

## XXI. Yüzyılda İnsan Hakları ve Anayasa Mahkemelerinin Misyonu

*Francisco Antonio Carrasquero López \**

Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti Yüksek Adalet Divanı Anayasa  
Mahkemesi Başkan Vekili

Avukat, Endüstriyel İlişkiler üzerine lisans, Hukuk doktorası

Zulia Üniversitesi Hukuk ve Politika Bilimleri Fakültesi Emeritus

Profesörü, Eski Yöneticisi ve Eski Dekanı

Rafael María Baralt Ulusal Deneysel Üniversitesi Eski Rektörü

Ulusal Seçim Kurulu Eski Başkanı

### **Carmen Zuleta de Merchán**

Bolivarçı Venezuela Cumhuriyeti Yüksek Adalet Divanı Anayasa  
Mahkemesi Başkanı

Avukat, Hukuk Doktorası, Paris 1 Üniversitesi Sosyal Bilimler  
Doktorası

Endüstriyel İlişkilerde Uzman Bolonya Üniversitesi / SINNEA.

Yargı Gücü Yeniden Yapılandırma ve Reform Komisyonu Eski  
Başkanı

Zulia Üniversitesi Emeritus Profesörü

Zulia Üniversitesi Hukuk ve Politika Bilimleri Yüksek Lisans  
Fakültesi Eski Yöneticisi

Yargıya Bağlı Ulusal Kadın Erkek Eşitlik Komisyonu Üyesi

---

\* Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Başkanvekili

## **Giriş**

Bu çalışma, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 50. yıldönümü için 25 ve 28 Nisan 2012 tarihleri arasında Türkiye'de, Ankara şehrinde gerçekleştirilen Sempozyumda sunulmak üzere hazırlanmıştır.

Sunumumuzda insanların toplumsal yaşam içinde sahip oldukları haklara vurgu yapılarak, çağdaş anayasacılığın hala tartışmalı olan konularından biri ele alınacaktır. Bu da insan haklarının toplumsal-tarihsel doğasıdır ve bununla birlikte, söz konusu hakların XXI. yüzyılda kabulündeki ve etkili olarak uygulanmasındaki gelişmeler ve aksaklıklardır.

İnsan haklarının artan biçimde anayasallaşmasına rağmen, etik-politik kurumları, tarihi doğası, normatif değeri ve koruma yöntemi gibi önemli meseleler, teoride ve yargısal felsefede olduğu gibi dogmatik ortamda da yoğun tartışmaların konusu olmaya devam etmektedir. Bu tartışmalarda insan haklarının yasal doğası, yapısı ve normatif değeri ile alakalı olarak bazı ayrıcalıklar sunduğu ortaya koyulmaktadır.

Hukukçular uzun bir süre boyunca, insan hakları söz konusu olduğunda bu hakların temelleri ve doğası gibi problemlere odaklandılar. Daha sonra, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, kaygılar bu hakların anayasal olarak olduğu gibi uluslararası antlaşmalarla da tanınan hareketler ve kaynaklar yoluyla ve bununla birlikte Sosyal Hukuk Devleti ilkesine uygun bir özel bir yargı kurumu eliyle etkili olarak uygulanması konusuna odaklandı.

Dogmatik bir perspektiften bakıldığında, günümüz hukuk bilimi insan haklarının etkili biçimde korunması için çeşitli teknikler geliştirmektedir ve bu teknikler anayasal düzenlemelerle iyileştirilmektedir.

Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Anayasası'nda, sosyal bireylerin insan haklarına duyulan saygının etkinliğini sağlamak ve bu hakları güvence altına almak amacıyla yasalar eklenmiştir ve bunlar bizim -Latin Amerika'da hakların koruyucu öncüsü olarak gördüğümüz- Temel Kanunumuzda bulunmaktadır. Bunlar arasında öne çıkanlar: a) Anayasanın doğrudan etkili olması ilkesi (7. madde); b) İnsan haklarının sürekli gelişimi ilkesi (19. madde); c) İnsan haklarının üstünlüğü ilkesinin adalet sisteminin temelleri arasında kabul edilmesi (2. madde); d) Anayasa şikayeti (bireysel başvuru) yönteminin

insanlar için doğal olan fakat Anayasada ya da insan hakları ile ilgili uluslararası belgelerde açık olarak belirtilmemiş olanlar da dahi olmak üzere bütün anayasal haklar ve güvenceler için tanınması (27. madde) e) insan haklarının ihlallerini ve insanlık suçlarını cezalandırmak için alınan önlemlerin yasal olarak uygulanabilir olması (29. madde); ve f) insan hakları ihlali mağdurlarının haklarını tam anlamıyla korumak için Devletin tarafsız sorumluluğu (30. madde).

Venezuela’da, gerek bütün mahkemeler tarafından icra edilen yaygın denetim gerekse özel olarak bu konuda yetkilendirilmiş Yüksek Adalet Divanı Anayasal Uyuşmazlıklar Dairesi eliyle (Madde 334 CRBV) bütün yargı organları farklı teknikler yoluyla anayasaya uygunluk denetimi yaparken yukarıdaki ilkeleri hayata geçirmektedirler. Yaygın denetim usulünde anayasaya aykırı normların ihmal edilmesi, Yüksek Adalet Divanı’nda anayasaya aykırı yasal normun geçersiz sayılması, yasama organının ihmali nedeniyle anayasaya aykırılık kararı, kesin hükümlerin yeniden incelenmesi, normların çatışması gerekçesiyle yapılan denetim, anayasal kuralların yorumlanması ve benzeri usuller, temel hakların korunmasında mahkemelerce kullanılan tekniklerdendir.

Hukukçular arasında, insan haklarının etkili bir biçimde uygulanmasının, demokrasinin garantisi olduğu gerçeğinin kabul edildiğine dair fikir birliği vardır. Buna rağmen, anayasal demokrasi kavramı, ne sadece kişi haklarını ve siyasal hakları güvence altına alan liberal-burjuva görüntüsü içinde anlaşılabilir ne de sosyal içerik ile kuralların gerçekten etkili olması amacıyla siyasal olarak onaylanmış bir Sosyal Hukuk Devleti çerçevesinde gelişen, sosyal bir demokrasi olarak anlaşılabilir.

## **I. Tarihsel Bir Kavram Olarak İnsan Hakları**

Hukuk bilimi insan hakları için “temel haklar”, “insan hakları”, “sivil özgürlükler”, “sivil haklar” gibi kavramlar kullanmaktadır. Biz bu çalışmada Anayasa'nın insanlara tanıdığı bütün bu hakları, teminatları ve özgürlükleri tanımlamak için “insan hakları” kavramını kullanacağız.

Temel hakların teorik ve tamamen formel bir tanımı Ferrajoli tarafından yapılmıştır: “Temel haklar, evrensel olarak bütün insanların, insan, vatandaş ya da faaliyet kapasitesine sahip insan statüsüne sahip olmaları sebebiyle tabi

oldukları bütün bu öznel haklardır; öznel hak denilince anlaşılan şey, yasal bir norm tarafından bir bireye yüklenen herhangi bir olumlu (hizmet alma beklentisi) ya da olumsuz (zarara uğramama beklentisi) bir haktır; statü, bir bireyin durumunu anlamlandırmak için ele alındığında, yasal durumlara yetki vermeye ve/veya bunların uygulaması olan faaliyetlerin faili olmaya uygunluğunun ön koşulu olarak bunun için pozitif bir yasal norm ile önlem de alınır." (Ferrajoli, Luigi. *“Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”*, Editorial Trota, Madrid, cuarta ed. 2009, s. 19).

Ferrajoli'nin ortaya koymuş olduğu çabalara ve diğer ünlü teorilere rağmen, hakların "temel olma durumu" için evrensel bir kriter bulunmamaktadır, çünkü temel haklar her bir yargı sistemindeki tarihsel koşulların ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Temel hakların "Batı kültürlerinin" büyük bir çoğunluğu tarafından paylaşılan toplumsal koşullara uyum gösterdiği bir gerçektir. Temel haklar, insanların isteklerinden ve değerlerinden olduğu kadar, tarihi, kültürel, sosyolojik, ekonomik ve politik koşullardan da bağımsız olan gerçeklikler gibi kendiliğinden oluşmazlar. Bu durum, belirli bir anayasal sistemi ve onun insan haklarına ilişkin pozitif hükümlerini anlamak için çeşitli faktörlerin hesaba katılması gerektiğini ortaya koyuyor.

Bugün, bir kişinin ya da toplumun belirli bir felsefi, ideolojik ya da dini vizyonundan ayrılarak, insanın kendi durumu ile ilgili olarak sürekli sahip olduğu bazı hakların bulunduğunu ve bunların asaleti ile ilgili olduğunu, bu yüzden bu hakların kendi doğasında, Devletten önce, doğuştan bulunduğunu ve devredilemez ve ihlal edilemez olduğunu düşünen, insan haklarını doğal haklar teorisi temelinde savunanların görüşlerini kabul etmek artık zor görünüyor. İnsan haklarıyla ilgili ilk deklarasyonların temellerinde doğal haklar düşüncesi vardır: Birleşik Devletler'in 1776'daki Bağımsızlık Bildirgesi ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi doğal haklar anlayışının ürünüdür. Bu bildirgeler, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1966 Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve daha yakın tarihte 1993 Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı gibi önemli olaylar yoluyla günümüze kadar gelen bir geleneğin kurucusu oldular.

Buna rağmen bu doğal hukukçu yaklaşım zorluklardan muaf değildir. İlk olarak, toplumun ve devletin üzerinde olan belirli hakların öncülerine duyulan minnet sayesinde, aksiyolojik olanın sadece belirsizlik alanında kalma riski bulunmaktadır ve diğer bir yandan, bize insan haklarının zaman içinde, hem içerik hem sayı bakımından, güç sahibi sınıfların çıkarları doğrultusunda değiştirildiğini gösteren tarihi kanıtı kabul etmez.

Gerçekte, liberal burjuva devleti toplum sözleşmecilerin eserlerindeki temel ideolojik kurgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplum sözleşmecilere göre, Devlet sözleşmeci tarafların sözde eşit koşullarda yapmış oldukları bir anlaşmanın ürünüdür. Bunun temeli, insanın kendine özgü bir doğaya sahip olduğu ve bu doğasından kaynaklanan bazı doğal insan haklarına sahip olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bu haklar, “doğal” olarak kabul edildiği için Devletin oluşmasını sağlayan politik anlaşma için ön koşul olarak sunulur ve kurucu sözleşmenin temelini oluşturur.

Doğal haklar teorisini savunanlar sayısız çelişkileriyle birlikte somut ve dinamik bir varlık olarak toplumu inkar eder. Onlar için her şeyin temelinde somut tarihsel ve toplumsal koşullardan bağımsız insan vardır. İnsan, bütün doğallığı ile diğer bireylerden bağımsız kararlar alan izole bir bireydir. Doğal haklar temelli insan hakları anlayışı herhangi bir sosyal statüden, tarihi koşuldan ya da siyasi düşünceden bağımsız olarak geçerlilik iddiasında bulunan soyut, doğal, ebedi, genel ve evrensel kategoriler ortaya koyar.

Bu bağlamda, şunu belirtmek gerekir ki, siyasal antropoloji çalışmalarına ve toplum ile devletin tarihi karakterine göre, bir insanın toplum içindeki yaşamından bağımsız olarak, aslında olan doğasını o insana tanımlamak imkansızdır. İnsan hakları, tarihin her aşamasında şu veya bu şekilde bir devlet halinde yaşayan toplumların gelişiminin bir sonucudur. Yani insan hakları, soyut bir evrensel etkenden ya da insanın doğal bir durumundan değil, çatışmaları ile beraber sosyal yaşamdan ve sosyal faaliyetlerden türemiştir. Bir başka ifadeyle; insan hakları tarihsel bir gelişim göstermiştir ve zaman geçtikçe her bir somut toplumda şekillenmiş, zenginleşmiş ve evrim geçirmiştir.

Aslında, toplum her an eğilimlerini ve amaçlarını yeniden belirler. Böylesi bir toplumda insan hakları aynı zamanda kültürel içeriklerin içine işlediği tarihsel haklar olurlar. Dolayısıyla insan hakları, sadece toplum içinde

uygulanabilen politik, ekonomik, kültürel vs. haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Daha önce kabul ettiğimiz üzere insan hakları için evrensel geçerlilik iddiası kabul edilemez. İnsan hakları, kökenini onları inşa eden toplumların ve insanların tarihlerinden alır. Bu toplumlar ve insanlar, yaptıkları mücadeleler sonucunda diğer hakları (ekonomik, sosyal ve kültürel) elde etmek için liberal devletin tamamen formel düzeyde tanıdığı hakların ilerisine geçmişlerdir.

Tarihsel dinamikler çerçevesinde, kendi tarihselliğinin taşıdığı rölativizme rağmen, insan hakları kavramı belirli bir objektiflik seviyesine ulaşmıştır. Bu nedenle, insan haklarının bütün insanların ortak kültürel mirasına ait olduğu ve varlığının, sadece tanınma şeklini ve sağladığı teminatların derecesini belirleyebilecek olan herhangi bir siyasi iradeden bağımsız olduğu kabul edilebilir.

Tarihsel temeli açısından, insan haklarının normatif olarak kabul edilmesinden önce de bir geçmişi olduğu ortaya çıkmaktadır. İnsanlar haklarını elde edebilmek için büyük mücadeleler vermişlerdir. Günümüzde ise insan haklarının anayasal düzeyde tanındığını görmekteyiz.

Karşılaştırmalı anayasa tarihi, modern toplumların değişken ve ilerlemeci karmaşıklığına bağlı olarak insan haklarının da zamanla geliştiğini göstermektedir. Anayasa doktrini, insan haklarını dört nesle ayırmaktadır. Birinci nesil haklar, liberal burjuva devleti modeline uyan, kişi özgürlükleridir. Örneğin: Din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı, vs.; ikinci nesil haklar kolektif haklardan oluşmaktadır: Toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, katılma hakları vs.; Üçüncü nesle ait olanlar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olarak sınıflandırdıklarımızdır: Sağlık hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, tatil hakkı, aile hayatı kurma ve geliştirme hakkı, onurlu yaşam hakkı, vs.; son olarak dördüncü nesil haklar ise teknolojik ya da bilimsel gelişmelerle bağlantılı olan diğer haklardır: kişisel verilerin bilgisayar ortamında korunmasını isteme hakkı ya da genetik müdahalenin yasaklanması gibi.

Yeni hakların günden güne insan hakları çerçevesine dahil edilmesi ve sosyal evrimin sonucunda gerekli olacak yeni haklar ekleyebilmek amacıyla, anayasal metinlerde haklar için açık liste bulundurma eğilimi, bunların, her bir

zamana ait toplumların ahlaki ve maddi gereksinimleri ile bağlantılı olan tarihi gereklilikler ortaya koyması gerçeğinden kaynaklanmaktadır.

Perez Luño'nun belirttiği üzere, insan hakları, bir Hukuk Devletinin vatandaşları için temel güvence noktası haline gelmiştir. İnsan hakları bireysel boyutuyla liberal hukuk devleti anlayışının, toplumsal boyutuyla sosyal hukuk devleti anlayışının temelini oluşturmaktadır. (Pérez Luño A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid. 1984).

Bu bölümde insan haklarının tarihselliğini ortaya koymaya çalıştık. İnsan hakları, insanların taleplerine ulaşmak için yaptıkları mücadelelerin bir ürünü olarak ortaya çıkmış tarihsel gerçekliklerdir.

Hukukçular arasında, insan haklarının etkili bir biçimde uygulanmasının, demokrasinin garantisi olduğu gerçeğinin kabul edildiğine dair fikir birliği vardır. Buna rağmen, anayasal demokrasi kavramı, ne sadece kişi haklarını ve siyasal hakları güvence altına alan liberal-burjuva görüntüsü içinde anlaşılabilir ne de sosyal içerik ile kurallarının gerçekten etkili olması için siyasal olarak onaylanmış bir Sosyal Hukuk Devleti çerçevesinde gelişen, sosyal bir demokrasi olarak anlaşılabilir.

## II. İnsan Haklarının Normatif Etkisi

Günümüzde insan hakları, anayasal metinlerde güvence altına alınmış öznel haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Gücünü anayasanın normatif bağlayıcılığından alan insan hakları bütün devlet organları ve kamu kurumları için bağlayıcıdır.

Anayasal hakların etkisi ile ilgili olarak şunu belirtmek gerekir ki anayasal haklar doğrudan uygulanabilen hakları oluşturur ve bu yüzden, bütün kamu kurumlarını ve yurttaşları bağlar. Yani, insan hakları, insanlara mahkemelerde kamu kurumlarına ve diğer vatandaşlara karşı talepte bulunma yetkisi veren gerçek öznel haklardır.

İnsan hakları, vatandaşların gerek devlet gerekse toplumla ilişkilerinde etkili olur. Yani, bireyle kamu kurumları arasındaki ilişkilerde etkili olmakla kalmayıp bireyler arasındaki ilişkilerde de etkili olur. Aynı zamanda, objektif bir bakış açısına göre, insan hakları sosyal ve siyasal sistemde birlik sağlama

işlevine de sahiptir. Bu açıdan, anayasal sistemin meşruiyeti için büyük önem taşır. Böylece, insan haklarının bu hakları sosyal olarak birlikte var olma çerçevesine dönüştüren kurumsal bir boyutu olduğu söylenebilir. Bu yüzden insan hakları farklı işlevlere sahiptir. İlk olarak, insan hakları insan özgürlüğü ve onuru ile ilgili bir manifestodur. İkinci olarak, demokratik sistemin objektif unsurları (eşitlik, ayrımcılık yasağı, siyasal katılım hakkı, oy kullanma hakkı, toplantı özgürlüğü, düşünce ve haber alma özgürlüğü vs.) olarak işlev gösterir; son olarak, sosyal yapıyı oluşturan kurumların ifadesidir ve bunun sonucunda bütün toplumun sahip olduğu yapısal çatışmaları ifade eder (örnek vermek gerekirse, sermaye ve emekçiler arasındaki ilişkiler).

Formel bir bakış açısına göre, bunlar normatif bir Anayasa içine entegre edilmiş olduğundan, herhangi bir yasa yapıcının belirlediği veya kanundan alınan haklardan farklı olarak, anayasal hakları karakterize edenin, Kamu Otoriteleri üzerindeki bağlayıcılığı olduğu söylenebilir.

İnsan hakları konsepti belirli bir tarihsel bağlamda ortaya çıkmıştır. Liberal burjuva devletinde marjinal olarak görülen toplum kesimlerinin haklarının da tanınması bunda etkili olmuştur. Erkek, batılı, beyaz, hıristiyan, yetişkin, heteroseksüel ve en önemlisi mülk sahibi insan konseptine uymayan kadın, çocuk, genç, homoseksüel, transseksüel, yaşlı, engelli, yerli, azınlık, etnik azınlık üyesi, azınlık dilini konuşan ya da azınlık dininden olan insan vb. toplum kesimlerinden gelen talepler sonucunda bu modern anayasalardaki insan hakları konsepti değişime uğramıştır. İnsan haklarına ilişkin liberal konsept zamanla aşılımıştır. Fakat hakların zaman içinde zenginleşmesi hakların korunmasında farklılaşmaya gidilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmiştir.

Bu noktada, İnsan Haklarının etkili biçimde güvence altına alınması sorunsalının, ilgili hakkın doğası ile alakalı olarak çeşitli nüanslar içerdiğini ayırt etmek gerekir.

Özgürlük hakları (kişi hakları ve siyasal haklar) Devletin ya da bireylerin özel alana müdahalesine karşı çıkar. Devlet ya da bireyler, özgürlük hakları ile güvence altına alınan kişisel alana karışmamalıdır. Bu özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlama aracı amacı aşmamalıdır. Özgürlüğün bazı alanlarına ilişkin, amaç aracına sadık kalır. Bockenforde'nin belirttiği üzere, ibadet özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü gibi



kişi özgürlükleri ancak ve sadece kamu güvenliği ve düzeni gerekçesiyle sınırlandırılabilir. (BOCKENFORDE, W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de J.L. Requejo Parés e I. Villaverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, s.76).

Ekonomik ve sosyal haklar kamu otoriteleri için pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getirir ve bu bağlamda, bireye Devlet karşısında haklar verir. Geleneksel hukuki kategorilerin, özgürlük hakları için radikal olacak biçimde farklı içeriklere sahip olanları yerleştirmede yetersizlik gösterdiğine şahit olduk. Habermas'ın ortaya koyduğu üzere, formel burjuva hakları anlayışında bireylerin özel alanlarına müdahalenin hukuki kriterler aracılığıyla negatif anlamda sınırlandırılması bir çelişkidir. Buna karşılık, kurumların pozitif edimde bulunmasının ve bireylerin kamusal hizmetlerden yararlanma hakkının pozitif olarak güvence altına alınması anlamlı olacaktır. (HABERMAS, J., *Teoría de la Acción Comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, Vol. II, s. 515).

Ferrajoli, Sosyal Hukuk Devletin sosyal haklarla ilgili istikrarlı ve genel bir memnuniyet temin etme kapasitesine sahip mekanizmaları henüz uygulamaya almayı başarmadığını belirterek liberal hakların yanı sıra sosyal hakları da gerçekleştirecek mekanizmaların geliştirilmesinin önemine işaret etmektedir. (FERRAJOLI, L., *Stato Sociale e Stato di Diritto*, *Politica del Diritto*, 1982, s. 29).

Şu açıktır ki, anayasal normatifliğin, özellikle bütün insan haklarının olmak üzere anayasal ilkelerin etkisini teminat altına almak amacıyla, devletin işleyişini harekete geçirmede aktif role sahip olduğunu varsaymak için Yargı Gücüne ve özellikle anayasa yargısına ihtiyaç vardır. Özgürlük hakları ile eşit durumdaki doğasında faydalı olan insan haklarının (sosyal, ekonomik ve kültürel), sınırlayıcı bir gücü vardır. İnsan hakları sadece Devletin ya da bireylerin özel alana müdahalesini sınırlandırmakla kalmaz, devlete çalışma, sağlık, eğitim vb. sosyal ihtiyaçları karşılamak için gereken bütün koşulları sağlama ve önlemleri alma yükümlülüğü getirir. Bu haklar, Devlet faaliyetleri için zorunlu bir maddi içerik öngörmektedir.

XXI. yüzyılda insan haklarının meşruiyeti, bu iki farklı anlayışı bir araya getirmekten geçer. İnsan çok boyutlu bir varlıktır ve insanın maddi ve manevi bütünlüğü için bütün insan hakları eşit derecede önemlidir. Kişi özgürlükleri

ve siyasal haklar, ekonomik, sosyal, çevresel ve kültürel hakları teminat altına almayan bir sosyal bağlamda gerçekleştirilemez, çünkü insanoğlu ancak bu bağlam içinde yaşam sürebilir.

### III. İnsan Haklarının Güvence Altına Alınmasıyla İlgili Anayasal Kurumların Tarih İçindeki Gelişimi

Demokratik sistemlerde Anayasa Mahkemelerinin fonksiyonu, Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasında olduğu kadar, Kamu Otoritelerine tanınan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili olarak da Anayasanın etkili biçimde uygulanmasını temin etmek olmuştur. Kısaca, anayasa yargısının rolü, anayasanın üstünlüğü ilkesini teminat altına almak ve anayasadaki haklar sistemini etkili olarak korumaktır.

Günümüz anayasacılığında bir Anayasanın, normlarının, ilkelerinin ve değerlerinin, Devlet organları ya da bireyler tarafından ihlal edilmesi durumunda anayasayı koruyacak bir anayasa yargısı sistemini kurumsal yapısı içinde barındırmaması anlaşılabilir. Bu bağlamda, García de Enterría şöyle demektedir: "...onu etkili kılacak mahkemesi olmayan bir Anayasa ölümcül bir yaraya sahiptir ve kaderi iktidardaki partinin ellerindedir." (GARCIA de ENTERRÍA, E. *"La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional"*, Civitas, Madrid, 1991).

Söz konusu anayasa yargısının ve anayasa mahkemelerinin kuruluşunda çok büyük öneme sahip sosyal ve siyasi koşulların ortaya çıkması Fransız Devrimi'nden sonraki yıllara denk gelir. Şu anda anayasalarda yaygın biçimde kabul gören kuvvetler ayrılığı ilkesi ve anayasanın üstünlüğü ilkesi bu dönemde geliştirilmiştir. Yine aynı dönemde, kanunların etkili bir şekilde uygulanmasını amaçlayan hiyerarşiye dayalı olarak organize olmuş bir yargı sistemi kurulmuştur.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, Hans Kelsen Anayasayı doğrudan uygulama yetkisine sahip otonom bir mahkemenin kurulmasını istedi ve bu talep 1920 Avusturya Anayasası'nda gerçeğe dönüştü. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra anayasaların büyük çoğunluğunda anayasa yargısına yer verilmesiyle sonuçlanacak siyasal ve sosyal gelişmeler yaşandı ve bir çok Avrupa ülkesinde anayasa mahkemeleri yükseldi. Birinci Dünya Savaşı sonrasında, Avusturya'da, Çekoslovakya'da ve İspanya'da; İkinci Dünya

Savaşı sonrasında, Fransa'da, İtalya'da ve Almanya'da Anayasa Mahkemeleri kuruldu. Daha sonra, 70'li yıllarda diktatörlük rejimlerinin düşmesi ile Yunanistan, Portekiz ve İspanya'da ve 80'li yıllardan yakın tarihe kadar demokratik rejimlerin kurulması ile Ekvator, Guatemala, Peru, Şili ve Venezuela gibi birçok Latin Amerika ülkesinde ve Rusya, Bulgaristan, Macaristan vs. gibi Doğu Avrupa ülkelerinde de anayasa yargısı kabul edildi ve anayasa mahkemeleri kuruldu.

Savaş sonrası anayasalar, Kelsen'in taleplerini dikkate alarak anayasal normları, ilkeleri ve değerleri koruyan bir yargı sistemi oluşturdu. Kelsen modelinde, anayasanın üstünlüğünü korumak amacıyla özel olarak kurulmuş, yapısı ve amaçları doğrudan asli kurucu iktidar tarafından belirlenen anayasa mahkemelerinin kurulması öngörülmekteydi.

Anayasa Mahkemeleri bir yandan, hukuki olarak Anayasayı koruma ve sahip çıkma amacı güderler; çünkü Kamu Otoriteleri faaliyetlerini anayasal olarak belirlenen sınırları gözetmekle yükümlüdür. Anayasa Mahkemelerinin diğer işlevi Temel Kanun'da güvence altına alınan temel hakların uygulanmasını ve etkili biçimde korunmasını sağlamaktır.

Anayasa Mahkemelerinin yerine getirdiği işlevlerin yargı işlevi niteliği taşıdığı konusunda doktrinde fikir birliği oluşmuştur. Louis Favoreu bunu şöyle belirtiyor, "Anayasa Mahkemesi, anayasa uyuşmazlıklarını karara bağlamak üzere, genel mahkemelerin dışında özel olarak kurulmuş bağımsız bir yargı organıdır." (FAVOREU, I. "Los Tribunales Constitucionales", Ariel, Barcelona, 1995. s. 15).

Latin Amerika doktrininden Héctor Fix Zamudio da Anayasa Mahkemelerinin yerine getirdiği işlevin yargı işlevi niteliği taşıdığı görüşüne katılmaktadır. Bununla birlikte, anayasal düzene dahil olan bütün anlaşmazlıkların aynı zamanda anayasal mahkemelerin karar çevresine yabancı olmayan etkenler olan siyasi ve sosyal boyutlar da dikkate alınarak çözülmesi gerektiğini bilmek çok önemlidir. Anayasa mahkemesinin meşruiyeti, kendisini kuran ve yetkilendiren Anayasanın meşruiyetinden bağımsız düşünülemez.

Şu çok açıktır ki, günümüzde kabul gören Anayasal Devlet modelinde, anayasa yargısına yer verilmesi artık genel kabul gören bir standart haline

gelmiştir. Bu bağlamda, hiçbir kişi ya da kurum “hakimler hükümeti” vb. argümanlarla Anayasa Mahkemelerinin yetkilerini tartışmaya cüret edemez.

Başlarda normların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevi için kurulmuş anayasa yargısı, Anayasal Devlet modelini geliştirmek amacıyla yetki alanını diğer önemli alanlara da genişletecektir.

Anayasa Mahkemeleri pek çok ülkede, demokratik sistemin teminatına dönüşmüştür. Siyasal katılım hakkının, ifade özgürlüğünün ve doğru bilgi alma hakkının korunmasına yönelik kararlar demokrasinin güçlenmesine hizmet etmektedir. Başlangıçta klasik insan haklarını (kamu özgürlükleri) güvence altına almak üzere kurulan anayasa mahkemeleri zamanla sosyal haklar (sosyal adalet) ve sağlıklı çevre hakkı gibi farklı hakların da teminatı olmuştur.

Anayasa Mahkemelerinin siyasal kültürde yer etmesi için devletin yargısal-kurumsal yapısı içinde bir asimilasyon sürecinin başarılı bir şekilde yaşanması gerekir.

“Yoğun denetim” ya da “soyut kontrol” olarak bilinen Avrupa modeli anayasa yargısı, 1919’da kurulan ve 1920’de anayasal statüye kavuşan, daha sonra Çekoslovakya (1920) ve İspanya’da (1931) kurulan mahkemeler üzerinde etkisi olan Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin ilham kaynağı olan Hans Kelsen’in teorik kurgusunun sonucudur. Bununla beraber, Avrupa Kıtasının haklar konusundaki etkisi bazı Latin Amerika ülkelerinin anayasa yargısı alanında orijinal gelişmeler ortaya koymalarına engel olmamıştır. Bu ülkeler arasında, 1893’te soyut norm denetimini, 1897’de de yaygın denetimi kabul eden Venezuela sisteminden özellikle bahsetmek gerekir. Bu noktada, Venezuela’da anayasaya uygunluk denetimi işlevinin her zaman için Yargı erkine ait olageldiğini belirtmekte yarar vardır.

Kosta Rika’da, Nikaragua’da, El Salvador’da, Paraguay’da ve Honduras’ta olduğu gibi Venezuela’da da anayasa mahkemesi işlevini, Yüksek Adalet Divanı bünyesindeki Anayasa Dairesi yerine getirir. Venezuela’da Anayasa Dairesi, Anayasa Mahkemesinin bütün özelliklerine sahiptir ve verdiği kararlar Yüksek Mahkemenin geri kalan kurulları da dahil olmak üzere ülkedeki bütün mahkemeler için bağlayıcıdır.

Anayasa Mahkemelerinin Avrupa ve Latin Amerika ülkelerinin büyük çoğunluğunda bulunması tartışılmaz bir gerçek haline gelmiştir ve bununla beraber bugün hiç kimse, anayasa mahkemelerinin söz konusu demokratik ilkeler ile uyumluluğunu daha öncekinden daha fazla tartışmamaktadır.

Anayasa Mahkemelerinin bugünkü fonksiyonu, onları Kelsen'in orijinal kurgusundaki "negatif yasa koyucu" işlevinden çok farklı bir yapıya kavuşturan bir evrimin sonucudur. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemelerinin oluşumunu ve işleyişini düzenleyen anayasa maddeleri ve yasal düzenlemeler, ders kitaplarında belirtilen anayasa yargısının "tipik" modeline tam anlamıyla cevap vermeyen çeşitli fonksiyonlar içerir; "yaygın denetim" ya da Amerikan modeli ile "yoğun denetim" ya da Avrupa modeli arasındaki ayrım zaman içinde bulanıklaşmıştır. İlk Anayasa Mahkemeleri olan Çekoslovakya ve Avusturya Anayasa Mahkemelerinin kuruluş tarihi 1920'den günümüze, bu Mahkemelerin adapte edildiği ülkelerdeki düzenlemesi, her iki sistemin de özelliklerini birleştiren formüller yoluyla evrim geçirmiştir. Modern Anayasa Mahkemeleri, Amerikan modelinden, somut durumlarda bireylerin haklarının korunmasını; Kelsen modelinden de, anayasal düzenin soyut düzlemde savunulması ve korunması işlevini almıştır.

Bu fenomen, Anayasa Mahkemelerinin rolü ve fonksiyonları konusunda bir evrime neden oldu ve onları anayasa metninin açıklanması ve uygulanması alanında Devlet otoritelerinin nihai yol göstericisi durumuna getirdi. Anayasa Mahkemeleri Devlet organlarına ve ilgili kurumlara Anayasa maddelerinin ve kanunların yorumlanması ve uygulanması noktasında yol gösterir. Bunu yaparken sadece mevcut hükümlerin açıklanmasıyla yetinmez, mevcut hükümlerin nasıl uygulanması gerektiğine dair yönergeler ve uyarılar yoluyla da bunu gerçekleştirir.

Anayasa Mahkemeleri, anayasal hükümleri açıklama ve anayasanın uygulanmasına yönelik yol gösterici düzenlemeler yapma işleviyle, klasik anlamdaki "negatif yasa koyucu" işlevini çoktan aşmıştır. Anayasa Mahkemeleri günümüzde yasama işlemlerinin denetimi işlevinden ayrı olarak, yasama organını tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Anayasa Mahkemeleri kanunların anayasaya aykırılığının tespitiyle sınırlandırılmaz; yaptırıma maruz kalmak istemeyen bir parlamentonun yasa koyma görevini nasıl gerçekleştirmesi gerektiğine dair yasa koyucuya talimatlar da verebilirler. Öyleyse Anayasa Mahkemeleri, kamu otoritelerinin faaliyetleri için bazı

sınırların olduğunu belirtir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin işlevi, sadece yasa koyucunun hareketlerini sınırlama yetkisi ile değil aynı zamanda bazı durumlarda, genel normlar koyma yetkisi ile de genişlemiştir.

#### IV. Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Anayasasında Anayasa Yargısı

Doktrinde, Kamu Otoriteleri tarafından yapılan işlem ve eylemlerin anayasaya uygunluğunun denetimi işlevi, anayasa yargısı olarak tanımlanmaktadır. Anayasa mahkemesi terimi ise organik bir terimdir ve yargı erki içinde anayasa yargısı işlevini yerine getiren organı ifade eder. Avrupa'nın birçok ülkesinde ve Latin Amerika'da gördüğümüz üzere, anayasa yargısı işlevi Anayasa Mahkemeleri ya da Anayasa Konseyleri tarafından yerine getirilir. Bunlar genellikle yargı erki içinde yer almakla birlikte, yargı erki dışında düzenlenmiş olanlar da vardır.

Venezuela'da, anayasa yargısı işlevini Yüksek Adalet Divanı bünyesindeki Anayasa Dairesi kullanmaktadır. Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Anayasası, ülkedeki bütün yargıçlar için Anayasanın üstünlüğünü gözetme yükümlülüğü getirmekte, anayasanın üstünlüğünü ve doğrudan etkisini teminat altına almak için, 334. maddede belirtilmiş olan bir anayasal adalet sistemi oluşturmaktadır.

Böylece anayasa yargısı işlevi şu anda Venezuela'da sadece Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi tarafından değil, bütün yargıçlar tarafından yerine getirilmektedir. Anayasa yargısı işlevi, somut bir hukusal uyuşmazlıkta uygulanması gereken kanun ya da düzenleyici işlemin anayasaya aykırılığının denetimi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, bireysel başvuru üzerine de anayasallık denetimi yapılabilir.

Şunu belirtmek önemlidir ki, Venezuela'da, ülkedeki bütün yargıçlara tanınan, kanunların ve diğer normların anayasallığının yaygın denetimi yetkisi, Anayasa metninde düzenlenmiştir (Madde 334). Dolayısıyla, anayasa yargısını usul kanunları içinde düzenleyen birçok ülkeden farklı olarak, Venezuela'da anayasa yargısı anayasal düzeyde ele alınmış ve güvenceye kavuşturulmuştur.

Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi'ne gelince, Anayasanın bütün ülkede aynı biçimde yorumlanması ve uygulanması amacıyla Anayasanın

nihai yorumunu belirleme işlevi Anayasanın 335. maddesi ile bu Kurula verilmiş; Anayasa Dairesi'nin yerine getireceği görevler ve yetkileri Anayasanın 266. maddesinin 1. fıkrası ile 336. maddede düzenlenmiştir.

Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Temel Kanunu'nun 334. maddesi ve takip eden maddelerinde, Anayasa'nın doğrudan uygulanmasına ilişkin işlem ve eylemlerin anayasaya uygunluğunun Yüksek Adalet Mahkemesi Anayasa Dairesi tarafından denetlenmesini öngören bir yoğun denetim sistemi benimsenmiştir.

Görebileceğimiz üzere, Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Anayasası, karşılaştırmalı anayasa hukukunda öne çıkan eğilimleri dikkate alan ve uzlaştıran bir anayasa yargısı sistemi tasarlamıştır. Anayasa yargısının temelinde, Anayasanın normatif tanımı yer almaktadır, García de Enterría'nın belirttiği üzere, bir Anayasa sadece yargısal olarak güvence altına alınması halinde tam bir etkiye sahip olabilir. (GARCÍA de ENTERRÍA, E. "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, 1983, Edit. Civitas. s. 176).

Karşılaştırmalı hukukta, anayasa yargısı alanında iki büyük sistem bulunur: Bir tarafta yaygın denetim ya da Amerikan sistemi, diğer tarafta yoğun denetim ya da Avrupa sistemi. Yine de, yeni bir anayasal eğilim ortaya çıkacağı zaman her iki model arasında tekrar bir yakınlaşma görülür, bu yüzden söz konusu modeller karşıt ya da muhalif değildirler. Venezuela'da, yaygın denetimin ve yoğun denetimin birbirine eklenmiş biçimde birlikte var olduğunu söyleyebiliriz. Genel mahkemelerdeki yargıçlar, bir kanunu ya da düzenleyici işlemi anayasaya aykırı bularak bu normu uygulamaktan kaçınmak istediklerinde mutlaka Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesinin görüşünü almak zorundadırlar. Anayasa Dairesi, yargıçlar tarafından öne sürülen anayasaya aykırılık iddiasını yerinde görürse, söz konusu normun herkes için (*erga omnes*) etkili olacak biçimde iptali yönünde karar verebilir.

Belirtmek gerekir ki, 335. madde, Venezuela'daki anayasa yargısının misyonunu tanımlar, bu da Anayasanın üstünlüğünü ve etkisini garanti altına almaktır. Bunun için, Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi'ne, karşılaştırmalı hukukta herhangi bir Anayasa Konseyi ya da Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu yetkiler tanınmıştır. Anayasa Dairesi, Anayasanın nihai yorumcusudur; anayasal normların ülke genelinde eşit biçimde tek biçimde

yorumlanmasından ve uygulanmasından sorumludur. Anayasa Dairesi tarafından verilen kararların ülkedeki mahkemelerde görülen benzeri davalar için emsal karar olarak kabul edilmesi ve ülkedeki mahkemelere Anayasa Dairesi'nin yorumuna bağlı kalma yükümlülüğü getirilmesi, Anayasa Dairesi'nin "Anayasanın ülke çapında aynı biçimde uygulanmasını sağlama işlevi"ni güçlendirmektedir.

**"335. Madde** Yüksek Adalet Divanı, anayasal normların ve ilkelerin üstünlüğünü gözetir; Anayasanın en üst ve nihai yorumcusudur, Anayasanın bütün ülkede aynı biçimde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlar. Anayasa Kurulu tarafından anayasal normlar ve ilkeler ile ilgili ya da bunların kapsamında verilen kararlar, Yüksek Adalet Divanının diğer daireleri ve ülkedeki diğer Mahkemeler için bağlayıcıdır.

Yüksek Adalet Divanı Organik Kanunu'nun 25. maddesinde bulunanlarla beraber, Anayasanın 336. maddesindeki yetkiler listesinden, Anayasa Dairesi'nin kullandığı yetkileri aşağıdaki gibi gruplandırabiliriz:

1) Uluslararası antlaşmaların onaylanmasından önce denetlenmesi; Ulusal Meclis tarafından kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmadan önce denetlenmesi; Ulusal Meclis ya da Cumhurbaşkanı tarafından kanun ya da kararname olarak sınıflandırılan normların organik kanun niteliği taşıyıp taşımadığının *a priori* denetlenmesi.

2) Ulusal kanunların, yerel düzenleyici işlemlerin ve Anayasanın doğrudan uygulanmasıyla ilgili işlemlerin *a posteriori* denetimi.

3) Kamu gücü kullanan organlar arasındaki anayasal uyuşmazlıkların çözümlenmesi.

4) Kamu gücü kullanan organların kusuru sonucu ortaya çıkan anayasaya aykırılık durumlarının tespit edilmesi.

5) Normlar arasında ortaya çıkabilecek çatışmaların çözümlenmesi.

6) Anayasal kavram ve ilkelerin herkes için (*erga omnes*) etkili olacak biçimde yorumlanması.



7) Yüksek Adalet Divanındaki diğer Kurullar da dahil olmak üzere, ülkedeki mahkemeler tarafından verilen kararların gözden geçirilmesi.

8) Anayasaya uygunluk denetimi alanında yaygın denetim kapsamında verilen kararların gözden geçirilmesi.

9) Anayasal şikayetlerin (bireysel başvuruların) ilk derece mahkemesi ya da temyiz mahkemesi sıfatıyla karara bağlanması.

### V. Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi İçtihadında İnsan Hakları

Yüksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi, 11 yıllık geçmişi boyunca Anayasanın etkili olarak uygulanmasını sağlama işlevini yerine getirirken zengin bir içtihat oluşturmuştur. İnsan Hakları bu içtihadta önemli bir yere sahiptir. Anayasa Dairesi'nin kararları ışığında, aşağıdaki gibi bir özet ortaya koyabiliriz:

- **Kanun önünde eşitlik hakkı.** Hüküm Sayısı. 1986/2007, Dava: *Siyasi ve Sosyal Bilimler Akademisi Kanunununun Geçersizliği*. Bu vakada Heyet, Siyasal ve Sosyal Bilimler Akademisi Kanununda Akademi üyeliğine aday statüsüne erişim için Akademi tarafından verilecek bir üyelik numarasının şart koşulmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Bu tür bir uygulamanın, adaylar arasında eşitsizliğe sebep olacağı ve kapalı devre adaylık sistemiyle yeni kişilerin aday olmasını engelleyeceği belirtilmiştir.

- **Eşitlik ve serbest kişilik gelişimi hakkı** Hüküm Sayısı. 190/2008, Dava: *Venezuela Sivil Eylem Birliği Derneği*. Anayasa Dairesi, Anayasanın 21. maddesinin, bireylerin cinsel yönelimlerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalmalarının yasaklanmasını diğer bir deyişle, yasa koyucuların toplum içerisindeki bireyler arasında cinsel yönelimleri temel alan durumlarda herhangi bir ayrımcılık olmamasını sağlamak zorunda olduğunu ön görmüştür. Anayasa Dairesi, homoseksüel birliktelik konusunda Medeni Kanundaki ve diğer kanunlardaki boşluğa dikkat çekmiştir.

- **Mahremiyet hakkı.** Hüküm Sayısı. 1335/2011, Dava: *Mercedes Josefina Ramirez*. Bu hükümde Anayasa Dairesi kişisel verilerin yönetiminde gerekli özenin gösterilmesini istemiş; özellikle de tıbbi verilerin çok sıkı mahremiyet ve güvenlik altında tutulması ve içeriğinin açıklanmaması gerektiğini zira

kişisel verilerin en özel miras olduğunu; bu verilerin işlenmesinin ve kullanılmasının kişinin iznine bağlı olduğunu belirtmiştir.

- **Yaşama hakkı, dini özgürlük ve vicdani red arasındaki denge.** Hüküm Sayısı. 1431/2008, Dava: *Yolima Pérez Carreño*. Bu davada Anayasa Dairesi, yaşam hakkının anayasadaki en önemli hak olduğunu beyan etmiştir. Ayrıca vicdani ret hakkı kapsamında dini özgürlüğe saygı gösterilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Bu kararda, din özgürlüğünün çocuklar ve ergenlerle ilgili boyutları ile hasta hakları da belirlenmiştir.

- **Memurların mahremiyet hakları.** Hüküm Sayısı. 745/2010, Dava: *Kamusal Alan Derneği*. Maaş ve diğer ödemelerin memurların finansal mahremiyet hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek ekonomik mahremiyet hakkı tanınmıştır.

- **Çocukların ve ergenlerin düşünce özgürlüğü.** Hüküm Sayısı. 900/2008, Dava: *Jesús Armando Colmenares Giménez*. Düşünce ve ifade özgürlüğünün özel prosedür gerektiren herhangi bir istisnaya bakılmaksızın bağlayıcı bir yükümlülük olduğunu; bu konuda çocuğun yaşının ve zihinsel gelişiminin yegane sınırlama olduğunu; bu yüzden hakimlerin çocuğu veya ergeni dinlemeyi reddederken mantıklı gerekçeler ortaya koyması gerektiğini vurgulamıştır.

- **Sendikal özgürlük ve cevap hakkı.** Hüküm Sayısı. 592/2009, Dava: *FAPICUV*. Heyet sendikal özgürlük uygulamasının uygun kurumlar tarafından denetlenmesi gerektiğini, kişilere cevap hakkı tanımak için gerekli önlemlerin alınması ve hukuka aykırı olmamak koşuluyla şahsen veya temsilciler aracılığıyla ilgili mercilere başvuru yapılabilmesine imkan sağlanması gerektiğini belirtti.

- **Emeklilik hakkı.** Hüküm Sayısı. 1518/2007, Dava: *Pedro Marcano Urriola*. Devletin memurlarına emeklilik hakkını garanti etmesinin bir yükümlülük olduğu ve onları ileriki yaşlarda destekleyecek uzun vadeli ve transfer edilebilir mali destek sağlamasını ve bunun işten çıkarılma, taşınma veya ayrılma gibi durumlarda etkilenmemesi gerektiğini vurgulamıştır.

- **Dini özgürlük.** Hüküm Sayısı. 1277/2008, Dava: *Venezuela Padamo Misyonu*. Heyet dini özgürlüğün devlet faaliyetleri kapsamında diğer anayasal

hakları çiğnemedikçe veya onlarla çatışmadıkça devlet tarafından sınırlandırılmaması gereken önemli bir özgürlük olduğunu belirtmiştir.

- **Sağlık hakkı.** Hüküm Sayısı. 1728/2009, Dava: *Johan Manuel Ruíz Machado*. Devletin vatandaşların sağlık hakkını garanti altına alma yükümlülüğünün, vatandaşları insanlık suçu olarak tanımlanan uyuşturucu trafiğinden kaynaklanan suçlara ilişkin zararlı etkilerden korumak amacıyla yasal düzenleme yapma hakkını beraberinde getirdiği vurgulanmıştır.

- **Sağlık hakkı.** Sicil No. 06-1006, Dava: *Maternavit*. Heyet toplumun ortak çıkarlarını korumak amacıyla, hamile ve emziren kadınlara yönelik vitamin destekleyicilerinin bedava satışını yasaklamış ve reçeteye satışını uygun görmüştür.

- **Zorla alıkoyma suçu.** 1747/2007 Sayılı Hüküm Vaka: *Casimiro José Yánez*. Bu davada Kurul ceza hukuku geçmişe uygulanmaksızın, belirli bir suçtan yargılanan ve hüküm giyen kişilerin zorla alıkonarak kaybolması halinde “zorla alıkoyma” suçunun işlenmiş sayılacağını belirtmiştir.

- **Yerli halkların hukuk sistemindeki sınırlamaları ve tanınması.** Hüküm Sayısı. 988/2010, Dava: *Warao etnik kökenli bir genç Yerli Mahkemesi tarafından 20 yıl hapse mahkum edilmiştir*. Heyet, mahkeme kararının gelenek hukukuna uygun olmakla birlikte bu kararı kamu düzeninin sağlanması alanında çocuklara ve ergenlere ilişkin Ceza Kanunu hükümleriyle çelişkili bularak iptal etmiştir.

- **İnsan haklarının ihlali.** Hüküm Sayısı. 626/2007, Dava: *Marcos Javier Hurtado ve diğerleri*. Heyet, anayasanın bütün hakları insan hakları olarak adlandırmasına karşın bu haklara yönelik herhangi bir ihlalin insan hakları ihlali olarak düşünülemeyeceğini; insan hakları ihlali kavramının sadece devlet yetkilileri ve bu yetkililerin takipçileri veya devletin izni doğrultusunda kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından yapılabileceğini belirtmiştir.

- **Yerel kanunların kadına yönelik şiddet söz konusu olduğunda sınırlandırılması.** Hüküm Sayısı. 1325/2011, Dava: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*. Kadına yönelik şiddet söz konusu olduğunda, failin yerli halktan olması halinde Yerli Mahkemelerinin sadece dilekçeyi kabul mercii olarak işlev göreceği, davanın genel mahkemelerce karara bağlanacağı belirtilmiştir.

## Sonuçlar

Bütün kıtalarda milyonlarca kişi, ülkeleri sosyal haklarını tanımada en gelişmiş anayasaları kullanmaları ile övünürken, sadece sivil özgürlüklerinin uygulanması bakımından değil aynı zamanda onurlu bir yaşam yaşayabilmek için gereken temel şartlara erişim bakımından da insan haklarından tam olarak yararlanmaktan mahrum edilmektedir. Söz konusu hakları tanıyan anayasal kuralların etkili olarak işlemede eksiklikler olduğu gerçeğinin anlaşılması, bu anayasaları sadece birer siyasal program seviyesine indiriyor.

Bu panoramanın yıkıcı sürekliliği, sosyal değişikliğe bağlı olan hukukçuların, Anayasanın sosyal gerçekliği şekillendirmedeki fonksiyonunu yeniden düşünmelerini zorunlu kılar. Böylece insanlığın doğal bir ifadesi olan İnsan Hakları aynı zamanda toplum hizmetindeki bir normatif teknik haline gelir.

İnsan haklarının sosyal bir teknik olduğu düşüncesi onun derin tarihsel çerçevesinin kabul edilmesi demek olur. Ne tarihin dışında bir hak mevcuttur ne de bu hakların araçsal özelliği temel haklara yön veren kuvvet ilişkileri dışında çeşitli amaçların takip edilmesine olanak sağlar (**Cabo, Carlos de**, *“Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional”*, Barcelona, PPU, 1993, c. II, s. 269). Bu bakış açısı şunu açıklıyor ki, insan hakları ve anayasaya uygunluk denetimi, sosyal eşitsizlikler nedeniyle sosyal yapının bozulmasını önlemek için etkili bir araç olarak kullanılabilir.

Hukuk Devleti, insan haklarının şartı ve aynı zamanda varlığının etkili uygulanmasının güvencesidir. Hukuk Devleti, ancak insan haklarının tanınması, güvence altına alınması ve etkin biçimde korunması koşuluyla hayat bulur. Bu amaçla, sadece kişi hakları değil aynı zamanda hepsinin üstünde sosyal haklar da dahil olmak üzere, bütün insan haklarının etkili bir biçimde bütün insanlar için eşit olarak uygulanmasını sağlamak için Anayasa Konseylerine ya da Anayasa Mahkemelerine başvurulmaktadır. Böylece, hukuku en çok ihtiyacı olanların, azınlıkların ve sürekli dışlanmışların yararına hareket eden bir sosyal değişim aletine dönüştürmek mümkündür.

XXI. yüzyıla girilmişken, insan haklarını korumayı reddeden kişilerin hareketleri haklı çıkarılamaz, bunların doğası, onlardan sözde “birinci

jenerasyon" ile ilişki içinde olandan farklı bir hareket talep etmiş gibidir. Sosyal hakları tarihi olarak vermemekte ısrar edenler, Liberal Burjuva Devletin eski haklarını vermeyi kabul edenlerle aynı tavrı takınmaktadır. Bu farklı davranış, bu "ilk" hakların geçerliliğini hedef alan ani ve aktif müdahalesini içerir ve bununla beraber, Anayasada bulunan Sosyal Hakların uygulanması yönündeki haklar için hareket etmekte isteksizliğini de içerir.

Günümüz dünyasında (sadece kötü olarak anılan üçüncü dünya ülkelerinden değil, endüstri devleti olarak düşünülenlerden de bahsediyorum), yükselen işsizlik oranlarının yükseldiği, sosyal harcamaların giderek azaldığı ve sonuç olarak yoksulluğun, eşitsizliğin ve doğal ilişkilerin ihlalinin gittikçe arttığı bir ortam bulunmaktadır. Bu durum sadece çeşitli ülkelerin anayasa yargısı organlarının, anayasal metinlerinde onlara verilen sorumluluğa uygun olarak davranmaları ile düzelebilir. Daha adil, eşitlikçi ve vahşet ile yoksulluktan kurtulmuş bir dünya için insan haklarının etkili biçimde uygulanmasını sağlamaktan başka bir çare yoktur. Bunun için, sosyal hakları da kapsayan insan haklarının bir bütünlük içinde hayata geçirilmesi şarttır.



# LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI Y LA MISIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

*Francisco Antonio Carrasquero López\**

Magistrado Vicepresidente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela  
Abogado, Licenciado en Relaciones Industriales, Doctor en Derecho  
Profesor emérito, Ex Director y Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia  
Ex Rector de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt  
Ex Presidente del Consejo Nacional Electoral

## **Carmen Zuleta de Merchán**

Magistrada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela  
Abogada, Doctora en Derecho, Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de París I.  
Experta en Relaciones Industriales Universidad de Bologna / SINNEA.  
Ex Presidenta de la Comisión de Reestructuración y Reforma del Poder Judicial.  
Profesora emérita de la Universidad del Zulia.  
Ex Directora de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia.  
Miembra de la Comisión Nacional de Género del Poder Judicial.

---

\* Magistrado Vicepresidente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

## **Introducción**

La presente disertación fue elaborada a fin de presentarla en el Simposio realizado durante los días que van del 25 al 28 de abril de 2012, en la Ciudad de Ankara, Turquía, para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la Corte Constitucional de Turquía.

El tema que se pretende tratar está referido a uno de los puntos aún controvertidos del constitucionalismo contemporáneo; cual es la naturaleza socio-histórica de los Derechos Humanos, así como el avance y las carencias en el reconocimiento y efectiva vigencia de estos derechos en el Siglo XXI, haciendo énfasis en los derechos humanos sociales.

A pesar de la creciente constitucionalización de los Derechos Humanos, cuestiones tan importantes como su fundamentación ético-política, naturaleza histórica, valor normativo y modo de protección, continúan siendo objeto de densos debates, tanto en el ámbito dogmático, como en la teoría y filosofía jurídicas. En todos ellos, se pone de manifiesto que estos derechos ofrecen ciertas peculiaridades respecto a su naturaleza jurídica, estructura y valor normativo.

Por largo tiempo, los juristas centraron su reflexión acerca de los Derechos Humanos en problemas como sus orígenes y naturaleza. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación se ha enfocado en la efectiva vigencia de estos derechos, privilegiando su protección a través de acciones y recursos, reconocidos tanto constitucionalmente como en tratados internacionales; y también, mediante la creación de una jurisdicción especial constitucional propia del modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia.

Desde la perspectiva dogmática, el estado actual de la ciencia jurídica reconoce una serie de técnicas para la adecuada salvaguarda de los Derechos Humanos, las cuales han sido positivizadas por la mayoría de los ordenamientos constitucionales.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se incorporaron instituciones destinadas a garantizar el efectivo respeto y concreción de los Derechos Humanos individuales y sociales, los cuales



colocan a nuestro Texto Fundamental en la vanguardia de garantismo latinoamericano, entre las cuales se destacan: a) El principio de eficacia directa de la Constitución (Art. 7); b) El principio de progresividad de los Derechos Humanos (Art. 19); c) La inclusión de la preeminencia de los derechos humanos dentro de los valores superiores del ordenamiento jurídico (Art. 2); d) la extensión de la acción de amparo constitucional a todos los derechos y garantías constitucionales, aun de los llamados implícitos, aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Art. 27); e) la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar las violaciones de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad (Art. 29); y f) la responsabilidad objetiva del Estado para indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (Art. 30).

Por otra parte, los órganos responsables del control de constitucionalidad, que en Venezuela corresponde a todos los órganos jurisdiccionales mediante el llamado control difuso, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien ejerce el control concentrado (Art. 334 CRBV), han aplicado estos principios a través de varias técnicas: desaplicación por control difuso, nulidad de normas legales, declaración de inconstitucionalidad por omisión, revisión de sentencias definitivamente firmes, recurso por colisión de normas, interpretación de normas constitucionales y demandas en tutela de derechos colectivos y difusos; y la acción de hábeas data.

Existe consenso entre los juristas en reconocer que la efectiva vigencia de los Derechos Humanos es garantía de la democracia. No obstante, la noción de democracia constitucional no puede ser entendida sólo en su aspecto liberal-burgués (garantía de los derechos civiles y políticos), sino como una democracia social que se desarrolla en el marco de un Estado Social de Derecho y de Justicia, que es legitimada políticamente por la verdadera eficacia de sus preceptos con contenido social.

### **I. Los Derechos Humanos como producto histórico**

Si bien la ciencia jurídica utiliza de forma indistinta las denominaciones de derechos fundamentales, derechos humanos, libertades públicas, derechos ciudadanos, así como algunas otras, en este trabajo utilizaremos la expresión

Derechos Humanos para referirnos a todos aquellos derechos, garantías y libertades que la Constitución reconoce a los seres humanos como tales.

Una definición teórica, puramente formal de derechos fundamentales es dada por Ferrajoli como: *"...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y pos status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"* (Ferrajoli, Luigi. "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales", Editorial Trota, Madrid, cuarta ed. 2009, Pág. 19).

No obstante los esfuerzos realizados por Ferrajoli y otros eminentes teóricos, no existe un criterio universal de "fundamentalidad" de los derechos, debido a que ellos se definen a partir de la positividad histórica en cada ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que todos los derechos satisfacen requerimientos sociales que, en algunos casos, son compartidos por la mayoría de las llamadas "culturas occidentales", éstos no existen *per se*, como realidades independientes de las aspiraciones y valores de los pueblos, así como de las circunstancias históricas, culturales, sociológicas, económicas y políticas que determinaron su reconocimiento. Esta diversidad responde a una multiplicidad de factores que se deben tener en cuenta para comprender un ordenamiento constitucional concreto y la positivización que éste hace de los Derechos Humanos.

Hoy es difícil sostener la justificación iusnaturalistas de los Derechos Humanos que, partiendo de una determinada visión filosófica, ideológica o religiosa del hombre y de la sociedad, entiende que existen unos derechos que la persona siempre tienen por su condición de tal y que están asociados a su dignidad, por lo que son concebidos como inherentes a su propia naturaleza, anteriores al Estado, inalienables e inviolables. Esta visión se sitúa en el origen de las primeras declaraciones de derechos, tales como: La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estos textos fundaron una tradición que llega hasta nuestros días a través de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la más reciente Conferencia Mundial de los Derecho Humanos de Viena de 1993.

Sin embargo, esta posición iusnaturalista no está exenta de dificultades. En primer lugar, porque la apreciación *a priori* de ciertos derechos que están por encima de la sociedad y del Estado, corre el riesgo de quedarse meramente en el campo incierto de lo axiológico y, por otra parte, niega la evidencia histórica que nos demuestra que tanto el número como el contenido de los Derechos Humanos se ha modificado en el tiempo a tenor de las necesidades e intereses de las clases en el poder.

En efecto, el Estado Liberal Burgués encuentra como fundamento ideológico las tesis contractualistas, según las cuales, el Estado es producto de un contrato social acordado en supuestas condiciones de igualdad de los contratantes, cuyo fundamento es el iusnaturalismo que sostiene que el hombre posee una condición humana intrínseca y, en consecuencia, unos Derechos Humanos naturales. Por su carácter natural, estos derechos condicionan y fundan el pacto político que da lugar a la formación del Estado.

Así pues, para las corrientes iusnaturalistas la sociedad no existe como una totalidad concreta y dinámica, sujeta a tendencias y múltiples contradicciones, sino que simplemente existe un sujeto, individual, aislado, arquetípico, que toma decisiones aisladas de acuerdo con la naturaleza humana que le es intrínseca y que es independiente de las condiciones histórico-sociales concretas. Ello así, para la concepción iusnaturalista de los Derechos Humanos, éstos constituyen categorías abstractas, naturales, eternas, generales y universales que reclaman validez independientemente de cualquier consideración social, condición histórica o circunstancia política.

Al respecto, resulta menester señalar que, de acuerdo con los estudios de la antropología política y el carácter histórico de la sociedad y del Estado, resulta imposible definir una naturaleza humana intrínseca al hombre independiente de su vida en sociedad. Los derechos Humanos son una consecuencia del desarrollo de la sociedad que, en cada fase histórica, determina una forma de Estado. Así, los Derechos Humanos no se originaron en una razón universal abstracta o en una condición natural del hombre, sino

en la vida y en las prácticas sociales con sus contradicciones. De esta forma, los Derechos Humanos constituyen un desarrollo histórico y se ha venido formando, enriqueciendo y evolucionando con el paso del tiempo en cada sociedad concreta.

En efecto, si la sociedad fija en cada momento sus fines y propósitos, entonces, los Derechos Humanos en tal sociedad son también derechos históricos que están atravesados por contextos culturales. Así, los Derechos Humanos serían derechos políticos, económicos, culturales, etc., que sólo pueden ejercerse en comunidad.

Como afirmamos anteriormente, los Derechos Humanos no se encuentran inscritos en ninguna tabla de validez universal, sino que se enraízan en la historia de las sociedades y de los pueblos que los han ido construyendo, los cuales han superado los enunciados puramente formales del Estado Liberal, para construir, a través de sus luchas, otros derechos (económicos, sociales y culturales).

A la vista de la dinámica histórica, a pesar del relativismo que su misma historicidad comporta, el concepto de Derechos Humanos ha llegado a alcanzar cierto grado de objetividad. De esta forma, se puede afirmar que los Derechos Humanos pertenecen ya al acervo cultural de todos los pueblos y su existencia es autónoma e independiente de cualquier voluntad política, que sólo puede condicionar el modo de su reconocimiento y el grado de sus concretas garantías.

Ahora bien, no obstante que, por su fundamento histórico, los Derechos Humanos tienen un origen pre normativo y que responden a la lucha de los pueblos por sus reivindicaciones, desde la perspectiva jurídico-formal, estos sólo adquieren su auténtica naturaleza de derechos subjetivos mediante su positivización en la Constitución.

La experiencia constitucional comparada refiere un progresivo enriquecimiento de los Derechos Humanos debido a la variable y progresiva complejidad de las sociedades actuales. La doctrina constitucional identifica hasta cuatro generaciones de derechos. Los de primera generación serían aquellos que se identifican con libertades individuales que corresponde el modelos de Estado Liberal Burgués, tales como: libertad religiosa, de

expresión, de tránsito, derecho de propiedad, etc.; los de segunda generación atienden a aquellos derechos y libertades de carácter colectivo, tales como: derechos de reunión, de asociación, de participación, etc.; Los de tercera son los que calificamos de económicos, sociales y culturales: derechos a la salud, al trabajo, a la educación, al ocio, a la constitución y desarrollo de una vida familiar, a una vivienda digna, etc.; finalmente, como derechos de cuarta generación se encuentran otros que están ligados al progreso tecnológico y científico, como el de protección frente a la manipulación de datos informáticos o el derecho a la no manipulación genética.

La progresiva incorporación de nuevos derechos al ámbito de los Derechos Humanos y la tendencia actual de disponer en los textos constitucionales de un *numerus apertus* de derechos, para poder incluir los nuevos que sean necesarios como resultado de la evolución social, obedece a que éstos constituyen realidades históricas que se encuentran vinculados a las exigencias morales y materiales de las diversas sociedades de cada tiempo.

Los Derechos Humanos se convierten así, como lo expresa Pérez Luño, en la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico en su conjunto, se orientarán hacia el respeto y promoción de la persona humana, bien en su estricta dimensión individual (Estado Liberal de Derecho), o bien conjugando ésta con la de solidaridad derivada de la dimensión colectiva de la vida humana (Estado Social de Derecho) (Pérez Luño A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid. 1984).

En este punto y establecido que los Derechos Humanos constituyen realidades históricas producto de la lucha de los pueblos en el logro de sus reivindicaciones, resulta ineludible tratar el tema de su efectiva vigencia.

Existe consenso entre los juristas en reconocer que la efectiva vigencia de los Derechos Humanos es garantía de la democracia. No obstante, la noción de democracia constitucional no puede ser entendida sólo en su aspecto liberal-burgués (garantía de los derechos civiles y políticos), sino como una democracia social que se desarrolla en el marco de un Estado Social de Derecho y de Justicia, que es legitimada políticamente por la verdadera eficacia de sus preceptos con contenido social.

## II. Eficacia normativa de los Derechos Humanos

Al respecto, tenemos que los Derechos Humanos positivizados en los distintos textos constitucionales constituyen derechos subjetivos dotados de la fuerza normativa propia de la Constitución, y por ello, se imponen de manera efectiva a todos los Poderes Públicos.

En cuanto a la eficacia de los derechos constitucionales, es necesario recalcar que éstos constituyen derechos directamente aplicables y, por ello, vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. Ellos así, los Derechos Humanos son verdaderos derechos subjetivos que permiten a sus titulares su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos o frente a otros ciudadanos. Esta eficacia tiene también una proyección mediata, por lo que la acción de los poderes públicos debe estar orientada a conseguir su plena efectividad.

Así pues, los Derechos Humanos conforman un estatus jurídicos de los ciudadanos en relación con el Estado y con la sociedad, esto es, respecto a los Poderes Públicos y también en relaciones entre particulares. Pero también, desde una perspectiva objetiva, los Derechos Humanos constituyen presupuestos de consenso del sistema socio-político, y por ello, tienen una función legitimadora del sistema constitucional. De esta forma, puede afirmarse que los Derechos Humanos tienen, además, una dimensión institucional que los convierte en el marco de la convivencia social. Por ello, los Derechos Humanos responden a una diversidad de sentidos. En primer lugar, son una manifestación concreta de la libertad y dignidad humana. En segundo lugar, funcionan como elementos objetivos del sistema democrático (derechos a la igualdad y no discriminación, a la participación política, al sufragio, libertad de asociación, libertad de opinión y de información etc.); y, por último, son expresión de las instituciones que componen el tejido social y, por tanto, también expresan las contradicciones intrínsecas que toda sociedad contiene (relaciones entre capital y trabajo, por mencionar alguna).

Desde una prospectiva formal, se puede afirmar que lo que caracteriza a los derechos constitucionales, dado que éstos se encuentran incorporados a una Constitución normativa, es su capacidad de vincular a los Poderes Públicos, diferenciándose así de cualquier otro derecho creado por el legislador o derivado de la ley.

Ahora bien, entendido que la concepción misma de los derechos humanos emergió en un contexto histórico determinado y que ella ha venido avanzando en la medida en que los diversos sectores de la sociedad que antes se encontraban marginados o excluidos (tales como: mujeres, niños, adolescentes, homosexuales, transexuales, ancianos, discapacitados, indígenas, integrantes de minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, así como otros grupos que históricamente no se asimilaban con el concepto de ser humano imperante en el Estado Liberal Burgués, es decir, varón, occidental, blanco, cristiano, adulto, heterosexual y, sobre todo, propietario), han ido reclamando el reconocimiento de sus estatus particulares y la exigencia de reconocimiento y protección por parte del Estado y de los particulares, tenemos que las constituciones modernas han sustituido la concepción liberal de los Derechos Humanos, por una más inclusiva de Humanidad, que entiende que los Derechos Humanos son indivisibles e interdependientes unos de otros, por ello, no es posible garantizar el pleno disfrute de las libertades clásicas y negar, al mismo tiempo, la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este punto, es necesario distinguir que el problema de la garantía de la vigencia efectiva de los Derechos Humanos adquiere matices distintos de acuerdo a la naturaleza del derecho de que se trate.

En efecto, con respecto a los llamados *derechos de libertad* (derechos civiles y políticos), sólo se requiere la no intervención del Estado o de los particulares en la esfera individual, ya que estos derechos se caracterizarían por imponer abstenciones a los no titulares (individuos y Poderes Públicos), que impidan realizar actos que perturben su disfrute. Ello obedece a que su finalidad instrumental con respecto a ciertas esferas de libertad. Tal como señala Bockenforde, dicha finalidad se logra colocando determinados ámbitos de actividad humana (práctica de la religión, expresión de la opinión, información, reunión, etc.), como bienes jurídicos protegidos, bien descartando por completo el ataque limitador del Estado, bien permitiendo ese ataque únicamente por exigencias apremiante de seguridad u orden público. (BOCKENFORDE, W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de J.L. Requejo Parés e I. Villaverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pág.76).

Con respecto a los derechos económicos y sociales, debido a su naturaleza prestacional, éstos imponen a los Poderes Públicos obligaciones positivas de hacer, en este sentido, constituyen derechos del individuo frente al Estado. Así, nos encontramos ante una situación en la que las categorías jurídicas tradicionales se muestran inadecuadas para dar cabida a estos que poseen contenidos radicalmente distintos a los derechos de libertad. Tal como lo expone Habermas, cabe sospechar que la estructura del Derecho formal burgués se vuelve dilemática justo cuando se trata no sólo de delimitar negativamente, con medios jurídicos, ámbitos dejados al arbitrio de personas privadas, sino de garantizar positivamente la participación en instituciones y prestaciones (**HABERMAS, J.**, *Teoría de la Acción Comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, Vol. II, pág. 515).

Ahora bien, sostiene Ferrajoli, que el Estado Social de Derecho no ha logrado aún introducir mecanismos de garantía capaces de asegurar una satisfacción uniforme y general de los derechos sociales, que no ha conseguido que sus derechos puedan ser tomados en serio, yuxtaponiendo al jurídico-liberal un garantismo jurídico-social (**FERRAJOLI, L.**, *Stato Sociale e Stato di Diritto*, *Politica del Diritto*, 1982, pág. 29).

Resulta claro que la normatividad constitucional exige al Poder Judicial, y particularmente a los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, asumir un papel activo en la movilización de la actuación del Estado, con el propósito de garantizar la efectividad de los preceptos constitucionales, en especial, de todos los derechos humanos. Así pues, los derechos humanos de naturaleza prestacional (sociales, económicos y culturales), al igual que los derechos de libertad, tienen fuerza coercitiva, sólo que en el caso de los primeros, el contenido material de la obligación está constituido por un fin distinto a evitar la injerencia del Estado o los particulares en la esfera individual de libertar de cada ciudadano, sino a la concreción efectiva de actuaciones por parte del Estado y los particulares, quienes tienen la obligación de prever y llevar a cabo todas las medidas necesarias para satisfacer las necesidades sociales reconocidas también como derechos inalienables (trabajo, salud, educación, etc.).

Así pues, la concepción, operatividad y vigencia efectiva de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, debe estar orientada a entender su necesaria interconexión, ya que la plena realización del ser humano es holística,



multidimensional e integral. Las libertades civiles y derechos políticos no pueden realizarse en un contexto social en el cual no se garanticen los derechos económicos, sociales, ambientales y culturales, por cuanto el ser humano existe en su contexto y éste no es otro que la sociedad en su conjunto.

### **III. Transformación histórica de la misión de la jurisdicción constitucional en garantizar de la eficacia de los Derechos Humanos**

La función que cumplen los Tribunales o Cortes Constitucionales en los sistemas democráticos, ha sido garantizar la vigencia efectiva de la Constitución, tanto en la preservación de los límites que la propia Constitución impone en el ejercicio del poder por parte de los órganos que conforman los Poderes Públicos; como la protección de las libertades, garantías y derechos que la misma confiere. Así pues, el rol de los órganos de la jurisdicción constitucional es, en definitiva, garantizar la eficacia de la normatividad de la Constitución y tutelar efectivamente el sistema de derechos contenidos en ella.

A la luz del constitucionalismo contemporáneo resulta inconcebible una Constitución que no prevea en su estructura institucional un sistema de justicia constitucional que la proteja en caso de ser violentada sus normas, principios y valores, tanto por los órganos del Estado, como por los particulares. Por ello, García de Enterría señala, acertadamente, que *"...una Constitución sin tribunal que la haga efectiva es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder"* (GARCIA de ENTERRÍA, E. *"La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional"*, Civitas, Madrid, 1991).

Es a partir de la Revolución Francesa que se producen fenómenos sociales y políticos que tendrán particular transcendencia en la organización de la llamada justicia constitucional y en el establecimiento de los tribunales constitucionales. Así, tenemos que se consagra en las Constituciones el principio de la separación de poderes, se desarrolla un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia al cumplimiento de la ley y se desarrolla el principio de supremacía constitucional.

En las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, Hans Kelsen postuló la instauración de un tribunal autónomo con jurisdicción para aplicar directamente la Constitución, lo que se materializará en la Constitución austriaca de 1920. Luego, terminada la Segunda Guerra Mundial, resurge con

nuevo empuje el constitucionalismo que va influir en la mayoría de las constituciones. Así, los tribunales constitucionales surgieron en Europa luego de importantes cambios políticos y sociales. Después de la Primera Guerra Mundial, fueron implementados en Austria, Checoslovaquia y España y luego -después de la Segunda Guerra Mundial- en Francia, Italia y Alemania. Posteriormente a la caída de regímenes dictatoriales en Grecia, Portugal y España en la década de los 70, y con la restauración de regímenes representativos y democráticos desde la década de los 80 hasta hace poco, en muchos países en América Latina como Ecuador, Guatemala, Perú, Chile y Venezuela y; en Europa Oriental como Rusia, Bulgaria, Hungría, etc. También han introducido tribunales constitucionales.

Estas constituciones de posguerra, acogiendo los postulados de Kelsen, establecen un sistema judicial de protección de las normas, principios y valores constitucionales, y crean tribunales constitucionales, cuya estructura y competencias emanan directamente del Poder Constituyente Originario, como órganos especializados para cumplir con este fin.

Los tribunales constitucionales están destinados, por una parte, a proteger judicialmente la Constitución y velar porque los órganos del Poder Público ajusten el ejercicio de sus potestades a los límites constitucionalmente previstos, y, por la otra, a garantizar el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos consagrados en el Texto Fundamental.

Existe consenso en la doctrina con respecto al carácter jurisdiccional de la función que desempeñan los tribunales constitucionales. Así lo expresa Louis Favoreu, en orden a que *"un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos"*(FAVOREU, I. "Los Tribunales Constitucionales", Ariel, Barcelona, 1995. Pág. 15).

En el contexto latinoamericano, Héctor Fix Zamudio reafirma la naturaleza jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales. No obstante, es imprescindible reconocer que en toda controversia que involucra en orden constitucional debe ser resuelta atendiendo también a su dimensión política y social, elementos que no son extraños al ámbito de decisión de los tribunales constitucionales. Así pues, la legitimidad de los tribunales constitucionales,

tanto en su origen como en el ejercicio de sus potestades, es la legitimidad de la propia Constitución.

Resulta evidente que en la actualidad la existencia de una jurisdicción constitucional constituye un estándar en el modelo de Estado Constitucional. De esta forma, los tribunales constitucionales se han convertido en un órgano constitucional normal que no puede ser combatido con el argumento del llamado gobierno de los jueces.

La jurisdicción constitucional, inicialmente creada para realizar la función de control de la constitucionalidad de las normas, va ampliar su ámbito de competencias a otros aspectos esenciales para el desarrollo del modelo de Estado Constitucional.

Los tribunales constitucionales en los diversos países en los cuales estos órganos existen, se han convertido en la garantía del ejercicio democrático, en lo que respecta a la tutela del derecho a la participación política, en todas sus vertientes, a la libertad de expresión y al derecho a la información veraz. No obstante, no se han limitado a garantizar los Derechos Humanos en su dimensión clásica (libertades públicas), sino que ha venido abarcando la tutela efectiva de los derechos sociales (justicia social), así como, la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La cimentación de la jurisdicción constitucional en la cultura política de los pueblos requiere de un proceso de asimilación del papel de los tribunales constitucionales dentro de la arquitectura jurídico-institucional del Estado.

El modelo europeo de control constitucional, conocido como “control concentrado” o “control abstracto”, reposa en la armazón teórica de Hans Kelsen, inspirador del Tribunal Constitucional de Austria, creado en 1919 y consagrado constitucionalmente en 1920, el cual influyó en los tribunales que se crearon posteriormente en Checoslovaquia (1920) y España (1931). No obstante, la influencia del derecho continental europeo no constituyó obstáculo para que algunos países latinoamericanos tuviesen desarrollos originales con respecto a su justicia constitucional. Entre ello debemos mencionar al sistema establecido en Venezuela que incorporó el control difuso de las normas en 1897, y el control abstracto en 1893. Es importante destacar que en Venezuela,

el control de la constitucionalidad siempre se ha encomendado al Poder Judicial.

En Venezuela, al igual que en Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Paraguay y Honduras, las funciones de tribunal constitucional la ejerce una Sala Constitucional que integra el Tribunal Supremo de Justicia, es decir, en Venezuela, la Sala Constitucional tiene todas las características de un Tribunal Constitucional y que como característica propia, su doctrina es vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para el resto de las salas del Tribunal Supremo.

Resulta un hecho indiscutible que los tribunales constitucionales existen en la mayoría de los países de Europa y de América Latina, además, hoy nadie discute más la otrora debatida compatibilidad de los tribunales constitucionales con el llamado principio democrático.

Las funciones actuales de los Tribunales Constitucionales son resultado de una evolución que los configura como algo muy distinto de original "legislador negativo" kelseniano. Así pues, los artículos constitucionales y las disposiciones legislativas que regulan la composición y actuación de los Tribunales Constitucionales suelen incluir una multiplicidad de funciones que no responde enteramente al modelo "típico" de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto, es decir, o al modelo "concentrado" o europeo como opuesto al "difuso" o americano. Desde 1920, fecha en que se crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta la actualidad, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado hacia fórmulas mixtas que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos Tribunales Constitucionales han adoptado, del modelo americano, la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano la defensa y protección abstracta del orden constitucional.

Este fenómeno viene a poner de manifiesto una evolución en el papel y funciones de los Tribunales Constitucionales, que los ha convertido en los últimos intérpretes de la Constitución y de orientadores de los demás poderes del Estado a la hora de interpretar y aplicar el texto constitucional. Ello supone suministrar a los órganos del Estado y a los ciudadanos criterios orientadores generales relativos, no sólo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino,

aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes para que esa interpretación y aplicación se adecuen a los mandatos de la Constitución. Ello se consigue, no sólo mediante las conocidas sentencias interpretativas, sino también mediante orientaciones y advertencias a los poderes públicos respecto de cómo debe aplicarse la legalidad existente.

De esta forma, los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente “legisladores negativos”, para convertirse en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de función de revisión de decisiones del Poder Legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder. Ello implica que Tribunales Constitucionales no se limitan a interpretar la ley, sino que pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad. Los Tribunales Constitucionales suponen pues la presencia de unos límites el ejercicio de los poderes público. Ahora bien, la función del Tribunal Constitucional se extiende, no sólo al limitar la acción del legislador, sino que, en algunos casos, puede sustituirle en la emisión de normas generales.

#### **IV. La Justicia Constitucional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

La doctrina define como justicia constitucional al control judicial de la constitucionalidad de los actos dictados por los Poderes Públicos. Por el contrario, el termino jurisdicción constitucional, entendido como una noción orgánica referida a un órgano específico del Poder Judicial que tiene la potestad de ejercer la justicia constitucional. Como vimos, en muchos países de Europa, así como de América Latina, la jurisdicción constitucional corresponde a los Tribunales o Corte Constitucionales (algunas ubicadas fuera del Poder Judicial).

En Venezuela, la jurisdicción constitucional corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para garantizar su supremacía y efectividad, establece la existencia de un sistema de justicia constitucional que se expresa en el artículo 334, cuando se le atribuye a todos los jueces, en ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

Así pues, la justicia constitucional se ejerce en Venezuela por todos los jueces, y no sólo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ya sea en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad desaplicando, en el caso concreto, normas legales o reglamentarias, o de manera especial cuando conocen de acciones de amparo constitucional.

Es importante destacar que en Venezuela, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas que ejercen todos los jueces de la República, se encuentra consagrado en el Texto Fundamental (Art. 334). Por ello, este método de control de la constitucionalidad es en Venezuela de rango constitucional a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los cuales se encuentra previsto en los códigos de procedimiento.

En lo que respecta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a esta le corresponde ser el máximo y último intérprete de la Constitución y velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo prevé el artículo 335 del Texto Constitucional, por lo que la jurisdicción constitucional se ejerce de manera exclusiva por la Sala Constitucional, tal como lo disponen los artículos 266.1 y 336 de la Constitución.

En efecto, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se estableció el régimen de control concentrado de la constitucionalidad de los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, configurándose a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como órgano de jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 334 y siguientes de nuestro Texto Fundamental.

Como podemos apreciar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela diseñó un sistema de justicia constitucional que se inscriben dentro de las principales tendencias del derecho constitucional comparado. Como se estableció, la justicia constitucional se sostiene sobre la base del valor normativo de la Constitución y, siendo así, como sostiene García de Enterría, ella sólo puede tener completa eficacia en la medida en que sea garantizada jurisdiccionalmente (GARCÍA de ENTERRÍA, E. *“La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”*, Madrid, 1983, Edit. Civitas. Pág. 176).

Ahora bien, en el derecho comparado se reconocen dos grandes sistemas, el sistema de control difuso o americano, por un lado, y el sistema de control

concentrado o europeo, por el otro. No obstante, las nuevas tendencias de la justicia constitucional evidencian un acercamiento entre ambos modelos, por lo que tales modelos no son contrarios o antagónicos. En Venezuela podemos afirmar que los sistemas difuso y concentrado de control de la constitucionalidad coexisten de manera integral y articulado, ya que las sentencias en las cuales los jueces desaplique una norma por control difuso de su constitucionalidad, tiene consulta obligatoria ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, en caso de encontrar dicha desaplicación ajustada a derecho, puede iniciar oficiosamente el juicio de nulidad de dicha norma, a fin de declarar su nulidad con efectos *erga omnes*.

Es menester destacar que el artículo 335 describe la misión de la jurisdicción constitucional en Venezuela, la cual es garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, para ello, atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las competencias que tienen cualquier Corte o Tribunal Constitucional en el Derecho Comparado, es decir, ser el máximo y último intérprete de la Constitución y, por eso, le encomienda la función de velar por la aplicación e interpretación uniforme de sus normas, elemento indispensable para garantizar su eficacia. Además, dotó a la doctrina de interpretación constitucional asentada por la Sala Constitucional de carácter vinculante, es decir, con fuerza de precedente de las decisiones judiciales, por lo que es esta doctrina el instrumento con que cuenta la Sala Constitucional para lograr la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución.

**“Artículo 335.** El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Del catálogo de competencias que el artículo 336 de la Constitución, así como de las establecidas en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, podemos agrupar las competencias que ejerce la Sala Constitucional en las siguientes:

1) Competencias de control preventivo de la constitucionalidad de tratados internacionales antes de su ratificación, de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional que hayan sido objeto de reparo por razones de constitucionalidad por parte del Presidente de la República antes de su promulgación, del carácter orgánico de las leyes o decretos leyes que hayan sido calificadas como tales por la Asamblea Nacional o por el Presidente de la República, según el caso.

2) Competencia en materia de control represivo de la constitucionalidad de las leyes nacionales, estatales y ordenanzas municipales, así como cualquier otro acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

3) Competencias para resolver conflictos constitucionales entre órganos que ejercen el Poder Público.

4) Competencias para declarar la inconstitucionalidad por omisión de los órganos de los Poderes Públicos.

5) Competencias para resolver las colisiones entre normas.

6) Competencias para interpretar con efectos *erga omnes* el contenido y alcance de los precepto constitucionales.

7) competencia para revisar las sentencias definitivamente firmes dictadas por cualquier tribunal de la República, incluso el resto de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia.

8) Competencias para revisar las sentencias en las cuales se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad; y

9) Competencias para conocer en única instancia o en apelación de las acciones de amparo constitucional.

## **V. Los Derechos Humanos como eje en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**

En su labor como garante de vigencia efectiva de la Constitución, la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia, en sus 11 años de existencia,



ha establecido un rico cuerpo de doctrina de interpretación vinculante, en la cual la vigencia efectiva de los Derechos Humanos ha sido uno de sus ejes más importantes.

De la amplia producción de fallos en más de una década, podemos destacar los siguientes:

- **Derecho a la igualdad ante la Ley y en la Ley.** Sentencia núm. 1986/2007, caso: *Nulidad de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. En este caso, la Sala determinó que se genera desigualdad cuando la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales exige, como requisito de acceso a la condición de candidato para ingresar como Individuo de Número o Miembro Correspondiente, que una cantidad mínima de Individuos de Número haga postulación, derivándose de ello un círculo cerrado para la inclusión de nuevos miembros.

- **Derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad.** Sentencia núm. 190/2008, caso: *Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela*. La Sala señaló que el artículo 21 Constitucional, en atención a su carácter enunciativo, incluye dentro de los supuestos de prohibición de discriminación el relativo a la orientación sexual del individuo; en otras palabras, que el Constituyente dispuso que no puede existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentran en análogas o similares situaciones de hecho, con fundamento en la orientación sexual, aunque las uniones homosexuales no tienen regulación especial aplicándose en su defecto la normativa del Código Civil.

- **Derecho a la intimidad.** Sentencia núm. 1335/2011, caso: *Mercedes Josefina Ramírez*. En este fallo la Sala Constitucional destacó que el manejo de datos, en especial los contenidos en una historia médica, deben hacerse bajo los más estrictos controles de confidencialidad y privacidad, y su contenido no debe ser divulgado, en el entendido que los datos personales y sensibles de una persona constituyen su patrimonio más genuino y auténtico, y como dueño y titular absoluto de toda esa información; solo éste puede otorgar permiso para su uso y tratamiento.

- **Ponderación entre los derechos a la vida, libertad religiosa y objeción de conciencia.** Sentencia núm. 1431/2008, caso: *Yolima Pérez Carreño*. En este

caso la Sala declaró como valor supremo de la Constitución el derecho a la vida. Además reconoció el respeto a la libertad de culto, determinó el alcance del derecho a la objeción de conciencia y la no admisión de su ejercicio por niños, niñas y adolescentes. Por último, estableció los derechos de los pacientes.

- **Derecho a la intimidad de los Funcionarios Públicos.** Sentencia núm. 745/2010, caso: *Asociación Civil Espacio Público*. Se determinó que la remuneración forma parte de la esfera íntima del funcionario, reconociendo un derecho a la intimidad económica.

- **Libertad de opinión de los niños, niñas y adolescentes.** Sentencia núm. 900/2008, caso: *Jesús Armando Colmenares Giménez*. Se destacó que el derecho a opinar y a ser oído es de estricto orden público sin que existan excepciones normativas respecto a un determinado procedimiento, siendo la única limitación la edad y el desarrollo intelectual del niño, niña y adolescente, por lo que el juez o jueza debe motivar razonadamente la negativa de oír al niño, niña o adolescente.

- **Libertad sindical y oportuna respuesta.** Sentencia núm. 592/2009, caso: *FAPICUV*. La Sala destacó que el ejercicio de la libertad sindical es tutelada mediante amparo y que su ejercicio impone una obligación al órgano competente de dar una respuesta oportuna y congruente con lo solicitado, siempre que el requerimiento no sea contrario a derecho y se haga ante el funcionario, órgano u ente competente.

- **Derecho a la jubilación.** Sentencia núm. 1518/2007, caso: *Pedro Marciano Urriola*. Se destacó que es deber del Estado garantizar el disfrute de la jubilación de los funcionarios, ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible previa constatación de que el funcionario se ha hecho acreedor del derecho para el sustento de su vejez, por lo cual la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución.

- **Libertad religiosa.** Sentencia núm. 1277/2008, caso: *Misión Padamo de Venezuela*. La Sala destacó que la libertad religiosa implica el reconocimiento sustancial del Estado de un ámbito de actuación inmune a la actividad estatal, salvo que colida o se pondere con otros derechos constitucionales.

- **Derecho a la salud.** Sentencia núm. 1728/2009, caso: *Johan Manuel Ruíz Machado*. Se estableció que la obligación del Estado de garantizar el derecho social a la salud conlleva a la protección de este bien jurídico de los efectos nocivos de los delitos vinculados al tráfico de drogas, que calificó como de lesa humanidad.

- **Derechos a la salud.** Sentencia en el expediente Núm. 06-1006, caso: *Maternavit*. La Sala, a fin de tutelar los derechos e interés colectivos y difusos de la población, prohibió la venta libre de los suplementos vitamínicos destinados para el consumo por mujeres embarazadas o en lactantes, y ordenó su venta y expendio mediante recípe médico.

- **Tratamiento del delito de desaparición forzada.** Sentencia núm. 1747/2007, caso: *Casimiro José Yáñez*. En este caso, la Sala señaló que, tratándose el delito de desaparición forzada de personas de un delito continuado, si durante la privación del sujeto activo entra en vigencia la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, aquel puede ser juzgado y declarado culpable del delito sin que ello implique retroactividad de la ley penal.

- **Reconocimiento y limitaciones a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.** Sentencia núm. 988/2010, caso: *Adolescente de la etnia Warao condenado a 20 años de presidio por Tribunal Indígena*. La Sala reconoció la vigencia del juzgamiento de tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales, pero declaró como materia de orden público el derecho penal aplicable a niños y adolescentes, por lo cual anuló la decisión del tribunal indígena.

- **Violación de los derechos humanos.** Sentencia núm. 626/2007, caso: *Marcos Javier Hurtado y otros*. La Sala señaló que, aunque la Constitución califica a todos los derechos constitucionales como Derechos Humanos, no toda trasgresión a éstos derechos puede ser considerada como trasgresión a los Derechos Humanos, sólo lo serán los cometidos por las autoridades del Estado y con fundamento en su autoridad, o por personas que sin ser funcionarios públicos, actúan con el consentimiento del Estado.

- **Limitaciones al derecho indígena en materia de violencia contra la mujer.** Sentencia núm. 1325/2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*. Se destacó que en materia de violencia de género, aunque el sujeto activo sea indígena, las

autoridades legítimas de los tribunales indígenas sólo pueden actuar como órganos receptores de denuncia, siendo competentes los tribunales ordinarios de violencia contra la mujer para el juzgamiento del caso.

### Conclusiones

En todos los continentes millones de personas se ven excluidas del disfrute pleno de sus Derechos Humanos, no sólo del ejercicio de sus libertades públicas, sino en el acceso a las condiciones materiales básicas para vivir una existencia humanamente digna, al tiempo que sus países, se jactan de tener las constituciones más avanzadas en cuanto al reconocimiento de sus derechos sociales. Sin entender que la falta de una efectiva operativización de los preceptos constitucionales que reconocen tales derechos, convierte a estas constituciones en letra muerta, en meras declaraciones programáticas.

La desoladora persistencia de este panorama obliga a los juristas comprometidos con el cambio social a replantearse la función que la Constitución desempeña en la conformación de la realidad social. Así, los Derechos Humanos son una expresión de la naturaleza del hombre, pero también, técnica normativa al servicio de la sociedad.

La consideración del Derecho como una técnica social supone admitir su condición profundamente histórica. No hay derecho fuera de la historia ni inevitabilidad del derecho hacia el futuro (**Cabo, Carlos de**, *“Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional”*, Barcelona, PPU, 1993, vol. II, p. 269), su carácter instrumental le permite perseguir fines diversos, de acuerdo con las relaciones de poder que subyacen a su desarrollo. Este punto de vista explica que frente a las desigualdades sociales, el derecho y el constitucionalismo pueden constituir un instrumento eficaz para contener el deterioro del tejido social,

El Estado de Derecho es la condición y, al mismo tiempo, el efecto de la existencia y garantía de los Derechos Humanos. Así, el Estado sólo es posible a partir del reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos, por ello, las Corte y Tribunales Constitucionales están llamados a garantizar la vigencia integral de todos los Derechos Humanos para todas la personas por igual, no sólo de los derechos individuales sino, y sobre todo, de los derechos sociales. Sólo así, será posible convertir el Derecho en una herramienta del

cambio social que actúe en beneficio de los más necesitados, de las minorías, de los excluidos de siempre.

Ya adentrado en el Siglo XXI, no es posible justificar la actitud de quienes se resisten a tutelar los derechos sociales, como si la naturaleza de los mismos exigiera de su parte una actitud diferente de la que tienen en relación con los llamados “derechos de primera generación”. Los que se han resistido históricamente a dar a los derechos sociales, el mismo tratamiento que aceptaron dar a los viejos derechos propios del Estado Liberal Burgués. Este diferente tratamiento ha implicado su inmediata y activa intervención destinada a asegurar la vigencia de aquellos “primeros” derechos, tanto como su renuencia a actuar frente a reclamos en favor de la implementación de los Derechos Sociales contenidos en la Constitución.

Existe en el mundo actual (y no me refiero sólo a los mal llamados países del tercer mundo, sino también a aquellos considerados como industrializados), un contexto de creciente de expansión del desempleo, de disminución del gasto público destinado a subvencionar planes de asistencia social y, en consecuencia, de expansión de la pobreza, la desigualdad y la violencia de toda índole, esta situación solo se verá superada en la medida en que los órganos de la jurisdicción constitucional de los diversos países asuman la misión que sus textos constitucionales les encomendaron, la cual no es otra que la de garantizar su efectiva vigencia, y, para ello, la tutela judicial integral de todos los Derechos Humanos, sobre todo los derechos sociales, debe ser su prioridad, a fin de construir un Mundo más igual, justo, libre de violencia y de pobreza .