Law and Justice, Compensatory Justice, Criminal Policy.

Introducción

En trabajos previos se ha tenido la oportunidad de abordar analíticamente la Constitución de Weimar, especialmente con relación a la discusión sobre los derechos colectivos en materia agraria. Al tener en este Workshop, la excelente ocasión de abordarla nuevamente, ahora desde una óptica criminológica y sociopolítica, se busca enfocar la influencia de esa Carta Magna alemana del año 1919 en la implementación de derechos fundamentales en las Constituciones ideológico-sociales actuales en Latinoamérica, especialmente en la venezolana, que denota una serie de principios, derechos y garantías cuyo basamento es la igualdad ante la ley.

La orientación del presente ensayo se dividirá en dos grandes aspectos:

1°. – La vigencia del legado de la Constitución de Weimar y su externalización en Latinoamérica – Venezuela –;

2°.– Importancia del Constitucionalismo Social del siglo XXI en materia político criminal.

Este tema, de contenido realmente profundo, conlleva a analizar comparativamente ambos textos constitucionales, es decir, la Constitución de Weimar del año 1919 y la venezolana de 1999 respectivamente. Las ideas de concepción en la primera de las nombradas fueron totalmente revolucionarias e impulsaron la génesis del Estado Social de Derecho y de Justicia, siendo la primera de las Constituciones a nivel mundial que comenzó a consagrar derechos sociales o colectivos en favor de los ciudadanos. Dicha Constitución ha servido de orientación y modelo para Latinoamérica, en ese cambio ideológico/político del Estado Liberal de derecho a Estado Social de Derecho y de Justicia, siendo igualmente base para la Carta Magna venezolana.

A pesar de esta nueva corriente ideológica, la aplicación de la justicia y la protección de los derechos fundamentales se distancia de la práctica, ante todo por una serie de desviaciones de quienes ejercen el poder político. Es por ello que se hace urgente y necesario el retomar el correcto direccionamiento de la gobernabilidad y de la institucionalidad en Venezuela, de modo que se logre avanzar a una sociedad más ordenada, disminuyendo progresivamente los aspectos que le impiden la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas constitucionales.

La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI: una mirada desde latinoamérica, caso Venezuela.

Como punto previo, para quienes habitan en Latinoamérica – puntualmente en Venezuela –, tenemos una Constitución que representó un cambio ideológico político, pero cuya fundamental propuesta fue el establecer un *Estado Social, de Derecho y de Justicia*. Sin embargo, denotamos una falta de aplicación efectiva de la norma constitucional y la constante relajación de ésta, por el mismo ente estatal naturalmente.

Cabe destacar que una de las mayores preocupaciones existentes en este tema es la vulnerabilidad de los derechos fundamentales consagrados en el compendio constitucional venezolano, a pesar de ser una Constitución de corte garantista que tiene base ideológica en la Constitución de Weimar[1], con relación a lo dispuesto en los derechos y deberes fundamentales de los alemanes – comparativamente a los ciudadanos venezolanos –, lo cual para la época en la cual fue promulgada, constituyó un avance social en Europa y en el caso Venezuela una mejoría sustancial en lo que respecta comparativamente con las Constituciones previas.

Esta nueva concepción ideológico-política y social, que posteriormente repercutió en esta parte del continente, generando profundos cambios en cuanto a las concepciones criminológicas, permitió formular paradigmas más adecuados a la realidad sociocultural, que en principio se había mantenido con concepciones positivistas dirigidas a un determinado grupo social: los marginados.

Ahora bien, ¿que se entendía por marginados en nuestros países? Sencillamente un grupo de personas que, catalogados como tales por las distintas corrientes criminológicas de corte positivista estadounidense principalmente, comprendían aquellos grupos de inmigrantes, latinos, personas de color, que vivían en las periferias de las grandes ciudades y que configuraban los denominados círculos de miseria. Dichas posiciones criminológicas, que datan de mediados del Siglo XX, han sido traídas a esta parte del continente motivado por la necesidad de generar una respuesta frente a la génesis de la criminalidad, pero que en definitiva propulsó una serie de estigmas en los menos favorecidos social y económicamente. Estas personas, por consiguiente, eran carentes de derechos, conformaban subculturas dentro del esquema social macro que generaban desviación social de corte negativo, según quienes en ese momento detentaban el poder gubernamental y legislaban, criminalizando conductas que iban directamente contextualizadas hacia ese cúmulo de "extraños".

1 Constitución del Imperio (Reich) Alemán (1930) Textos Constitucionales españoles y extranjeros. Editorial Athenaeum, Zaragoza, España.

En Venezuela, con el cambio de dirección política realizado a partir del gobierno de Hugo Rafael Chávez Frías en el año 1999, los simpatizantes de su partido político, comenzaron a radicalizarse y esto generó para la sociedad venezolana una problemática en materia criminológica, por cuanto las modalidades delictivas fueron modificándose, así como a quienes los delitos comunes iban dirigidos, es decir, quiénes comenzaron a ser las potenciales víctimas de la delincuencia, la que de igual modo se incrementó en cuanto al ejercicio de acciones con violencia. Así lo destaca Antillano[2], en su investigación relacionada con el incremento de delitos violentos y la victimización de personas dentro de un mismo nivel social, denominándose este último aspecto como "criminalidad de pobres contra pobres".

El legado de la Constitución de Weimar ¿Aún está vigente frente a estos desafíos? Y si es así ¿De qué manera?

En relación a los antecedentes de la promulgación de esta Constitución en Alemania, es importante destacar que ya para el año 1881 el Estado buscaba propulsar el bienestar tanto individual como colectivo, por lo que comenzaron a denominarle "bienestar social"[3], donde el emperador Guillermo I, en su alocución ante el *Reichstag*, manifestó la creación de un "programa de política del trabajo con una nueva visión Estatal".

Esta "visión de Estado" partiendo del bienestar social, desde el punto de vista de quien suscribe, efectivamente se encuentra vigente en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[4]. Ello se concibe desde lo que respecta al preámbulo, el en que se denota la solidaridad social y el bien común como base del Estado Social, sometido a la Constitución y al imperio de las leyes, teniendo como fin un Estado Social de Derecho. Dicho Estado Social de Derecho va construyéndose (a criterio del constituyente) con el progreso integral de los venezolanos, para el logro de una vida digna.

De seguidas están sus principios fundamentales, derechos humanos, garantías y deberes, ya que materialmente toma de aquélla (la Constitución de Weimar), su orientación en cuanto a los *principios fundamentales, libertad, igualdad, justicia y paz,* esta última se bifurca en paz internacional, paz interior y exterior respectivamente. Se observa entonces una carta de derechos y garantías para los ciudadanos venezolanos que se encuentran normativamente bien estructurados, los cuales en materia procesal penal consisten en

2 Antillano, Andrés (2014) *Crimen y Castigo en la Revolución Bolivariana de Venezuela.* Cuestiones de Sociología, N° 10, http://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn10a19

3 López, José (2010) *La Constitución de Weimar y los Derechos Sociales.* Prolegómenos, N° 27, Colombia.

4 República Bolivariana de Venezuela (1999), Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela. En particular los artículos 1, 2, 3, 5 y 7, Título I y artículos 19 a 31, Titulo III.

los principales derechos cuyo cumplimiento generalmente se exige a la autoridad, especialmente el de la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 26, el derecho a la vida, a la integridad personal consagrado en el artículo 43, el derecho a la libertad personal y el debido proceso, estos dos últimos insertos en los artículos 44 y 49 respectivamente. Así mismo, se establece la posibilidad de exigencia de reparación del daño para aquellas personas víctimas de delitos y abuso de poder.

De igual modo, se hace referencia a los avances propuestos en la Constitución de Weimar, la cual desde nuestro punto de vista es aún más puntual en materia de instauración de derechos colectivos a saber: se cuenta con 57 artículos relacionados con los derechos fundamentales cuya garantía de cumplimiento recae sobre el Estado necesariamente y, por consiguiente, dicha Constitución permitió desarrollar una legislación en materia de protección de los derechos sociales de los ciudadanos alemanes. La Constitución de Weimar fue una Constitución pionera en el mundo en cuanto a la implementación de estos derechos colectivos, lo cual claramente ha influenciado a distintos países, tanto en Europa como en Latinoamérica, especialmente acá donde se evidencian los constantes progresos normativos que sirven de referencia para la creación de legislaciones propias adecuadas al entorno cultural latinoamericano.

De igual manera, con la Constitución de Weimar se evidencio que existía una gran unidad en el pueblo alemán para la época en la cual fue promulgada la presente Constitución. Se destacan los valores de la unidad moral, consolidación del imperio, la justicia, la libertad, la vocación de servicio a la paz tanto interna como externa y sobre todo el progreso social del pueblo alemán. Ahora bien, como se destaca en párrafos anteriores, comparativamente la situación actual en Venezuela denota entre sus conciudadanos una total polarización, una visión contrapuesta de la realidad social y política, aunado a la excesiva codificación de normas de carácter punitivo que ha generado el gobierno nacional para "controlar" a quienes tengan una posición política distinta a la de sus dirigentes.

El artículo 7 numerales 2 y 3, de la referida Constitución alemana, destaca el derecho a legislar en materia de derecho penal y procedimientos judiciales, incluyendo lo relativo a la ejecución de las penas, dentro del denominado imperio alemán. Más adelante, en la Sección VII, refiere al Sistema de Administración de Justicia, iniciando con el artículo 102 que claramente vislumbra el denominado *Principio de Autonomía de los Jueces*, principio éste consagrado también en la Constitución venezolana[5], Capítulo III artículos 253 y 254. Esa potestad de administrar justicia en Venezuela emana de los ciudadanos y ciudadanas, impartiéndose en nombre de la República y por autoridad de la ley. Su Constitución se divide en el Tribunal Supremo y demás tribunales que se determine por ley, así como por

5 República Bolivariana de Venezuela (1999), op cit., lo referido al Poder Judicial y del Sistema de Justicia.

otros órganos del poder público como son el Ministerio Público –titular de la acción penal pública –, la defensa pública, órganos de investigación penal y sus organismos auxiliares, entre otros. De seguidas se explana que el Poder Judicial es autónomo e independiente, así como el Tribunal Supremo goza de autonomía funcional, financiera y administrativa.

Además, en este análisis comparativo, se denota en el artículo 109 de la Constitución de Weimar[6], la consagración del Principio de Igualdad, al indicar que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, siendo un aspecto novísimo y revolucionario para la época. La Constitución venezolana[7] lo consagra en el artículo 21, numerales 1 y 2, indicando claramente nuestra máxima norma que las personas son iguales ante la ley, sin ningún tipo de discriminación (raza, sexo, credo o condición social), lo que será debidamente garantizado jurídica y administrativamente, adoptando a tal fin medidas positivas que favorezcan a personas o grupos vulnerables, marginados o potencialmente sujetos a discriminación.

¿Qué importancia tendrá el constitucionalismo social en el siglo XXI en materia político criminal?

El constitucionalismo social en materia político criminal, ha generado un cambio de perspectiva en relación con los sujetos desviados, ya no se estima que el delincuente sea de piel oscura, sin familia constituida, sin profesión del conocimiento público, ateo, proveniente de familias disfuncionales, con similitudes físico-antropométricas a quienes están presos[8]. Las viejas tendencias se centraban en que los que detentaban el poder político con una ideología basada en el sistema capitalista, permitían la creación de legislaciones para delimitar u oprimir a los más débiles: aquéllos que carecen de poder alguno, donde la funcionalidad del crimen permite convertir a este delincuente estereotipado en un "chivo expiatorio", sobre el cual se dirige toda la carga estatal punitiva.

A partir de este cambio paradigmático, comenzamos a comprender que los procesos de criminalización varían, de acuerdo a la óptica con la que se mire, como en el caso de la *Criminología Interaccionista,* en la cual Becker[9] indica que la desviación no es una cualidad propia del acto realizado por un sujeto, sino es consecuencia de que la sociedad aplique reglas y sanciones a un "transgresor".

---

6 Constitución del Imperio (Reich) Alemán, op cit., Parte Segunda: Derechos y Deberes Fundamentales de los alemanes, Sección I, la Persona Individual.

7 República Bolivariana de Venezuela (1999), op cit.

8 Aniyar de Castro, Lola y Codino, Rodrigo (2013) Manual de Criminología Sociopolítica. 1ª Edición, Buenos Aires: Ediar. Estos autores refieren desmontaje del estereotipo del delincuente común, con los cambios originados producto de la Criminología Crítica.

9 Becker, Howard (1971) Los extraños. Sociología de la Desviación. Buenos Aires, Argentina. Tiempo Contemporáneo.

¿Cómo la experiencia latinoamericana puede aportar elementos de debate y crítica a la vigencia del constitucionalismo social?

En este particular es necesario abordar las reflexiones criminológicas de autores latinoamericanos, a quienes ya se ha hecho referencia previamente. Sin embargo, para el caso venezolano lo más preocupante es observar que en la realidad sociopolítica actual, hecho notorio conocido a nivel internacional, el *Constitucionalismo Social* se ve como una meta inalcanzable en la práctica, dado que el mismo gobierno venezolano, en no pocas ocasiones, desconoce los principios y garantías existentes en la Carta Magna venezolana, no logrando obtener los ciudadanos de este país una respuesta eficaz, una garantía clara de respeto de sus derechos fundamentales.

Como bien lo indica Arango[10], en Latinoamérica los derechos sociales actualmente son reconocidos constitucionalmente, pero es menor el ejercicio y goce de tales derechos, frente al continente europeo donde hay una mayor realización de éstos y menor interés en consagrarlos constitucionalmente. Por consiguiente, tenemos realidades invertidas, además de la diferencia jurídica actual. En este contexto, el precitado constitucionalista mexicano, hace referencia a lo que interpreta el Juez Albi Sachs[11] de la Corte Constitucional de Suráfrica, señalando que "el constitucionalismo social latinoamericano ha erigido como objetivos fundamentales: colocar los derechos sociales en el centro del proyecto político y económico en sociedades altamente disfuncionales; diseñar las instituciones y los procedimientos democráticos requeridos para realizar los derechos humanos en su integridad".

Se destaca del artículo de Arango[12], la clasificación entre sociedades "bien ordenadas" y "no bien ordenadas", compuestas las primeras de ellas por ciudadanos con racionalidad y empoderados de razonabilidad, siendo su principal objetivo la garantía de libertad frente a otro derecho. En cambio, en las sociedades "no bien ordenadas", no existe nivel de conciencia y sentido de pertenencia, que permita a sus integrantes tener un concepto claro de justicia, motivado a las fracturas económicas y culturales que generan disfunción social. En esta última se inserta la sociedad venezolana, por los graves conflictos que presenta en la actualidad, generados por hechos de corrupción, búsqueda de permanencia de un determinado grupo político en el poder a costa de socavar y secuestrar a los demás poderes públicos, como el poder electoral, el poder judicial y la simultaneidad de funcionamiento de instituciones paralelas como la Asamblea Nacional y la Asamblea Nacional

10 Arango, Rodolfo (2010) Constitucionalismo Social Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

Constituyente. Además, la falta de igualdad de los ciudadanos en la práctica, la falta de equidad y las constantes confrontaciones del gobierno venezolano con países desarrollados y su posición negada a escuchar a organismos internacionales para garantizar a sus ciudadanos el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Es de hacer notar que no solo Venezuela presenta este tipo de situación conflictiva, sino que gran parte de los países latinoamericanos deben realmente orientarse a lo que constituye un Estado Social de Derecho: aquél donde la autoridad pública no solamente proteja al individuo frente a una posible lesión de bienes jurídicos protegidos por el mismo Estado, sino a asegurarle la satisfacción de las necesidades básicas en general, motivado por la desigualdad de condiciones socioeconómicas en las que se han venido desarrollando los ciudadanos, en especial maximizadas en estos 20 años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para finalizar, es importante destacar que la política criminal actual en Venezuela, no presenta una base o planificación sobre la realidad victimal, sino que se ha centrado en el denominado *Plan de la Patria*[13], donde las Fuerzas Armadas Nacionales Bolivarianas, lideradas por el Comando Estratégico Operacional, apoyan al Ministerio del Poder Popular del Interior, Justicia y Paz, en la planificación y ejecución de operaciones de seguridad ciudadana, destinadas a ejecutar acciones previsivas y operativas en los municipios de mayor incidencia criminal en cada entidad federal, para "proteger" de forma efectiva la integridad física de las personas y de sus propiedades. De esta manera, se busca incrementar la máxima convivencia e integración social comunal, para minimizar el índice delictivo y la violencia que azota estos sectores populares y de otros estratos sociales, garantizando así el pleno disfrute de los derechos ciudadanos, lo cual no ha reflejado disminución alguna de la comisión de delitos, sino que éstos se han incrementado paulatinamente, con un mayor grado de ejecución por medio del uso de la violencia contra las personas.

Conclusiones preliminares.

En primer lugar, el análisis comparativo efectuado entre las Constituciones de Weimar del año 1919 y la venezolana del año 1999, permitió denotar que la primera de ellas efectivamente fue un antecedente y modelo a considerar, en cuanto al cambio de ideología político estatal, del Estado Liberal de Derecho al Estado Social-Democrático de Derecho y de Justicia, siendo éste generador de nuevas políticas de aplicación de Justicia. En este ámbito es de destacar sobre todo lo que respecta a la justicia compensatoria, donde el Estado busca

13 República Bolivariana de Venezuela (2013) Plan de la Patria 2013–2019, el cual es considerado el II Plan estratégico del gobierno nacional.

garantizarles a los ciudadanos sus derechos fundamentales, consagrados constitucionalmente, pero que en la realidad fáctica quedan solo plasmados en el texto y en el papel.

Las sociedades europeas, en especial la alemana, es una sociedad estructurada, donde los derechos fundamentales en la actualidad no son ya remarcados constitucionalmente (como en Venezuela) sino desarrollados por las distintas leyes de menor rango legal, dando por sentado que el Estado debe generar bienestar social a sus ciudadanos.

En contraposición están las sociedades latinoamericanas, en especial la venezolana, que desde el siglo pasado viene a considerarse una sociedad disfuncional, donde el Estado en realidad se convierte en un ente incapaz de crear ese bienestar social y la seguridad jurídica que se necesita para el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, más bien busca es criminalizar una serie de conductas con la finalidad de limitar y anular a la ciudadanía, generando problemas aún más graves, producto de la detentación del poder en manos de funcionarios sin ética ni moral, movidos por la corrupción y por la necesidad de permanencia en el poder político a costa de la misma ciudadanía.

Bibliografia.

Aniyar de Castro, Lola y Codino, Rodrigo (2013) *Manual de Criminología Sociopolítica*. 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Ediar.

Becker, Howard (1971) *Los extraños. Sociología de la Desviación*. Buenos Aires, Argentina. Tiempo Contemporáneo.

Constitución del Imperio (*Reich*) alemán (1930) Textos Constitucionales españoles y extranjeros. Editorial Athenaeum, Zaragoza, España.

República Bolivariana de Venezuela (1999) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela.

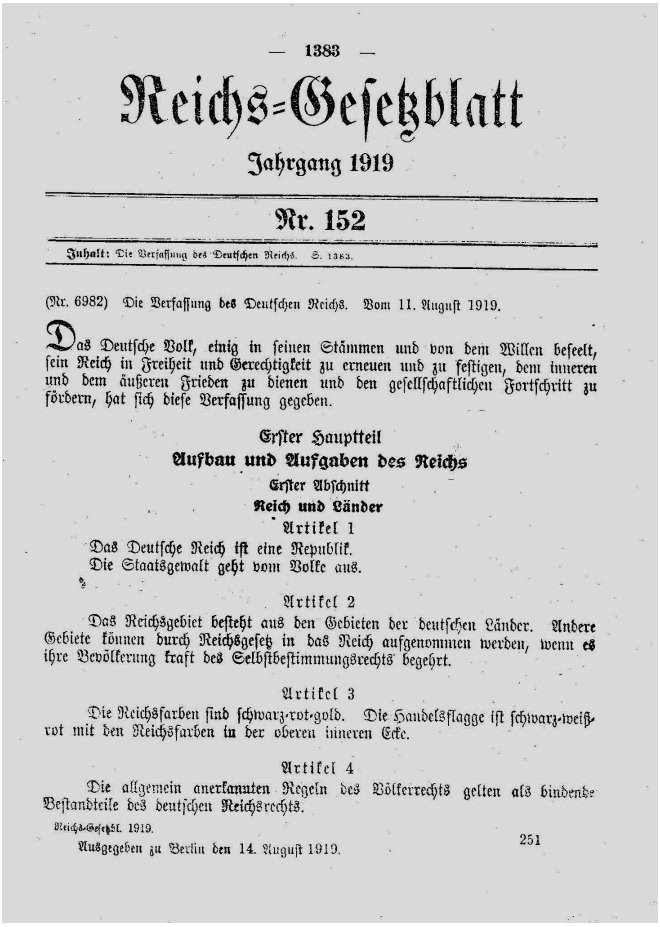
República Bolivariana de Venezuela (2013) Plan de la Patria 2013-2019. Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela.

Citas en la web.

Antillano, Andrés (2014) Crimen y Castigo en la Revolución Bolivariana de Venezuela. En http://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn10a19

Arango, Rodolfo (2010) Constitucionalismo Social Latinoamericano. En Archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf

López, José (2010) La Constitución de Weimar y los Derechos Sociales. Prolegómenos, N° 27, Colombia. En: http://www.umng.edu.co/documents/63968/71199/Art+13+rev+26.pdf



— 1383 —

Reichs-Gesetzblatt

Jahrgang 1919

Nr. 152

Inhalt: Die Verfassung des Deutschen Reichs. S. 1383.

(Nr. 6982) Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919.

Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuen und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben.

Erster Hauptteil
Aufbau und Aufgaben des Reichs
Erster Abschnitt
Reich und Länder

Artikel 1

Das Deutsche Reich ist eine Republik.
Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

Artikel 2

Das Reichsgebiet besteht aus den Gebieten der deutschen Länder. Andere Gebiete können durch Reichsgesetz in das Reich aufgenommen werden, wenn es ihre Bevölkerung kraft des Selbstbestimmungsrechts begehrt.

Artikel 3

Die Reichsfarben sind schwarz-rot-gold. Die Handelsflagge ist schwarz-weiß-rot mit den Reichsfarben in der oberen inneren Ecke.

Artikel 4

Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.

Reichs-Gesetzbl. 1919.
Ausgegeben zu Berlin den 14. August 1919. 251

La publicación de la Constitución del Reich alemán en la Gaceta oficial del Reich el 14 de agosto de 1919

© Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1919, Public Domain

Mario Orlando Contreras

X. La constelación del federalismo argentino, influenciado por la Constitución de Weimar.

Resumen: El presente artículo estudia, desde la cosmovisión latinoamericana e interdisciplinaria, algunos de los principios y postulados de la Constitución de Weimar de 1919, su influencia en el derecho constitucional argentino y en la sociología de los intelectuales en la década anterior al dictado de la Constitución de 1949, los logros sociales y económicos, la modernización del país y su cambio cultural. Su predominio en las Constituciones Provinciales y la ampliación de derechos sociales y garantías Judiciales en estas autonomías. La filosofía weimariana renaciente en el interior profundo de Argentina.

Palabras claves: Alemania, Constitución de Weimar, Estado intervencionista, Modernización.

Abstract: This article studies, from the Latin American and interdisciplinary worldview, some of the principles and postulates of the Weimar Constitution of 1919, its influence on the Argentine constitutional law and on the sociology of the intellectuals in the decade prior to the enactment of the Constitution of 1949, the social and economic achievements, the modernization of the country and its cultural change. Its predominance in the Provincial Constitutions and the extension of social rights and judicial guarantees in these autonomies. Weimarian philosophy resurfacing in the deep interior of Argentina.

Keywords: Germany, Weimar Constitution, State Interventionism, Modernization, Social Rights.

I. Introducción.

Cuando se analiza un tópico vinculado a las ideas y a las instituciones políticas, lógicamente debemos tener presente o en su caso, desentrañar, cuál es el pensamiento y la vertebración filosófica que las anima, desde el contexto de su época hacia la actualidad, la perspectiva histórica nos dará siempre una visión más clara de la dimensión de aquellas y hasta donde llegaron sus influencias.

El tema que hoy se conoce ya clásicamente como la Constitución de Weimar quizás no tuviera, efectivamente, el suficiente arraigo en las almas de los alemanes, sin embargo, sus normas calaron con gran fuerza en el objeto y método de la teoría del Estado y de la ciencia jurídica en este sector tan austral del globo. En Argentina tuvo todo un proceso de inserción que en las provincias del interior sigue vibrando sonoramente el espíritu constitucional de Weimar.

Es preciso recordar que previo al ingreso del constitucionalismo social, la Carta Magna liberal de 1853, estaba regida por las ideas rectoras en el pensamiento de Alberdi[1], padre del constitucionalismo argentino, expresadas fundamentalmente en sus Bases[2], tales como *"la ley de la expansión"*, como el mejoramiento indefinido de la especie humana, por el cruzamiento de las razas, por la comunicación de las ideas y creencias, y por la nivelación de las poblaciones con las subsistencias;*"la ley del desarrollo de la civilización"* que reclama el suelo, un territorio escasamente poblado, podríamos definir según su paradigma, un desierto para el atraso.

II El federalismo argentino.

En la cosmovisión alberdiana, uno de los temas que analiza con la notable solidez de su formación y la lucidez de su realismo y de su pragmatismo, es el referido a cuál debiera ser la *"forma de gobierno"* que debía regir en la República Argentina, si la unitaria o la federal[3].

---

1 Juan Bautista Alberdi (1810–1884) Nació en Tucumán, se mudó a Buenos Aires para sus estudios, que culminó en Montevideo. Destaca como uno de los gigantes intelectuales no solo de Argentina sino de toda América Latina. Durante la guerra civil de Argentina, Alberdi se mantuvo firme del lado de los federalistas liberales y en contra del dictador Manuel Rosas. Fue abogado, político, economista y autor intelectual de la Constitución Argentina de 1853. Aunque vivió gran parte de su vida en exilio en Chile, Uruguay y Francia, fue uno de los liberales argentinos más influyentes de su época.

2 Se le vincula con la llamada "Generación del 37", grupo de jóvenes intelectuales simpatizantes con las ideas de la democracia liberal. Su principal obra, *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*, consiste en un tratado de derecho público que posteriormente en su reedición incluiría un proyecto de Constitución.

3 Esos antecedentes, esos "modos de ser" que nos muestra la dinámica histórica, se manifiestan definitivamente en conflicto desde la Asamblea de 1813 con los proyectos porteños de tipo unitario, al modo de Rousseau y de Francia, que inspiran las Constituciones sin vigencia de 1819 y 1826; y por otro lado con las instrucciones y proyectos federales artiguistas del líder uruguayo, al modo de Montesquieu y Norteamérica, que el litoral hará suyos en 1815 e impondrá luego en 1820 y 1852.

La República Argentina, decía; "*... es tan incapaz de una pura y simple federación como de una pura y simple unidad. Necesita por circunstancias, de una federación unitaria o de una unidad federativa ...*" De allí que Alberdi intente afanosamente la integración de ambos elementos, lo que manifiesta en su expresión de la necesidad de una federación mixta que concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación, es decir, de los dos grandes términos del problema argentino, y que represente la paz entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre la individualidad y la generalidad, entre la libertad y la asociación, entre el localismo y la República Argentina[4].

La argentina está conformada por provincias preexistentes a la Nación, para Alberdi la vinculación de todas ellas se sostenía por una liga al estilo de la polis griegas. Al respecto afirma: *"estos artículos dan al poder de provincia, en la República Argentina, un carácter muy distinto del que tiene el poder aislado de cada Estado en la federación de Norte-América. La Constitución argentina manda y ordena, que cada provincia se dé una Constitución. La de Estados Unidos no se mezcla en eso. Por la Constitución argentina, las Provincias deben someter a la revisión previa del Congreso sus Constituciones locales"*[5].En los Estados Unidos, no están obligados a esa formalidad, esenciales diferencias entre ambas Constituciones respecto al uso de la soberanía local para la sanción de las Constituciones parciales, la primera limitada y las segundas absolutamente libres, esto hace que nuestra Constitución sea más central que la de Estados Unidos, en cuanto al régimen constitucional de provincia.

La tendencia más inflexible está dada por el iluminismo; *"La revolución francesa era esencialmente centralista y unitaria en el hecho de trabajar contra el feudalismo y el provincialismo. Era un paso hacia delante de un movimiento de centralización que contaba con ocho siglos de elaboración. La revolución en América, era un movimiento esencialmente descentralizador, desde que tenía por objeto desmembrar poderes que aunque situados en Europa se integraban por países americanos"*[6].

Por entonces, en esos años, Alemania transitaba su propio proceso de integración, similar al de Argentina, el proyecto de Constitución de 10 de junio de 1866, que contenía todo un programa político de unidad, dio base legal a la formación de la Confederación Alemana del Norte *(Norddeutschen Bund)*, primer paso en el camino de 1a organización política de la Alemania moderna.

Más tarde la incorporación de la confederación de los estados del Sur y 1a Constitución alemana de 14 de abril en 1871, que tan estrecha relación conserva con la de la

4 Alberdi, Juan Bautista: "Bases", Cap. XVII.

5 Alberdi, Juan Bautista: "Bases", Cap. XXIV.

6 Alberdi, Juan Bautista. "Escritos Póstumos de J. B. Alberdi – América", Imp. Alberto Monkes, Buenos Aires 1899, tomo VII, pág. 81.

Confederación Alemana del Norte, que es su antecedente inmediato, dan forma al Imperio Alemán[7].

Pensamos que, lamentablemente, su agudo sentido realista de la sociedad, no caló hondo esta cuestión, como para advertir que todos esos fines se podían conseguir con un adecuado federalismo como propuso en sus "*Bases*", pues el federalismo no era una cuestión meramente de organización del poder, sino que se asentaba en una vivencia histórica, sociológica e institucional de las provincias que no se podía desconocer[8], el libre cambismo había agotado este modelo.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el Gobierno llamado Federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales[9].

III. La influencia de las ideas de Weimar en la Constitución de 1949.

En los primeros cuarenta años del siglo XX, muchos países reformaron los textos decimonónicos con el propósito de fortalecer a sus Estados, ampliar la representación política de los ciudadanos e incorporar regulaciones económicas y sociales.

Los intentos de reforma argentinos buscaban quitar el tinte liberal que guardaba el texto fundador de mediados del siglo XIX y aproximarse al constitucionalismo social y corporativista cuyos antecedentes se encontraba en la República de Weimar de la Alemania de entreguerras y la España republicana.

Es imprescindible conocer cómo surgió, qué finalidad tuvo, cuál fue su logro, y el porqué y las consecuencias de su derogación, observar estas cuestiones llevará inmedia-

7 Los estados alemanes, al formar una confederación, no perdieron ni su antiguo carácter, ni su independencia. El preámbulo de la Constitución de 1871, muestra claramente que no se trataba, en realidad, de constituir un Estado, sino de convenir las bases de una confederación de reinos, ducados y ciudades libres para fines determinados y que la autoridad y la soberanía de la nueva entidad surgían tan solo de ese tratado de príncipes. Las funciones que se entregaban al Imperio confirman más en este punto de vista; tan solo de algunas relativas a la legislación común (sección. II) y de otras sobre comercio (VI), comunicaciones (VII-VIII-IX) y negocios militares se desprendieron los estados particulares; reservándose, en realidad, la plenitud de la soberanía.

8 Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder, pero se daba de bruces con el poderoso comercio internacional de Buenos Aires.

9 Ahora la sociedad federal argentina está integrada por el gobierno federal, veintitrés provincias, y la ciudad-Estado de Buenos Aires, que tienen entre sí relaciones federales directas; pues si bien en la reforma se ha consagrado la autonomía municipal, por el art. 123, las que deben asegurar dicho régimen siguen siendo las provincias.

tamente a comprender la vigencia que mantienen sus principales postulados en el marco de nuestra realidad contemporánea y desarrollada más ampliamente en los Estados Federales[10].

La mayoría de los autores, incluso aquellos que estaban ligados al mundo cultural e intelectual como Manuel Gálvez[11], Ernesto Palacio[12] y Atilio García Mellid[13] y

10 Fue en América Latina donde se produjo la expresión del nuevo ideal mediante la célebre Constitución mexicana de 1917. Pero el más fuerte impulso se dio en los años treinta cuando países como Brasil, Uruguay y Colombia adoptaron distintas normas constitucionales en materia social. De esta forma, el escrito sancionado en 1949 tuvo antecedentes y llegó a la Argentina más bien en un período tardío en comparación a otras naciones.

11 Galvez, Manuel: Nacido en Paraná, Entre Ríos, 1882–1962, recibió una esmerada educación con los jesuitas en esta región. El 21 de abril de 1910 se casó con la poetisa Delfina Bunge y el mismo año empezó a mostrar sus preocupaciones nacionalistas, presentes ya en los artículos de Ideas. Junto a Ricardo Rojas y Leopoldo Lugones se comprometió con la denominada "reacción nacionalista" y su ideario nacionalista católico de derechas que culminaría en el golpe de estado de 1930. Su primera obra importante fue "El diario de Gabriel Quiroga". Opiniones sobre la vida argentina (1910), novela que suponía ya su acercamiento a la "reacción nacionalista" luego reforzado con su novela El solar de la raza, (1913); luego siguió una multitud de novelas que se proponen hacer pensar en él como el Benito Pérez Galdós argentino, con la pretensión de reflejar fielmente todos los aspectos de historia reciente y de la sociedad contemporánea en su país. Como ensayista, si dejamos fuera sus innumerables artículos periodísticos, empezó con Informe sobre el paro forzoso (Buenos Aires: Alsina, 1913). En cuanto a la ideología nacionalista, tradicionalista, católica y derechista del autor, puede leerse por ejemplo un pasaje de su novela La maestra normal (1914). En particular, describía un presente degradado y reclamaba atemperar con retoques de "espiritualidad la barbarie de las energías materiales", producto del triunfo económico y social del inmigrante, quien había cambiado el concepto espiritual del país por un estilo de vida europeo. Manuel Gálvez. El Solar de la Raza. Madrid, Saturnino Calleja SA, MCMXX, pp. 13–14, 41. 91 y 98, Manuel Gálvez. El diario de Gabriel Quiroga. Opiniones sobre la vida argentina. Buenos Aires, Taurus, 2001, pp. 75–76, 86, 90–91.

12 Palacio, Ernesto: Buenos Aires.1903–1979. Fue un docente, abogado, periodista y escritor argentino. Formó parte de la generación de intelectuales nacionalistas de derecha que comenzaron a escribir en la década de 1920. Perteneció al grupo Florida de artistas de vanguardia, junto con Roberto Mariani, Evar Méndez, Oliverio Girondo y otros, dispuestos, a crear un movimiento. Su actividad nacionalista la volcó en La Nueva República, una revista de 1927 que sirvió de base para el resurgir nacionalista. Compartió editoriales con los mismos ideales como Juan Carulla, Rodolfo Irazusta y su hermano Julio, Roberto de Laferrere y César Pico. También editó el semanario Nuevo Orden que tuvo su primer aparición en julio de 1940, representando en ella una opinión fervorosamente a favor de la Iglesia Católica. Fue el fundador y líder del Partido Liberador convirtiéndose en uno de los líderes del sentimiento anti británico; miembro del Comisión Directiva de la Revista del Instituto de Estudios Históricos "Juan Manuel de Rosas". La mayor influencia de Weimar se nota en su obra Teoría del Estado (Buenos Aires, Editorial Política, 1949).

13 García Mellid, Atilio: 1901–1972: Nació en Buenos Aires, como la mayor parte de los hombres de su generación, se formó ideológicamente en la concepción liberal predominante. Su preocupación por lo social comenzó a manifestarse en su libro "Firpo y la grandeza nacional". El golpe militar del treinta acentuó su inquietud política y prevaleciendo su espíritu crítico sobre sus enseñanzas liberales. En esa lucha, algunos resabios de la vieja enseñanza lo colocaron en colisión con Scalabrini Ortiz quien más de una vez lo juzgó "demasiado liberal" y hasta "probritánico". En esa época, García Mellid comienza a incursionar en el revisionismo histórico y publica "Montoneras y caudillos en la historia argentina". Consolidado como ensayista e historiador: "Dimensión espiritual de la revolución argentina" (1948), y poco después "La crisis política contemporánea". Ya en el campo del revisionismo histórico se desplaza hacia posiciones antiliberales que lo acercan a una concepción nacionalista católica: "La constitución cristiana de los Estados" y "Explicación del comunismo". Después del años 1955, lanza su libro "Proceso al liberalismo argentino" (1957), ensayo que constituye una fuerte crítica al liberalismo en el cual se observan su nacionalismo.

Raúl Scalabrini Ortiz[14], circulaban entre ambos mundos, el político-partidario y el intelectual, uniéndolos según las circunstancias, fueron fomentando con su literatura una recepción favorable en la opinión pública, no todos partían desde una misma posición ideológica, pero estaban impregnados de los principios filosóficos de Weimar.

En esencia es un proyecto de país institucionalizado al más alto rango normativo, así como anteriores estudios han demostrado y comprobaremos a continuación, que todos los intelectuales analizados basaban sus argumentos para reformar la Constitución en la crítica anti imperialista a la cultura extranjera y al paradigma liberal bajo el cual se había elaborado el escrito de 1853[15], así como también defendían posiciones relacionadas a la redistribución social, en especial al momento de analizar la propiedad privada, surgida desde los grandes latifundios heredados del periodo hispánico.

Una de las figuras que aportaron sus ideas basadas en el constitucionalismo social, para teorizar la reforma de los intelectuales que tuvo gran incidencia en las concepciones que luego transmitiría la reforma fue Alejandro Bunge[16]. Su obra *Una nueva argentina* (1940) había tenido gran importancia en el pensamiento desde los postulados de Weimar, como economista pregonaba el dirigismo estatal.

---

14 Scalabrini Ortiz, Raúl: Corrientes, 1898 – 1959. Ensayista argentino, autor de un conocido análisis de la idiosincrasia de las clases medias argentinas y de destacados estudios sobre la situación económica y social. Estudió ciencias exactas en la Universidad de Buenos Aires, durante su juventud militó en un grupo de ideología marxista. Su obra más conocida, "El hombre que está solo y espera" (1931), es un conjunto de pensamientos y observaciones sobre el arquetipo de la clase media porteña, de la que efectuó un controvertido retrato resumido en el título; fue escrito en el contexto de la crisis mundial de 1929, de la que un país de las características de Argentina, en su opinión, podía beneficiarse ampliamente, el libro despertó durante años tanto interés como polémica. En 1933 emigró a Francia por razones políticas y comenzó a tener una más acabada noción del papel que desempeñaba Inglaterra en la economía argentina; en Alemania, poco después, escribió artículos sobre el colonialismo y la cuestión nacional. Regresó a Argentina en 1935, colaboró en el diario Señales y militó en las filas de Fuerza de Orientación Radical de la Joven Argentina (FORJA), en cuyo órgano de prensa denunció diversos negociados, los relacionados con el ferrocarril. Publicó en esos años Política británica en el Río de la Plata (1936), Los ferrocarriles, factor principal de la independencia nacional (1937), Historia de los ferrocarriles argentinos (1940) y Los ferrocarriles deben ser del pueblo argentino (1947) Norberto Galasso. Vida de Scalabrini Ortiz. Buenos Aires, Colihue, 2008, pp. 320–321.

15 Gonzalez Arzac, Alberto. "Sampay y la Constitución del futuro". Buenos Aires. Peña Lillo, 1982, Alberto González Arzac. La Constitución justicialista de 1949. Buenos Aires, El Alba, 1973, Carlos Miguel Herrera. "En los orígenes del peronismo". Ezequiel Abásolo. "El primer peronismo y la enseñanza jurídica universitaria. Protagonistas, actitudes y reocupaciones". Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, Nº1, Vol. 11. Madrid, 2008, Jorge Reinaldo Vanossi. La Constitución nacional de 1949. Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de noviembre de 2005. Buenos Aires, 2005.

16 Bunge, Alejandro: Buenos Aires 1880–1943. fue un economista y político socialcristiano argentino, pertenecía a una familia alemana emparentada con fundaría una multinacional cerealera Argentina, Bunge & Born. Su abuelo había emigrado para "hacer la América", alcanzando el éxito económico. Su padre, Octavio Bunge, se recibió de abogado y carrera judicial alcanzando el cargo de miembro de la Corte Suprema de [continua en la siguiente pág.]

Se había dedicado a pensar la Argentina desde una perspectiva económico-social, este autor destacaba los problemas sociales básicos argentinos: la natalidad, la vivienda obrera digna, el hogar rural en propiedad, la mejora de los niveles de vida y el aumento de la participación gremial y corporativa en la vida pública. En especial, insistía en la necesidad de *"evolucionar"* y aumentar la *"representación de los intereses gremiales"*, afirmaba, sólo así se salvaría la democracia[17].

Las políticas sociales llevadas a cabo hasta 1940, destacaba, habían generado la decadencia demográfica: Para revertir dicha situación, Bunge proponía incentivar los natalicios, sobre todo los de las clases "más afortunadas"[18]. Al mismo tiempo, destacaba la necesidad conseguir la independencia económica. Si bien aclaró que las relaciones con Gran Bretaña habían sido de utilidad recíproca, las circunstancias se habían modificado. Dicha nación, al igual que Francia, se caracterizaban por su autarquía, cuestión que nos dejaba "casi afuera de su órbita comercial"[19]. Así, la Argentina, "por su bien y por el de Europa", no debía seguir siendo un país exclusivamente "exportador de carnes, lanas, cueros y cereales", sino que tenía que producir y exportar "petróleo, calzado, algodón y otras fibras textiles[20].

En las ideas de Bunge, el Estado debía ejercer una amplia función de fomento y dirección general de la economía y la sociedad. En este sentido, era necesario, aseguraba, crear un régimen especial de la tierra que transformara paulatinamente al *"agricultor nómade en el agricultor con arraigo"*, lógica que asociaba al concepto social de la agricultura.

[continuación de nota a pie 16] Justicia de la Nación Argentina. Estudio en Alemania de regreso al país obtuvo el cargo en la oficina estadística del por entonces Departamento de Trabajo, retomó sus vínculos con los católicos sociales. Bunge participó de la Liga Social Argentina, antecedente del Partido Demócrata Cristiano, junto a figuras como Federico Grote, Gustavo Franceschi, Emilio Lamarca, Juan Félix Cafferata, y asumió la dirección de los Círculos de Obreros Católicos, (1912–1916) fundados por el padre Federico Grote. Ambas asociaciones estaban imbuidas del socialcristianismo y del compromiso de los católicos con las cuestiones sociales, constituyendo espacios de reflexión y de propuestas de reforma social. Bajo la influencia las enseñanzas del papa León XIII en sus encíclicas Rerum Novarum (1891) sobre la cuestión social y Graves de Communi Re (1901) sobre el recto concepto de democracia cristiana, como parte del socialcristianismo y distinguiéndola de la socialdemocracia, y del pensamiento del sociólogo francés Frédéric Le Play, Bunge encontró temas que ligaban sus intereses empiristas con el reformismo social de connotación moral. Obras; Riqueza y renta de la Argentina (1917) La economía argentina (4 vols. 1928–1930) Una nueva Argentina (1940). Bunge, Alejandro. "Una nueva Argentina". Buenos Aires, Hyspamérica, 1984, pág. 19.

17 Bunge, Alejandro Ob. cit. pág. 26.

18 Bunge, Alejandro Ob. cit. pág. 28.

19 Bunge, Alejandro Ob. cit. pág. 249.

20 Bunge, Alejandro Ob. cit. pág. 251.

Los antecedentes de la reforma encontraron un fuerte sustento también en los escritos de Carlos Ibarguren[21], un intelectual-político que había ocupado varios cargos gubernamentales, mostrado un constitucionalismo abocado a lo social desde principios del siglo XX. Ya para 1934, año en que apareció su obra *La inquietud de esta hora*, había adherido al nacionalismo y lo expresaba mediante sus deseos de cambiar el texto de 1853. En dicho escrito, Ibarguren mostraba al corporativismo y la democracia funcional como repuesta superadora de la sociedad y los movimientos políticos precedentes. Afirmó: *"muchos creen que la crisis que hoy aflige al mundo es pasajera y que se retornará al carril optimista del liberalismo democrático y de la prosperidad indefinida (…) el capitalismo, tal como existió hasta ayer y la democracia individualista basada en el sufragio universal, fenecen"*[22].

El corporativismo mencionado por Ibarguren – doctrina política que sirvió en parte, de inspiración para la Constitución de 1949 – era presentado como una *tercera vía* entre el capitalismo y el marxismo que hacía hincapié en los componentes económico-sociales. Dicha doctrina consideraba a la comunidad como un cuerpo orgánico que se articulaba mediante la solidaridad social y la distinción funcional. Rechazaba el modelo político-representativo individualista y proponía la participación a través de grupos sociales[23].

A los ojos de Ibarguren, en Europa se acercaba de forma amenazante la "fermentación social estimulada por el profundo malestar" que acechaba a la política y la economía. Así, en desmedro del liberalismo y el materialismo, representados por el "intelectualismo que dominó a fines del siglo XIX"[24], ganaba lugar el corporativismo, también por él deno-

---

21 Ibarguren Uriburu, Carlos: Salta. 1877–1956. Fue un abogado, académico, historiador y político argentino, se asoció en un principio con la tendencia liberal, antes de pasar al nacionalismo corporativista en su vida posterior, desde 1904 ocupó varios cargos gubernamentales, el presidente Roque Sáenz Peña [a continuar] lo designó como ministro de Justicia e Instrucción Pública, cargo que ocupó hasta 1914, se convirtió en uno de los fundadores del Partido Demócrata Progresista en 1914 y se desempeñó como vicepresidente del partido, en las elecciones legislativas de 1920 fue candidato integrando una lista de intelectuales de la talla de Lisandro de la Torre y Ezequiel Ramos Mejía. Fue elegido como candidato del Partido Demócrata Progresista para la elección presidencial de 1922 y logró el 7,7% de los votos. En la década de 1920 alteró su posición. Su libro La literatura y la gran guerra, demostró un cambio hacia el nacionalismo. Se interesó en el uso de las masas como un baluarte de la actividad reaccionaria y, como tal, se acercó a las ideas del fascismo. Tras el golpe de 1930 del general José Félix Uriburu (primo de Ibarguren), éste lo designó interventor federal de la provincia de Córdoba desde 1930 hasta 1931. Pidió al dictador cambiar la democracia representativa por el corporativismo y este modelo económico llegó a dominar su pensamiento. En 1948, por consejo de Ibarguren, el gobierno d consideró otorgar representación parlamentaria a las corporaciones, pero este proyecto no formó parte de la Constitución Argentina de 1949.

22 Esta era la crítica que también hacía el revisionismo histórico a los sistemas políticos en torno a la década de 1930. Sus representantes se mostraban contrarios al rumbo elegido para la Argentina luego de la Batalla de Caseros (1952). Ver: Carlos Ibarguren. La inquietud de esta hora: Liberalismo, corporativismo, nacionalismo. Buenos Aires, Boldán, 1934, pág. 5.

23 Segovia, Juan Fernando. "El modelo corporativista de estado en la Argentina", pág. 274–275.

24 Ibarguren, Carlos. La inquietud de esta hora: Liberalismo, corporativismo, nacionalismo, pág. 31.

minado "nacionalismo", y el marxismo comunista estaban desapareciendo, afirmaba Ibarguren, los ideales de la Revolución francesa. La libertad se desvanecía tras la disciplina "mantenedora del grupo", mientras que la igualdad del "mito liberal" y la fraternidad eran remplazadas, no por el privilegio, "sino por la jerarquía indispensable a la organización colectiva"[25].

En su crítica a la sociedad liberal, Ibarguren destacaba la ineficacia que había surgido al dejar al libre albedrío la representación de los intereses sectoriales. Por esta razón, proponía que estuvieran representados en el Estado por sus genuinos representantes evitando así los elementos parasitarios del "profesionalismo electoral". El Estado debía ser considerado como una síntesis de la Nación en donde predominaran los intereses del todo sobre los órdenes particulares y privados, pues el Estado liberal solo había degenerado en "demagogia u oligarquía". En su obra de 1934, incluso criticó la Constitución de 1853. Consideraba que el escrito había sido un paso institucional importante, pero que no había dado unidad a la Nación, especialmente por la tendencia centralista de Buenos Aires y el carácter "materialista" y "cosmopolita" del texto, ajeno a la "tradición heroica de la generación de 1810".

Ya en la década de 1940, en vísperas de la reforma, Ibarguren publicó una obra con su propuesta constitucional. Afirmaba que la "verdadera democracia" era la social y que debía estar estructurada mediante organizaciones orgánicas complejas, jerarquizadas y funcionalmente diferenciadas que representasen al "pueblo" a través de asociaciones económico-políticas y diferentes entidades culturales. Por "nuestra idiosincrasia", creía en la necesidad de mantener al sistema republicano e incentivar un régimen presidencial fuerte[26].

Su crítica partía de las consideraciones que los "liberales" habían tenido con el trabajador: para ellos, afirmaba, el trabajo era tan solo una mercancía más y no un derecho que dignificaba al hombre. Seguían las ideas de la Revolución francesa buscando exaltar la "libertad personal frente a la sociedad" y destruyendo las "asociaciones profesionales y gremios". El Estado, sostenía, debía intervenir – gozando de una vigorosa estructura que interprete las modalidades culturales y morales argentinas – en materia social para amparar al trabajador y sus familias[27].

También podemos citar a Orestes Confalonieri desde la oposicion, en el año 1936 sostenía y ya siendo ex funcionario de la Dirección Nacional del Trabajo y director por un breve lapso de la revista Hechos e Ideas, que, debía profundizar la *"legislación social*

25 Ibarguren, Carlos. Ob. Cit., pág. 35.

26 Ibarguren, Carlos. La reforma constitucional. Buenos Aires, Valerio Abelede, 1948, pág. 31–32.

27 Ibarguren, Carlos. *La reforma constitucional*. Buenos Aires, Valerio Abelede, 1948, pag.35–37.

con una 'revolución' jurídica a través de la reforma de la Constitución para hacer reposar sobre basamento cierto el mejoramiento económico de las masas", dejando entrever la necesidad de crear un Ministerio de Bienestar Social e intervenir desde el Estado en materia de empleo[28], se sumaban de todos los sectores a la anhelada reforma constitucional.

IV. Los redactores y el texto del Constitucionalismo Social de 1949.

Las reformas propuestas desplazaron a la antigua fórmula de libertad, igualdad y fraternidad que inspiraban el texto de 1953, la que tenía que ser cambiada por la libertad, la justicia y la solidaridad en este nuevo paradigma. Se ingresaba a los tiempos de la democracia social. En la redacción definitiva se puede observar el pensamiento y acción de la pluma de Arturo Enrique Sampay[29], a nuestro juicio la mayor expresión del constitucionalismo social en Argentina.

En la 12ª reunión del 11 de marzo de 1949, al exponer el Informe sobre el artículo 5° del Despacho de la Comisión Revisora de la Constitución, como prolegómeno y con el fin de mostrar la orientación filosófico-política y la fisonomía técnico-jurídica que lo sustentaba, efectuó una precisa reseña de nociones fundamentales que son la esencia de la Constitución: *"La Constitución es una estructura de leyes fundamentales que cimenta la organización política del Estado, fijando sus fines y enunciando los medios adecuados para conseguirlos, y que establece, además, la manera de distribuir el poder político y elegir los hombres que lo ejercen. Dicho con otras palabras, la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas. Estas dos partes de toda Constitución, que acabo de definir glosando a Aristóteles y a su gran comen-*

28 Persello, Ana Virginia. "Historia del radicalismo". Buenos Aires, Edhasa, 2007, pág. 133.

29 Sampay, Arturo Enrique: (Concordia, Entre Ríos 1911–1977) fue un jurista, constitucionalista y docente argentino, conocido como el ideólogo de la Constitución Argentina de 1949 y padre del constitucionalismo social en la Argentina, cursó sus estudios primarios y luego los secundarios en el reconocido Colegio Nacional de Concepción del Uruguay. Después pasó a la Facultad de Ciencias Jurídicas de La Plata, se recibió de abogado en 1932. Completó su formación académica en Zurich, Milán y París, donde profundizó sus inquietudes sobre derecho público, filosofía del derecho y orígenes del capitalismo. Realizó diversos estudios de posgrado en Zurich-Suiza, y un curso sobre Derecho público realizado por Dietrich Schindler, discípulo de Herman Heller, donde conceptualizó filosóficamente las Constituciones de los países siempre condicionadas a la realidad social y que por tanto, su estudio obliga a conocer el sustrato sociológico de las mismas; luego en Milán tomó clases de filosofía del derecho con el renombrado monseñor Olgiati, y concurrió a un curso sobre los orígenes del capitalismo dictado por Amintore Fanfani; en París asistió en la Sorbona a disertaciones de Louis Le Fur sobre derecho natural, y a las que daba en su domicilio el filósofo católico Jacques Maritain. Fue miembro del Instituto Internacional de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, y de la Fundación Victoria-Suárez para el Estudio del Derecho Internacional. Sus obras La crisis del Estado de derecho liberal-burgués, 1942. La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853, 1944. Introducción a la Teoría del Estado, 1951. Constitución y pueblo, 1974. Las Constituciones de la Argentina entre 1810 y 1972, 1975.

tarista medieval, son las llamadas, por la doctrina de nuestros días, parte dogmática y parte orgánica, respectivamente, de una Constitución"[30].

La novel arquitectura de la Constitución desarrolla la primera parte en cuatro capítulos, en vez del único que contenía el texto de 1853. Ello obedece – expresaba Sampay – a un criterio arquitectónico acorde con la honda transformación operada en los "Principios Fundamentales" del Estado[31], con la transformación operada en el campo de los derechos personales, en la nueva Ley Suprema se podían distinguir aquellos derechos de sentido individualista que venían desde la Constitución de 1853[32], de aquellos otros derechos llamados económico-sociales, que surgieron en el devenir del siglo XX, se pretendía ensamblarlos de manera armónica.

Mencionaremos sintéticamente aspectos principales del nuevo texto puesto en vigencia en 1949 que especialmente se reflejan en el texto de Weimar, siendo muchos más que los propuestos aquí en este trabajo. En el Capítulo II, "Derechos, deberes y garantías de la libertad personal", estableció que *"la Nación Argentina no admite diferencias raciales"*[33] (art. 28); incorpora el principio que *"todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente"* (art. 29); y que *"los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes"* (art. 35).

30 "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente" – año 1949, Tomo I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949, pág. 269.

31 Sampay, Arturo E: Las Constituciones de la Argentina (1810–1972). Buenos Aires, Eudeba, 1975. El Estado, destacó, era "un ente de cultura" que estructuraba la vida y como tal, representaba una realidad social con un determinado contenido y finalidad. Se oponía a las ideas "cientificistas del Renacimiento" que, afirmaba, marcaban una idea naturalista del Estado, aquella que persistía en los "materialistas", representados por geopolíticos, biólogos y otros tipos de científicos.

32 Sampay, Arturo: La crisis del Estado de derecho liberal-burgués. Buenos Aires, Losada, 1942, pág. 13. Para Sampay, la Revolución de Mayo había sido una ruptura en el pensamiento hispánico, entendiendo a aquel, desde lo fundamental, "como la antípoda del pensamiento racional-individualista vigente en el resto de Europa".

33 Dadas las cualidades morales e intelectuales de Sampay, como asimismo su constante acción por la efectiva vigencia de la Justicia Social de los pueblos, en 1975 el gobierno argentino lo propuso para integrar la "Comisión de las Naciones Unidas Contra la Discriminación Racial", donde ocupó la vicepresidencia, y fue el lugar desde el cual se encontró en condiciones de aportar iniciativas e ideas, hasta el momento en que se produce en la Argentina el golpe de Estado de 1976. El preámbulo de Weimar menciona a un pueblo alemán consolidado en forma de nación, que reconocía sus "diversas ramas", propuesta que intentaba superar la histórica división étnica que representaba la fragmentación de Alemania en entidades regionales en un estilo de Estado federado de prusianos, bávaros, y sajones, entre otros, y pasaba a ser un Estado de alemanes. Fue aquí donde la unidad se manifestó, incluyendo en ella el reconocimiento de la diversidad que agrupaba lo germano.

Es en el Capítulo III – "Derechos del trabajador, de la ancianidad y de la educación y la cultura" donde aparecen nítidamente los derechos sociales. En efecto, el artículo 37 declaró los siguientes derechos especiales: I. Del Trabajador, a saber: Derecho a trabajar; a una retribución justa; a la capacitación; a condiciones dignas de trabajo; a la preservación de la salud; al bienestar; a la seguridad social; a la protección de la familia; al mejoramiento económico; y a la defensa de los intereses profesionales[34].

Con el objeto de asegurar la vivienda instituye *"el bien de familia"*; y por último, expresa que *"la atención y asistencia de la madre y el niño gozarán de especial privilegiada consideración del Estado"*[35].

A continuación, en el apartado III, instituyó como derechos De la Ancianidad, a los siguientes: derecho a la asistencia; a la vivienda; a la alimentación; al vestido; al cuidado de la salud física; al cuidado de la salud mental; al esparcimiento; al trabajo; a la tranquilidad; y al respeto.

Es en el Capítulo IV titulado de *"la función social de la propiedad, el capital y la actividad privada"*, donde desarrolla normas de política económica constitucional para superar el condicionamiento socioeconómico y dar vigencia a derechos humanos básicos. Así es que el artículo 38 expresamente señaló que *"la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva"*.

A continuación, el art. 39 expresó que *"el capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino"*. Y es el art. 40 el que estableció que *"la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social"*. En tal sentido, continuaba señalando que *"el Estado mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución"*[36].

---

34 Artículo 9. El Reich legisla sobre: (…) 9. Derecho obrero, seguro y protección de obreros y empleados, así como bolsas de trabajo.

35 Artículo 7. El Reich legisla sobre: (…) 7. Política demográfica, protección a la maternidad, a los lactantes, a la infancia y a la juventud; régimen sanitario, régimen veterinario y protección de las plantas contra enfermedades y agentes nocivos.

36 Artículo 13. El Reich legisla sobre; "Socialización de las riquezas naturales y empresas económicas, así como producción, elaboración, reparto y fijación de precios de bienes económicos para la economía colectiva".

A continuación, disponía que *"salvo la importación y exportación que estarán a cargo del Estado de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios"*. Estableció este artículo que "los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias". El mismo dispuso que *"los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado"*[37], y determinó el criterio para fijar la indemnización para aquellos que deban volver al patrimonio público, debía ser: *"el costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido"*.

Otro aspecto modernizador era la creación de la figura de Presidente del Reich, que por medio del voto popular, directo y universal de todos los alemanes, representaría la unidad del pueblo y tendría las facultades de firmar tratados y alianzas internacionalmente, poseería el "mando supremo de todas las fuerzas militares" (art. 47 de la Constitución de Weimar), este texto paso sin restricciones a la Constitución de 1949 y se consolido además el voto femenino en la Carta Magna, la mujer en pie de igualdad en los derechos electorales.

En esta nueva concepción que se observa en los artículos citados – tanto de la parte dogmática como de la parte orgánica – de la Constitución, se encuentra el núcleo de la reforma. De tal modo, la reforma constitucional le asignó al Estado la directiva de una política social, y también de una política económica que se dividía en dos campos: la actividad económica privada y la actividad económica del Estado. Abandonando la falsa neutralidad que le otorgaba la concepción liberal al Estado en el proceso económico, la reforma de 1949 en su orientación filosófico-jurídica en su carácter de promotor del bien de la colectividad le confió un papel relevante en la defensa de los intereses de la sociedad, y a tal fin lo facultó para intervenir en dicho proceso con el ánimo de obtener el bien común.

Cabe recordar que Sampay sostuvo en la Asamblea Constituyente como fundamento de la reforma que "la necesidad de una renovación constitucional en sentido social es el

37 La Constitución de Weimar establece: Los medios de transporte también fueron objeto de una exhaustiva intervención. Los ferrocarriles serían propiedad del Estado, quien se encargaría de su expansión y conservación en base del interés general. Además, aquellos que no estuvieran bajo su dominio, quedaban sujetos a la inspección de las autoridades correspondientes. Asimismo, todos los sistemas férreos quedaban a disposición del Estado por casos de defensa nacional.

reflejo de la angustiosa ansia contemporánea por una sociedad en la que la dignidad del hombre sea defendida en forma completa"[38].

V. La influencia de Weimar en las Constituciones Provinciales.

La autonomía por el régimen federal permitió a las provincias dictar sus propias Constituciones, esto fue la visión futurista y primaria de Arturo Sampay que diez años antes de la vigencia de la Constitución Nacional de 1949., la provincia de Entre Ríos se dictó una Carta Magna filosóficamente diseñada en los postulados de Weimar, e inspirada bajo su pluma, este jurista notable contaba tan solo con veinticinco años de edad al momento de su aprobación.

En su primer libro, "La Constitución de Entre Ríos, ante la moderna ciencia constitucional" Sampay, claramente aborda el núcleo central del novel constitucionalismo social, influido en su postgrado en Zúrich. Los textos constitucionales a través de un proceso de expansión, ya experimentaban un profundo cambio, las declaraciones insertas en las Constituciones – señaló Sampay – que en un principio ofrecían una faz simplemente negativa y ponían a resguardo al individuo de la arbitrariedad de los poderes públicos, *"formaban un islote autónomo en donde el Estado no podía penetrar; pero eso no bastaba en la complejidad de la vida moderna, nada hace el hombre con los derechos políticos, había que asegurarle los 'Derechos Económicos' (...) Así en el Derecho Constitucional de la posguerra, al lado de las declaraciones clásicas, aparecen los derechos sociales, como una obligación positiva del Estado hacia el individuo"*[39], y recurriendo a la opinión de Merkine Guetzevitch señala que *"los textos constitucionales comienzan a reconocer no solamente al hombre abstracto, sino también al ciudadano social"*. La arbitrariedad fue una de sus principales preocupaciones, lo que lo llevo a poner especial énfasis en las garantías individuales, razones no le faltaban.

La nueva Constitución de Entre Ríos – dice – ha sido sancionada en una época en que los problemas económicos y sociales, no pueden ser silenciados; y en la que el Estado interviene activamente para allanar situaciones de desigualdades. La aparición de las fuerzas proletarias en los escenarios políticos da tono y colorido a nuestra actual cultura y transforma en su concepto y contenido al derecho público y privado. De acuerdo con

38 Gonzalez Arzac, Alberto: "Arturo E. Sampay. Comentario a la Introducción a la Teoría del Estado", en Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas, nº 43, Bs. As., 1996, pp. 123-130. De esta suerte, "la contribución de Sampay es haber incorporado todos los auténticos aportes de las distintas Teorías del Estado a la luz de aquellos principios de la *Philosophie perennis* en un admirable cuerpo de doctrina, en donde aquellos logran su auténtico valor", manifestándose el hombre en "el realismo ontológico (...) en todo su vigor".

39 Sampay, Arturo E: "La Constitución de Entre Ríos, ante la moderna ciencia constitucional", Ed. Pedrassi, Paraná, 1936, p. 43.

Merkinne Guetzevitch señala Sampay que *"las nuevas Constituciones han sido redactadas en una época, en que ningún partido político puede ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho no es ya una doctrina, ni una escuela jurídica, es la vida misma (Merkinne Guetzevitch, "Les nouvelles tendances du droits Constitutionell", p. 40)"*[40].

La heterogeneidad de las provincia argentinas y su propia realidad social dictaron, según sus enfoque jurídicos, los dos modelos antagónicos, las ribereñas al rio Paraná se mostraron adherentes al constitucionalismo, mientras las que colindan con la cordillera de los Andes se mantuvieron en la tradición liberal. Las primeras con gran población de origen inmigrante, e industriosa y la comunicación portuaria fluida de la literatura del viejo continente, permitieron que las ideas weimarianas florezcan, mientras las segundas arraigadas en la hispanidad, pastoriles y aisladas en las comunicaciones con los centros urbanos como académicos, optaron por textos conservadores.

Las provincias del litoral históricamente más rebeldes muy pronto optaron por el constitucionalismo social de Weimar, existiendo una gran descendencia de alemanes en estas como el resto de sajones o italianos que simpatizaban por entonces con la unidad de la península Itálica. Esto fue propicio para la difusión rápida de las ideas innovadoras del derecho constitucional y, por otro lado, las mas noveles como las provincias patagónicas tomaron posiciones equidistantes.

La primogénita Entre Ríos precursora de la filosofía weimariana, décadas después fue superada por la provincia del Chaco, quien brinda la mayor tradición del constitucionalismo social en Argentina, Santa Fe, Misiones, Formosa, Jujuy siempre estuvieron a la vanguardia, otras contagiadas por los noveles profesionales, también transitaron el cambio hacia el constitucionalismo social.

Ahora bien, podría repetir los innumerables derechos sociales que contribuyo la Alemania de 1919 sobre estas provincias, pero no haría más que decir lo ya conocido, quizás se diga que lo más criticado de estas Constituciones sean los derechos individuales que se encuentran restringidos o cercenados, entiendo que esto es un error tomado de forma ligera y antojadiza, nos introduciremos en el tema y veremos que, por lo contrario, éstas amplían los derechos individuales mucho más que los textos liberales, expresamente trataremos dos garantías judiciales claramente visibles e incorporadas desde la solidaridad social más que por las inspiradas en libertad individual, nos referimos al *habeas corpus* y el *recurso de casación*.

40 Sampay, Arturo E: "La nueva Constitución de Entre Ríos ante la moderna ciencia constitucional", págs. 33, 34 y 47.

VI. El derecho al Habeas Corpus.

La garantía constitucional del *habeas corpus* lo introduce Entre Ríos en 1936, toda una novedad, vaya paradoja resistida por el constitucionalismo liberal, también es receptada en la nacional de 1949 en su art. 29 con una formula idéntica[41] y desde allí toda una línea de apertura para incorporar como una excelsa garantía a los ciudadanos provinciales. La Constitución del Chaco de 1951 en su art. 9 establece: *Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de cualquier persona recurso de habeas corpus ante la autoridad competente, para que se investiguen el procedimiento y la causa de cualquier restricción o, amenaza a la libertad de su persona. El tribunal mandará comparecer al recurrente, y comprobada en forma sumaria la violación hará cesar inmediatamente la restricción o amenaza.* Derogada la Constitución Nacional de 1949 por el golpe de estado, se suprimió esta garantía, regresando recién en la reforma de 1994[42], sin embargo, el constitucionalismo social interno y federal se encargo de sostener a esta garantía.

La provincia de Misiones en el año 1958, amplia estos derechos[43], en su Art. 16 dispone: *"Frente a cualquier decisión o acto arbitrario de la autoridad"* incluye los tres poderes *"en relación tanto a la persona como a los derechos de los habitantes de la Provincia..."* incluye no tan solo la libertad ambulatoria sino otros derechos como la propiedad, *"...y ya se trate de una lesión jurídica consumada como de una amenaza inminente."* El tiempo es indistinto, declara que "*...proceden los recursos de habeas corpus o de amparo a los fines de que cese el efecto de lo ya consumado o no se lleve a cabo lo amenazado*". Dicho de otro modo, el constitucionalismo social, al menos en las provincias argentinas tenía su razón de ser, surgido de la actualidad social argentina tan agitada en algunas décadas.

---

41 Además se garantiza la detención sin orden por un término la Constitución del Chaco fijo: Art.11. – "Ninguna detención podrá prolongarse por más de 24 horas sin darse aviso al juez competente poniéndose al detenido a su disposición con los antecedentes del hecho que motiva su detención. Desde entonces, tampoco podrá permanecer el detenido más de 24 horas sin que se le haga conocer la causa de su detención".

42 En este país, la acción de hábeas corpus tiene reconocimiento constitucional explícito desde la reforma a la Constitución de 1994. La Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 43 (último párrafo), expresa: "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio".

43 Esta provincia es la que mayor flujo de inmigrantes alemanes recibió en Argentina, y fue vanguardista en la protección de derechos individuales; el Art. 17 establece: "Los recursos a que se refiere el artículo anterior podrán ser interpuestos por el interesado o cualquier persona sin necesidad de observar formas procesales, ante cualquier juez letrado de primera instancia, sin distinción de fueros o circunscripciones". A los fines de no ordinarizar el proceso, e imponiendo premura dispone el Art. 18 "Tanto en el caso de habeas corpus como en el de amparo de cualquier derecho, el trámite de recurso será breve y sumarísimo, siendo responsable el juez que en él entienda de toda dilación inconducente o injustificada".

En la convulsionada argentina del siglo pasado, los golpes de estado solían ser frecuentes, llegados estos las provincias eran inmediatamente intervenidas por el gobierno central, sus autoridades constituidas desalojadas y muchas veces encarceladas, estas tuvieron que reforzar sus Constituciones, sobre todo las mas rebeldes que siempre tuvieron tradición en el constitucionalismo social para proteger a sus ciudadanos de las arbitrariedades que imponía Buenos Aires, digamos por cierto no siempre resultaban exitosas estas garantías, pero al menos servían para limitar en alguna medida los excesos.

La provincia de Jujuy, rebelde por naturaleza se escinde de Salta en busca de su autonomía, y a los fines de protegerse de las intervenciones en el siglo XX, dicto siempre sus Constituciones sociales tanto de 1949 como la moderna de 1986[44], el siguiente texto del Art. 40 de esta ultima dice: 1. *"Toda persona que fuere detenida sin orden emanada en legal forma de autoridad competente, por juez incompetente o por cualquier autoridad, o a quien ilegal o arbitrariamente se le negare, privare, restringiere o amenazare en su libertad, podrá por sí o por tercero en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, promover acción de hábeas corpus ante un magistrado judicial, con excepción de los que integran el Superior Tribunal de Justicia, a fin de que ordene su libertad o que lo someta a juez competente o que haga cesar inmediatamente la amenaza, supresión, privación o restricción de su libertad"*[45].

44 La Constitución social de Jujuy de 1986, tiene en todo su espíritu las pinceladas de Weimar, basta leer el preámbulo para darse por anoticiado del proyecto moderno de estado social que contiene esta Carta Magna; "Nosotros, los representantes del pueblo de Jujuy, reunidos en Asamblea Constituyente por su voluntad y elección, con el objeto de consolidar las instituciones democráticas y republicanas, reorganizar los poderes del gobierno, reafirmar el federalismo, asegurar la autonomía municipal, mantener el orden interno, proveer a la seguridad común, afianzar la justicia, proteger los derechos humanos, impulsar el progreso, promover el bienestar general, fomentar la cooperación y solidaridad en una sociedad sin privilegiados y perpetuar los beneficios de la libertad, igualdad, educación, cultura y salud para nosotros, para nuestra posteridad y para quiénes deseen habitar en este suelo, invocando la protección de Dios y apelando a la conciencia de las personas, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Provincia de Jujuy."

45 Los incisos posteriores incorporados por la Constitución de 1986, son una verdadera carta procesal a los fines de su plena efectividad: 2. La acción de hábeas corpus podrá instaurarse sin ninguna formalidad procesal, pero si la denuncia no proporcionare todos los elementos indispensables para darle trámite, se intimará al denunciante para que en plazo de horas que el juez fije, suministre los que conociere; de no conocerlos, se requerirán de las autoridades superiores de quien hubiere dispuesto o ejecutado el acto lesivo, las informaciones necesarias. 3. El juez que hubiere recibido la denuncia requerirá a la autoridad el correspondiente informe circunstanciado en el plazo de horas que establezca y citará al afectado o en su caso, dispondrá que el detenido comparezca inmediatamente ante su presencia. 4. El juez, una vez que hubiere comparecido la persona privada, restringida o amenazada en su libertad, le informará de la orden o de los motivos invocados y ésta podrá, por si o por medio de un letrado, exponer todo lo que considere conveniente para su defensa, dejándose constancia de ello en el acta respectiva. Producida esta defensa, el juez, dentro de las veinticuatro horas, deberá dictar resolución ordenando que la persona sea puesta a disposición del juez competente o disponiendo su inmediata libertad, si la restricción, privación o amenaza no proviniere de autoridad competente o si no se hubieren cumplido los recaudos constitucionales y legales. La resolución será apelable en efecto devolutivo y en relación, debiéndose interponer el recurso con sus fundamentos por escrito dentro de los dos días siguientes, elevándose las actuaciones ante la sala [continua en la siguiente pág.]

VII. El recurso de casación.

Es considerado medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio, es decir garantiza el doble conforme del encartado.

El recurso de casación es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución de 1949[46], para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Lo cierto que esta garantía solo la otorgaban las cartas magnas del constitucionalismo social, las liberales evitaban expresamente este recurso, si bien es digno de aclarar no ingreso directamente de la filosofía weimariana, sino que fue la vía indirecta de la Italia de 1930, los procesalistas de la Escuela Cordobesa[47] se encargaron de importarlo, tenían la influencia de Rocco, Calamandrei, Baratta, Carnelutti entre otros, plasmaron primero su impronta en los códigos provinciales y luego en el texto de 1949.

[continuación de nota a pie 45] de turno de la que la Cámara Penal, deberá expedirse dentro de las cuarenta y ocho horas. 5. Cuando un juez tuviere conocimiento de que una persona se hallare ilegal o arbitrariamente detenida, restringida o amenazada en su libertad por un funcionario, podrá expedir de oficio el mandamiento de hábeas corpus. 6. La denuncia de hábeas corpus se tramitará, en todos los casos, con habilitación de días y horas. Todo funcionario o empleado, sin excepción, está obligado a dar inmediato cumplimiento a las resoluciones y órdenes dictadas o impartidas por el juez del hábeas corpus. Si así no lo hicieren, el juez dispondrá las medidas disciplinarias más eficaces, sin perjuicio de ordenar la detención del o de los responsables, quiénes serán puestos a disposición del juez penal competente para su procesamiento. 7. Son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta denuncia o su procedimiento.

46 La Constitución de 1949 concedía competencia a la Corte Suprema de la Nación en lo siguiente; "La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

47 La "Escuela Procesal Penal de Córdoba" es un autentico producto cultural de esa ciudad, de su universidad, internacionalmente reconocida importancia histórico-jurídica de la mencionada escuela, sino por el relevante papel que sus enseñanzas, renovadas, sus creadores y cultores mas paradigmáticos, son nativos de esta ciudad, en donde desarrollaron sus enseñanzas y plasmaron sus ideas en numerosos proyectos legislativos, muchos de los cuales hoy son derecho positivo vigente en Córdoba y en toda Argentina, especialmente las garantías judiciales en las provincias argentinas, a la vez que son tomados esencialmente en cuenta por países extranjeros empeñados en procesos de reformas legislativas que mejoren el funcionamiento de la justicia penal, sus fundadores fueron Alfredo Vélez Mariconde, Jorge Claría Olmedo y Raúl Torres Bas.

En un principio el recurso funcionó a la manera originaria, es decir, napoleónica, pero con el devenir histórico lo fue ampliando y la garantía rindió sus mejores frutos, siempre guiado por la jurisprudencia del interior que avanzó sobre la capital del país.

Entre las distintas provincias que lo adoptaron rápidamente, fueron Chaco 1951, en su Art. 90. *"El Superior Tribunal ejercerá su jurisdicción originariamente o por apelación y por los demás recursos, o según las reglas y excepciones que prescribe la ley. Actuará asimismo como Tribunal de Casación y de inaplicabilidad legal".* En Jujuy se ratifico esta tendencia en el Art. 165 de la Constitución de 1986 en cuanto a la competencia recursiva del Superior Tribunal de Justicia establece; *"El Superior Tribunal de Justicia conoce y decide como tribunal de última instancia: 2) En los recursos de casación."*

El derecho al doble conforme, estatuido siempre a favor del condenado, fue mejor resguardado por las Constituciones provinciales sociales, amparo a sus ciudadanos en este recurso y se enriquecieron las otras garantías, pese a las voces disonantes de textos contrarios, que pregonan las libertades individuales sobre la solidaridad social, la historia está demostrando que las cosechas jurídicas de Weimar han producido productos legales con creces.

VIII. Conclusión.

Desde nuestro punto de partida, Weimar significo el resurgimiento de las corrientes nacionales, desde las católicas a las más radicalizadas, logrando un cambio distinto en el desarrollo cultural, político y económico del país.

La reforma de 1949 no sólo representaba para los argentinos una nueva forma de entender la sociedad, pues otorgaba al Estado un papel importante para remediar los males del capitalismo y proteger a los individuos más vulnerables, sino también un tipo de redención cultural anti estadounidense y anti británica.

En relación al punto anterior, podemos afirmar que los argumentos esgrimidos por los intelectuales y políticos adherentes a la solidaridad social mostraban las diferentes cosmovisiones que guardaba el movimiento hacia adentro, no siempre dispuestos a otorgar una idea pura. Dicha reflexión es posible observarla mediante los casos de Scalabrini, Palacio y Sampay, escritores que tenían apreciaciones distintas sobre el papel que había jugado España y el catolicismo – el afamado hispanismo católico – en la cultura argentina. Entiendo a la luz de esta presentación, que las mejores cepas germinaron en el interior profundo, siempre rebelde, donde sus textos constitucionales se ampliaron en mejores derechos sociales y mayores las garantías judiciales, estas brotaron para contagiar luego a los centros industriales siempre más controvertidos como polémicos a la hora de concretar y consolidar las ideas rectoras.

El refugio de la filosofía weimariana sigue viva en las provincias argentinas donde tiene gran acogida, proyectando nuevos desafíos y reivindicaciones, los vientos libertarios del oeste de la revolución francesa, son siempre contenidos y renovados por los vientos solidarios del este de Weimar en América y muy especialmente en Argentina, en la constelación provincial, cosmopolita por excelencia, molde imprescindible para el constitucionalismo social.

Bibliografía.

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Barcelona, Red Edicoones, 2019.

_____. "Escritos Póstumos América", Imp. Alberto Monkes, Buenos Aires 1899, tomo VII.

Alberto GONZÁLEZ ARZAC. *La Constitución justicialista de 1949.* Buenos Aires, El Alba, 1973.

_____. *Sampay y la Constitución del futuro,* Buenos Aires. Peña Lillo, 1982.

"Apéndice", *Hechos e Ideas.* Nº 53, Año IX. Buenos Aires, 1948, pp. 269–272.

BUNGE, Alejandro. *Una nueva Argentina.* Buenos Aires, Hyspamérica, 1984.

CASTRO, Juan F. *Reforma de la Constitución.* Buenos Aires, 1948.

Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Publicación de la secretaria del H. Senado de la Nación, 1949.

DEL MAZO, Gabriel. *El federalismo argentino y la reforma de la Constitución.* Buenos Aires, Nemesio A. Ferrari, 1949.

GALASSO, Norberto. *Vida de Scalabrini Ortiz.* Buenos Aires, Colihue, 2008.

GÁLVEZ, Manuel. "La obra social que desarrolla el coronel perón", en Coronel Juan Perón, *El pueblo quiere saber de qué se trata*. Buenos Aires, 1944, pp. 7–9.

_____. *El diario de Gabriel Quiroga. Opiniones sobre la vida argentina.* Buenos Aires, Taurus, 2001.

_____. *El Solar de la Raza.* Madrid, Saturnino Calleja SA, MCMXX.

GARCÍA MELLID, Atilio. "Alem, Yrigoyen y Perón: símbolos de las muchedumbres argentinas". *Hechos e Ideas,* Nº 54, Año IX. Buenos Aires, 1948, pp. 283–302.

_____. *Montoneras y caudillos en la historia argentina*. Buenos Aires, Eudeba, 1985.

"Glosas políticas", *Hechos e Ideas.* Nº 53, Año IX. Buenos Aires, 1948, pp. 131–140.

"Glosas políticas", *Hechos e Ideas.* Nº 54, Año IX. Buenos Aires, 1948, pp. 275–279.

Ibarguren, Carlos. *La inquietud de esta hora: Liberalismo, corporativismo, nacionalismo.* Buenos Aires, Boldán, 1934.

_____. *La reforma constitucional*. Buenos Aires, Valerio Abelede, 1948.

Palacio, Ernesto. "¿Se trata de elaborar, al fin, una Constitución para los argentinos?". *Hechos e Ideas,* Nº 54, Año IX. Buenos Aires, 1948, pp. 280–282.

Persello, Ana Virginia. *Historia del radicalismo*. Buenos Aires, Edhasa, 2007.

Sampay, Arturo E. *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués.* Buenos Aires, Losada, 1942.

_____. *La reforma constitucional*. La Plata, Laboremus, MCMXLIX.

_____. *Las Constituciones de la Argentina (1810–1972)*. Buenos Aires, Eudeba, 1975.

Scalabrini Ortiz, Raúl. *El capital, el hombre y la propiedad en la vieja y en la nueva Constitución.* Buenos Aires, Reconquista, 1948.

_____. *El hombre que está solo y espera*. Buenos Aires, Albatros, 1951.

_____. *Política británica en el Río de la Plata*. Buenos Aires, Reconquista, 1940.

Segovia, Juan Fernando. "El modelo corporativista de estado en la Argentina, 1930–1945: Entre el derecho, la política y la ideología". *Revista de Historia del Derecho,* Nº 34. Buenos Aires, 2006, pp. 269–335.

Tanco, Miguel A. "Las constituciones son leyes humanas y, como tales, no son inmutables". *Hechos e Ideas,* Nº 53, Año IX. Buenos Aires, 1948, p. 222–229.

Vanossi, Jorge Reinaldo. *La Constitución nacional de 1949*. Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de noviembre de 2005. Buenos Aires, 2005.

Llamado a eleccciones en la portada del periódico „das illustrierte Blatt", enero de 1919: „Alemán! alcanza claridad interna y externa."

© Copyright: Historisches Museum Frankfurt, Foto: Horst Ziegenfusz, CC-BY-SA 4.0 International

Silvia Patricia López González

XI. El Estado Social como herencia de la Constitución de Weimar a 100 años de su promulgación.

Resumen: La Constitución de Weimar de 1919 celebra 100 años de promulgación, el reconocimiento tiene que ver con la trascendencia en las Constituciones Latinoamericanas, con el reconocimiento a los Derechos Humanos de segunda generación, con la CADH y con el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Todos estos ordenamientos jurídicos tienen como común denominador que al igual que la Constitución de Weimar incorporan al Derecho la búsqueda de un sentido de bienestar social con base en los derechos sociales, mismos que otorgan un reconocimiento explicito y trascendental a la dignidad del ciudadano, colocándose en el centro de las instituciones y fines del Estado, más allá de una declaración de valores éticos. En efecto, la Constitución de Weimar 100 años después, logra estar vigente en las Constituciones latinoamericanas que buscan consolidar y hacer realidad los derechos sociales hasta alcanzar una política de constitucionalismo transformador.

Palabras clave: Constitucionalismo social, Derechos humanos, Estado de Bienestar, Dignidad humana, Constitucionalismo transformador.

Abstract: We celebrate 100 years of promulgation of the Weimar Constitution of 1919 and its influence and significance for the Latin American Constitutions, the second generation Human Rights, the American Convention on Human Rights and the International Pact of Economic, Social and Cultural Rights. These legal systems have in common denominator that, like the Weimar Constitution, they incorporate into the law the search for a sense of social well-being based on social rights, which grant explicit and transcendental recognition to the dignity of the citizen, placing itself at the center of the institutions and goals of the State, beyond a declaration of ethical values. Indeed, the Weimar Constitution 100 years later, remains in force in the Latin American Constitutions that seek to consolidate and realize social rights until reaching a transformative constitutionalism policy.

Keywords: Social constitutionalism, Human rights, Welfare state, Human dignity, Constitutional transforming.

I. Introducción.

Entendemos que la inclusión del ciudadano en las decisiones de la organización y funcionamiento del Estado, con lo cual se determina, no solo la vida política de la sociedad en su conjunto, sino, también, la vida económica, social y hasta cultural de los miembros de la sociedad, es un logro que se fue alcanzando paso a paso con valentía y tesón de hombres y mujeres que dejando atrás el Estado absolutista apostaron por el Estado de Derecho.

En tal sentido, posterior a la primera guerra mundial, la sociedad alemana aun con sus heridas por la pérdida irreparable de personas y territorio, apostó decididamente por comprometerse con los valores de justicia, solidaridad, dignidad de la persona, educación, trabajo y todas aquellas premisas que hacen referencia al reconocimiento del ciudadano como centro del Estado de Derecho.

Fue la Constitución de Weimar en 1919 la primera Constitución en Europa que, -cabe decir que la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917, así lo hace- promueve el desarrollo social, económico y cultural del nuevo Estado que en palabras de *Franz Harold Coronel Berrios* representa una conquista política del socialismo democrático (Coronel, 2012: 52).

II. Cómo se define el Estado Social de Derecho y la dignidad humana.

El Estado Social de Derecho se centra en la Dignidad humana, logra atribuir un sentido a la norma jurídica comprometiéndola a alcanzar el fin de bienestar social.

Como lo define el profesor Luis Villar: la característica de los derechos sociales es que no plantean, como las libertades civiles y políticas, derechos negativos de defensa, sino fundan derechos de prestaciones a cargo del Estado. (Villar, 2007: 82)

Pablo Slavin en su estudio sobre Herman Heller señala que "La Constitución de Weimar poseía, para Heller, una forma política abierta. No se trata de una fórmula cerrada, inmodificable, sino un producto en elaboración. "La forma política de un Estado Social de Derecho está sólo en gestación…". La visión de Heller iba mucho más allá de su tiempo". (Slavin, 2012: 422)

Por su parte, *la dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos tal como lo estiman los Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis emitida en el año 2011, cabe señalar que tal reconocimiento se hace precisamente a partir de la reforma Constitucional mexicana que ese mismo año integra los Derechos Humanos como derechos fundamentales.*

Así mismo, han declarado dichos Tribunales que la dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que la dignidad humana es un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento jurídico y es la base para el disfrute de todos los demás derechos, concediéndole un papel fundamental en la aplicación del Estado de Derecho.

> DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.
>
> *La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta – en su núcleo más esencial – como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.* 1a./J.37/2016 (Primera Sala. Agosto de 2016)

> DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.
>
> *El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio*

> *derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.* P.LXC/2009 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre de 2009).

Es a partir de la reforma Constitucional en México del 2011, que el artículo primero constitucional introduce los derechos humanos al máximo ordenamiento jurídico e incorpora el control de convencionalidad, el principio pro persona, la interpretación conforme y el bloque de constitucionalidad.

Con lo cual se colocan a los derechos humanos en un reconocimiento explicito en el Estado mexicano conformando un bloque de constitucionalidad y la plena vigencia de los derechos humanos de fuente internacional, coincidimos con José de Jesús Orozco Henríquez, en que dicha reforma "desempeñará una función didáctica para los justiciables y los órganos jurisdiccionales, contribuyendo a una más clara y efectiva exigibilidad y protección de los derechos humanos ante la jurisdicción interna". (Orózco, 2011:86)

Buscando en todo momento la protección efectiva de la dignidad de la persona en todos los ámbitos de competencia y por todas las autoridades comprometidas con ello.

En el mismo sentido, Maraniello y Parisi al determinan que:

> *"El paso del Estado de derecho a un Estado social de derecho implica una transformación del universo jurídico, una nueva manera de entender las fuentes del derecho, una forma distinta de administrar justicia, – en tal sentido – el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima – que conlleva – el paso de una concepción formal a una material de la igualdad real." Esto es, "La organización política que rige el Estado social de derecho ya no está sujeta sólo a la ley. Tiene la obligación constitucional de promover activamente la realización de los valores constitucionales. Ello representa un cambio en la teoría competencial del Estado a una axiológica".* (Maraniello; Parisi, 2016: 12)

Para Jeff King la Constitución alemana entreteje con las legislaciones secundarias y el poder judicial la protección al Estado social. "Es clara la asignación de competencias de bienestar en la asignación de poderes entre el gobierno federal y los *Länder*. Existe una jurisdicción legislativa concurrente en materia de legislación laboral, salud y seguridad ocupacional y agencias de empleo (artículo 74 (12) °); bienestar público (asistencia social) (artículo 74 (7) °); Seguridad social (artículo 74 (12) °), pensiones de la administración pública y mucho más".

Por su parte, Marín y Trujillo al referirse a la sentencia T-881 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana mencionan que la dignidad humana se enfoca desde "dos puntos de vista: desde el objeto de la protección y desde la funcionalidad de la norma".

Bajo la primera se entienden tres dimensiones: a) implica vivir como se quiere, en donde prima la autonomía del ser humano; b) hay un mínimo de condiciones materiales necesarias para vivir dignamente. No se entiende la existencia humana sin la satisfacción de sus necesidades en cuanto a la salud, seguridad social, vivienda, trabajo. c) intangibilidad de ciertos bienes no patrimoniales, esto es la integridad moral del individuo.

Bajo la segunda: la funcionalidad, la dignidad humana se entiende como: a) valor, por lo que son pautas de conducta o de actuación de los diferentes órganos del Estado; b) principio constitucional, ya que se perfila como un mandato para todos los órganos del Estado y c) derecho fundamental autónomo, ya que cuenta con un titular, un objeto de protección y un mecanismo judicial para su protección. (Marín; Trujillo, 2016: 61–62)

III. Derechos Humanos de segunda generación y su contribución a un Estado de Bienestar.

Los derechos comprendidos en esta segunda generación son los denominados económicos, sociales y culturales y tienen como finalidad mejorar las condiciones de vida de las personas.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), son los Derechos Humanos relacionados con:

— El lugar de trabajo
— La seguridad social
— La vida en familia
— La participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda
— La alimentación
— El agua
— La atención de la salud
— La educación

Se definen como derechos que imponen una actividad al Estado, un deber que se traduce, generalmente, en la prestación de un servicio o en la satisfacción de necesidades.

De este modo, son derechos de realización no inmediata, pues requieren de cierta instrumentación y de la disposición de recursos económicos para su cumplimiento.

Estos derechos se encuentran previstos específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y pueden agruparse en los siguientes rubros:

— Derecho a la autodeterminación de los pueblos
— Derechos laborales
— Derechos de seguridad y protección sociales
— Derecho a un nivel de vida adecuado
— Alimentación, vivienda, saneamiento, agua potable
— Derecho a la salud
— Derecho a la educación
— Derechos culturales

Su importancia radica en que el reconocimiento de los *derechos económicos,* sociales y culturales, junto con el principio de no discriminación, da lugar a que la atención se centre en los grupos más excluidos, discriminados y marginados de la sociedad.

Es así como los derechos sociales son el fundamento de muchas políticas públicas cuyo objetivo es adelantar o aminorar la desventaja en la que se encuentran los colectivos menos favorecidos de la sociedad, ya que las normas de Derechos Humanos buscan que las personas dispongan de la capacidad y libertad necesarias para vivir una vida digna.

Por su parte la CADH conocida como Pacto de San José de Costa Rica, determina en su artículo 26 el desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a la letra dice:

> *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Así mismo, en Latinoamérica contamos con el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" que señala en su preámbulo:

> Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre;
>
> Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las

diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la CADH, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

En efecto, el protocolo de San Salvador expone claramente el ideal del hombre a ser libre, exento de temor y de miseria para lo cual es necesario que el Estado procure y realice acciones encaminadas a lograr una justicia social en donde la dignidad de la persona es el centro, motor de tal iniciativa.

IV. Hacia un Constitucionalismo transformador y su visión Ius Constitutionale Commune *en América Latina.*

Hablar de un Constitucionalismo transformador en América Latina es hablar de una esperanza de mejorar las instituciones y los actores en una sociedad que vive intensos momentos de violencia, impunidad y corrupción.

El cambio se presenta mediante una nueva perspectiva abierta de la Constitución en donde los factores de reconocimiento de la región, jurisdicción supra nacional, el derecho global y la supremacía de los derechos humanos de fuente internacional adquieren un protagonismo relevante lo cual es verdaderamente alentador.

Siguiendo a Armin von Bogdandy quien al referirse al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina detalla que "apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos"

En este nuevo escenario los Tribunales están llamados a ocupar un lugar muy importante en la transformación del estado de indefensión en que se encuentran los ciudadanos, emitiendo sentencias más justas, mas benévolas, menos imparciales y más efectivas, para restaurar en la medida de lo posible la dignidad de la persona tan vituperada en américa latina, esto es, solo aplicando los principios de dignidad humana y principio de convencionalidad se pueden lograr esperanzadores resultados, aunque desde luego el poder judicial no puede ser la única institución comprometida con el cambio, pero puede influir enormemente en propiciar nuevos modelos culturales, sociales, políticos y desde luego jurídicos.

V. Conclusiones.

El Constitucionalismo social que nace en la Constitución de Weimar tiene plena vigencia hoy en día, ya que representa la mejor manera posible hasta ahora y desde hace 100 años también, de integrar en el Estado de Derecho el principio de dignidad humana que le da un sentido ético y social a la norma constitucional.

El Estado de bienestar solo se puede lograr posicionando al ciudadano frente a la ley, asumiendo que éste necesita acciones concretas por parte del Estado para lograr los fines de pleno desarrollo de su personalidad, en definitiva, el Estado debe integrar y asegurar derechos mínimos vitales tales como salud, educación, trabajo, alimentación, vivienda, medio ambiente sano, entre otros, que conforman una estructura irrenunciable para todos los ciudadanos.

Alemania con un gran sentido de Estado Social nos invita a reflexionar acerca de la necesidad de crear un Estado de bienestar, en donde la riqueza se distribuya entre todos los ciudadanos y sea el principio de igualdad irrestricta, el que se asuma como eje integrador de las políticas públicas en beneficio de cada uno de los ciudadanos.

Las sociedades latinoamericanas tienen el compromiso de alcanzar un nuevo paradigma Constitucional, en donde cada vez más, juegan un papel de legitimación las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, pues son éstos, los que desarrollan, hacen visibles y aplican los derechos humanos que integran el Estado Social de Derecho, lo cual sin duda alguna desencadenará la necesaria evolución de los aspectos económico, social y cultural de los países en américa latina.

En México, la sociedad ansía una justicia social y respeto a la dignidad humana, se tiene la certeza de que el camino hacia la trasformación para alcanzar dicho fin, tiene su inicio en el Estado Social y Democrático de Derecho así como en el respeto y aplicación de los Derechos Humanos.

Bibliografía.

Coronel Berrios, Franz Harold: Hacia la construcción crítica de ciudadanía. *Rev. de Inv.* Educ. [online]. 2012, vol.5, n.2, pp. 45–57.

King, Jeff: *Derechos sociales, constitucionalismo y el principio del Estado social alemán,* Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Instituto de Ciencias, Jurídicas Políticas, Alameda de la Universidad Universitaria 1649–014 Lisboa.

Orozco Henríquez, José de Jesús: *Los derechos humanos y el nuevo artículo 1 Constitucional*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México, Año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011 pp. 85–98.

Maraniello, Patricio; Parisi, Néstor Sebastián: El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino, *Rev. IUS* [online]. 2016, vol.10, n.38. pp. XX.

Marín Castillo, J.; Trujillo González, J.: El Estado Social de Derecho: Un paradigna aún por consolidar. *Revista Jurídica Derecho,* volumen 3, núm. 4, enero-junio 2016, pp. 53–70.

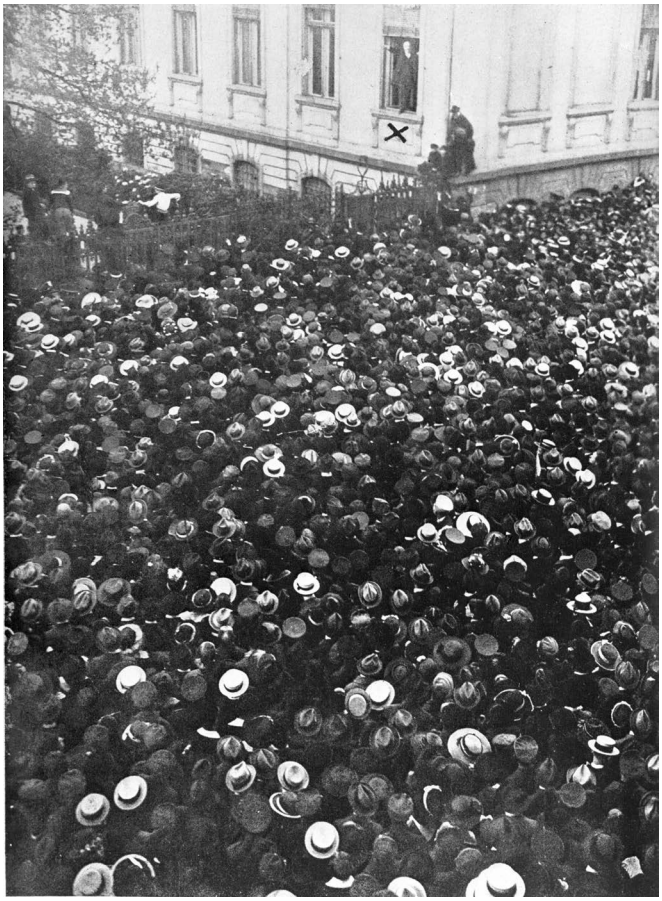
Slavin, Pablo E.: *Hermann Heller y el valor de la Constitución,* Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv).

Villar Borda, Luis: Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado,* núm. 20, 2007 pp. 73–96.

Bogdandy, Armin Von: *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado,* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3–50.

Tribunales Colegiados de Circuito. Octubre de 2011: I.5C.J/30.

Tribunales Colegiados de Circuito. Octubre de 2011: I.5C.J/31.



Berlín – Revolución de noviembre, convocatoria a la República
el 9 de noviembre de 1918

© Bundesarchiv Bild 146-1972-030-51

John Zuluaga

La Constitución de Weimar: rupturas y desafíos

El logro constitucional.

La conmemoración del centenario de la Constitución de Weimar (*Verfassung des Deutschen Reichs)* nos confronta con una experiencia constitucional inacabada. Con su entrada en vigor el 14 de agosto de 1919 se puso en la escena política mundial un proyecto de convivencia de una impresionante modernidad tanto por representar un compromiso político multipartidista en medio de profundas tensiones después de la derrota alemana en la primera guerra mundial, como por la consagración de derechos sociales. En conexión con esto último, una renovada concepción de ciudadanía pensada desde el ámbito electoral, laboral, social, familiar y económico.

La elevación a rango constitucional de los derechos sociales básicos definió una concepción de Estado y sociedad muy distinta a la del imaginario imperial. No se trató solo de la protección de la libertad de opinión, de reunión y de culto religioso, así como la de los derechos electorales – incluido el sufragio femenino –, sino, además, la entronización del principio de la democracia representativa, el principio del Estado del bienestar y la separación de la Iglesia y el Estado. Sin duda, una epopeya constitucional que canalizó, además, múltiples demandas de movimientos sociales. Así, por ejemplo, tuvieron reconocimiento algunos de los más importantes derechos de los trabajadores actualmente "vigentes", como la consagración de un día laboral de ocho horas y el cubrimiento de un seguro integral para la preservación de la salud, el trabajo y contra otras vicisitudes.

La Constitución de Weimar: una cultura disruptiva.

La Constitución de Weimar, además, fue la constancia de una cultura disruptiva, no solo desde el punto de vista jurídico-político, sino, además, en la amplia dimensión de su contexto. El progreso técnico, artístico y cultural que rodeó la experiencia constitucional de Weimar también la explican como un escenario de renovación. Ello esclarece por qué en la Asamblea Constituyente de Weimar se promovió el vínculo entre modernidad y el inicio de la vida democrática como manifestación de una cierta "nueva autoconsciencia" individual y social.

Sin embargo, también es cierto que esta Constitución y la subsiguiente República de Weimar advirtieron profundas resistencias. Las tensiones alrededor de la Constitución de Weimar representaron de alguna manera las inquietudes frente a una visión liberal de la sociedad que ésta planteaba. La prioridad de los derechos individuales y de los sistemas de la sociedad y el mercado frente al Estado constituyó, para muchos, la negación de lo político[1]. Al neutralizar y despolitizar al Estado, mediante la fundamentación en el derecho natural de las libertades y derechos individuales, se concebía que el liberalismo desarrollaba un sistema de trabas y controles del Estado.

Además, debe decirse que la Constitución de Weimar no se avizoró en el imaginario social como un desenlace de la memoria cultural alemana y, al contrario, se percibió como uno de los efectos que arrastró la derrota en la primera guerra mundial. En otras palabras, uno de los problemas más importantes para la efectividad de la Constitución, en toda su dimensión liberal-social, fue que ésta no se apreció como el correlato de una identidad históricamente formada. Sobre las tensiones políticas en la República de Weimar resulta altamente recomendable la escenificación que logra Bob Fosse en la película *"Cabaret"* (1972).

Las tensiones frente al liberalismo expresan, también, en el contexto de la República de Weimar, una preocupación por la soberanía, es decir, la despolitización y neutralización del Estado. Así, se explicaron las múltiples afrentas al criterio de legitimidad del poder del Estado basado en la figura democrática que a través del concepto de voluntad general convirtió al pueblo en soberano. Para muchos la nueva cultura constitucional no ofreció la posibilidad de una adecuada intervención del Estado, por la sobrecarga de demandas al mismo. De ello se derivaban las proyecciones de desorden, inseguridad y conflicto.

Lecciones político-criminales.

Los dilemas de la Constitución de Weimar se reflejan, además, en muchos de los problemas político-criminales entre 1918 y 1933. El curso de la política criminal durante la República de Weimar (también actualmente) se puede concebir como una historia de proyectos de reforma no acabados y que, al contrario, se atascaron en medio de los conflictos sociales y políticos específicos de ese periodo. Ello permite comprender por qué ha sido una época en la que, a pesar del marco constitucional, no se logró concebir una reforma integral del derecho penal, sino solo la implementación de reformas específicas.

En lugar de una reforma integral del derecho penal, se implementaron proyectos de reforma individuales, como lo fue la Ley del tribunal de menores *(Jugendgerichtsgesetz)*.

1 Así, por ejemplo, SCHMIT, Carl. *El concepto de lo político,* Madrid, Alianza, 1991, p. 90.

En el contexto de la República de Weimar se plasmaron propuestas legislativas sobre el aumento en el uso de multas. Esto expresa como la política policial se perfiló, también, como política criminal. Esto se manifestó en el período de la República de Weimar por medio de la centralización de las instituciones y estructuras de la policía. Uno de los aspectos más destacados en la concepción policial de la República de Weimar fue el establecimiento de oficinas estatales de policía, marcadamente centralista en su estructuración.

Desafíos en el siglo XXI.

Los desafíos de la Constitución de Weimar son, en esa medida, también, los de la cultura constitucional contemporánea. Ante los retos de la globalización, la multiculturalidad y las diferencias religiosas, la Constitución de Weimar es una historia viviente. Como experiencia disruptiva, en ella se escriben lecciones de completa actualidad. En un mundo en el que las autoridades ya no son absolutas y los consensos no son totales, la ausencia de certezas parece aliviarse con populismo y defensa social. Quizás todo ello nos puede ayudar a entender, adicionalmente, el vaciamiento en los contenidos del derecho penal mínimo como uno de los síntomas más dicientes de las contracciones de la democracia constitucional contemporánea.

Lista de Autores.

(en orden alfabético)

Christian Scheechler Corona. Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (España). Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte (Chile), donde es Profesor de Derecho Penal. Subdirector del Magíster en Derecho de la misma Facultad. Socio del Instituto de Ciencias Penales de Chile y miembro del Comité Académico de las Jornadas Chilenas de Ciencias Penales. Ha sido Profesor de pre y postgrado en la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Católica de Temuco, Universidad Santo Tomás y Universidad Mayor, entre otras.

Cristina E. Montalvo. Doctora (C) y Magister en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia); Abogada de la Universidad Libre de Colombia; actualmente Docente-Investigadora del Grupo Depcipe de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico en Barranquilla (Colombia). Correo: cristinamontalvo@mail.uniatlantico.edu.co

Jesús Omar Herrera Torres. Licenciado en Derecho y Asuntos Internacionales con Especialidad en Sistema Penal Acusatorio, Maestría en Derechos Humanos y Maestría en Amparo. Actualmente es catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Juicio de Amparo en la Universidad Tecmilenio, campus Chihuahua e Investigador libre. Doctorando en Derecho Penal, Constitucional y Amparo en la Universidad de Durango, campus Chihuahua. (México).

John Zuluaga. Profesor Asociado de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Antioquia (Medellín-Colombia). Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania). Es miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la GAU. Ha sido Profesor de pregrado en el Instituto de Filosofía y la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, así como en los pregrados de Derecho de la Universidad de Medellín y la Universidad de la Sabana. De igual manera, ha sido Profesor de postgrados en la Universidad Santiago de Cali, Universidad de Caldas, Universidad la Gran Colombia, entre otras. Alumni del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD) (2008 – 2013) y de la Fundación para el Futuro de Colombia (COLFUTURO) (2013–2015). Pagweb: www.john-zuluaga.de

Laura María Bastidas Zambrano. Abogada y Criminóloga, Universidad de los Andes ULA (Mérida, Venezuela). Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad de Carabobo UC (Valencia, Edo. Carabobo, Venezuela). Doctoranda en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Se desempeño como Fiscal del Ministerio Público (agosto de 1999 a marzo del 2016), abogada litigante en procesos de acompañamientos de víctimas (abril 2016 a junio 2018). Ha sido Profesora de pre y posgrado UCAB, UAM, UCV, UBA CLAIJ. Actualmente se desempeña como asesora/capacitadora del Comando Nacional Antiextorsión y Secuestro (CONAS) e inspectora de Tribunales III en Venezuela.

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos. Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONACYT. Actualmente es director del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato (México).

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria. Doctora en Derecho por la UNAM (México). Posdoctorado en Derecho en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla por el Programa Posdoctoral del CONACYT para investigadores de alto nivel académico. Estancia Posdoctoral en la Universidad del Salento en Lecce (Italia). Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Derecho Penal y Procesal Penal Alemán de la Georg-August Universidad de Gottingën (Alemania). Estancia Posdoctoral en la Universidad de Valencia (España).

Manfredo Koessl. PHD Universidad de Hamburgo, Alemania. Magíster en Ciencia Política en Iberoamérica. Universidad Internacional de Andalucía. La Rábida, España. Master en Partidos Políticos. Programa. C.E.A. Universidad Nacional Córdoba, Argentina; Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Docencia: Universidad de Antioquia, Colombia; Universidad EAFIT, Colombia; Universidad Blas Pascal, Argentina; Universidad Nacional de Villa María, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Consultor (entre otros) Proyecto: "Apoyo al Programa de Reforma Política" P.N.U.D. Actualmente es docente en la Universidad de Erfurt (Alemania).

Mario Orlando Contreras. Abogado Universidad Nacional del Nordeste (Argentina), Criminólogo de la Universidad Nacional de Tucuman (UNT, Argentina) y Especialista en Derecho Penal (Universidad Nacional del Litoral). Posgraduado en "Derecho Procesal Penal" UNT y de la Universidad Complutense de Madrid. Máster Internacional en Derecho Penal de la Universidad de Granada (España). Egresado de la Escuela de Verano y de la Escuela de Ciência Criminái s de la Universidad de Göttingen (Alemania). Presidente de la Fundación Sociedad de las Ciencias Penales. Defensor Publico de Casación de Jujuy (Argentina).

Marlus H. Arns de Oliveira. Advogado em Curitiba, Paraná (Brasil). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Pesquisador nas áreas de direito penal, processual penal e penal econômico. Email: marlus.arns@arnsdeoliveira.adv.br

Marvin Alfredo Gómez Ruiz. Doctor en materia fiscal por la Universidad Autónoma de Durango (México). Estancia de investigación postdoctoral en la Universidad del Salento (Italia). Profesor, capacitador y conferencista en diversas instituciones públicas y privadas de México.

Miguel Lamadrid Luengas. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia y Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (Dr. iur.), Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (DEA) de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

Rafael E. Nieto. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; Abogado de la Universidad del Atlántico de Barranquilla (Colombia); actualmente es director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas Luis Eduardo Nieto Arteta de la Universidad del Atlántico. Correo: centrodeinvestigacionjuridica@mail.uniatlantico.edu.co

Rodolfo González Espinosa. Licenciatura en Derecho y Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (México). Actualmente es miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania) y doctorando en la misma Universidad.

Silvia Patricia López González. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesora Investigadora Titular de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Directora – Editora de la Revista Científica Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia. Miembro del Cuerpo Académico Consolidado UDG-CA-409 Actores, Cambio Social e Instituciones.

El Presidente del Reich, Friedrich Ebert, anuncia la Constitución del Reich alemán el 14 de agosto de 1919.

Foto: Robert Sennecke, Berlin

© Bundesarchiv Bild 1-542-17402

La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica

En este libro presentamos los trabajos expuestos y discutidos en el Workshop titulado "La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica". El mismo tuvo lugar en la ciudad de Weimar durante el mes de septiembre de 2019, llevado a cabo con el propósito de conmemorar el centenario de la Constitución de Weimar (1919 – 2019) a partir de dos ejes conceptuales: por un lado, los aportes de la experiencia latinoamericana al debate y crítica del Constitucionalismo Social y, por otro lado, la importancia del Constitucionalismo Social en materia político-criminal.

Organización:

Arbeit und Leben
Thüringen
DGB/VHS

ECKHAUS VERLAG

WWW.ECKHAUS-VERLAG.DE

ISBN 978-3-945294-30-7

9 783945 294307

20,00 € (D)