La Constitución y sus garantías

A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917

Memoria del
XI Encuentro Iberoamericano y
VIII Congreso Mexicano de
Derecho Procesal Constitucional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Rogelio Flores Pantoja
Coordinadores

1917 2017
CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

La Constitución y sus garantías

A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917

Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y
VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

La Constitución y sus garantías

A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917

Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y
VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Rogelio Flores Pantoja
(Coordinadores)



Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

México, 2017



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretario académico
Francisco Ibarra Palafox

Secretario técnico
Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Primera edición: septiembre de 2017

La Constitución y sus garantías
A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917
Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y
VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

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

ISBN: 978-607-7822-88-2

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

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

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
Alfredo **Pérez Guarneros**
Mariana **Miranda López**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Antonio **Rangel**
Diseño de portada

Contenido

Presentación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (México) 17

La naturaleza del amparo latinoamericano. Coherencia con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Especial referencia al sistema dominicano
Hermógenes Acosta de los Santos (República Dominicana) 19

Habeas data: elementos conceptuales para su implementación en México
Ángel Arroyo Kalis (México). 53

El amparo contra actos de particulares (Conforme a la Nueva Ley de Amparo)
Boris Barrios González (Panamá) 69

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos
Víctor Bazán (Argentina) 91

Desafíos de los tribunales constitucionales frente a los derechos sociales y sus garantías (A propósito del *Precedente Huatuco*)
Ernesto Blume Fortini (Perú) 115

La acción de inconstitucionalidad mexicana a la luz del derecho constitucional comparado latinoamericano
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela) 143

En la búsqueda de la humanización del derecho procesal constitucional por vía de la interpretación jurisdiccional en México
José Miguel Cabrales Lucio (México) 175

La Constitución mexicana de 1917 y su significado para los derechos sociales
Miguel Carbonell (México) 191

El gran reto de la judicatura local. Su independencia real
Víctor Collí Ek (México). 211

El federalismo judicial y el control de la constitucionalidad en México
Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete (México). 227

La defensa de la Constitución y el desafío de las magistraturas
Sonia Escalante López (México) 243

El amparo en Uruguay
Eduardo G. Esteva Gallicchio (Uruguay) 255

La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina. El bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿estamos ante un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano?
Gerardo Eto Cruz (Perú) 275

La justiciabilidad del "derecho a la vivienda" en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (A propósito de un caso sobre desplazamiento forzado intraurbano de defensoras de derechos humanos)
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México). 315

El precedente constitucional: extensión y límites
Domingo García Belaunde (Perú). 379

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿nuevo litigio constitucional?
Ana Giacomette Ferrer (Colombia). 405

Retos y desafíos de las jurisdicciones constitucionales locales en México
Alfredo Gómez Vásquez (México). 431

La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano
Rubén Hernández Valle (Costa Rica) 441

Control de convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina)*
Juan Carlos Hitters (Argentina) 457

El derecho sostenible y el litigio sobre el cambio climático: impacto en los DESCA
Henry Jiménez Guanipa (Venezuela/Alemania) 493

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales
Pablo Luis Manili (Argentina) 519

Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Javier Mariezcurrena y Pablo Rovatti (Argentina) 541

Las controversias constitucionales, garantías procesales para el equilibrio y ejercicio del poder público
Fabiola Martínez Ramírez (México) 575

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina
Mariela Morales Antoniazzi (Venezuela/Alemania)
y Pablo Saavedra Alessandri (Chile) 591

El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (Los primeros pasos)
José F. Palomino Manchego (Perú) 637

Expansión de los mecanismos de protección de los derechos sociales mediante el derecho procesal constitucional
Isaac de Paz González (México) 669

La contitucionalidad de la reforma que modifica los periodos de nombramiento de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Valeriano Pérez Maldonado (México) 685

El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Argelia Queralt Jiménez (España) 695

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión y reflexiones histórico-comparativas entre Brasil y México
André Ramos Tavares (Brasil) 719

La acción abstracta de inconstitucionalidad y su interacción con la inconstitucionalidad por omisión legislativa
Laura Rangel Hernández (México) 741

El proceso debido y las pruebas de carácter secreto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿un dilema irresoluble?
Miguel Revenga Sánchez (España) 765

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Proceso constituyente fragmentado. Un nuevo pacto o contrato social para la paz
Ernesto Rey Cantor (Colombia) 783

Magistratura constitucional y tutela efectiva de los derechos políticos en México. La labor interpretativa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Marcos del Rosario Rodríguez (México) 811

¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 831

El constitucionalismo social y sus garantías. Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador
Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) 849

Control difuso de constitucionalidad-convencionalidad. Evolución jurisprudencial a cien años de la Constitución mexicana de 1917
Luis Gerardo Samaniego Santamaría (México) 865

Reseña de algunas opiniones académicas sobre el amparo-casación en México
José María Serna de la Garza (México) 885

Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos
Fernando Silva García (México) 901

Perspectivas sobre las transformaciones de la justicia constitucional en el Estado federal mexicano
Enrique Uribe Arzate, Alejandra Flores Martínez
e Isaac de Paz González (México) 923

La justicia constitucional electoral en México. Evolución y perspectivas
Jaime Arturo Verdín Pérez (México). 941

El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México) 957

Presentación

Los movimientos constitucionalistas de corte liberal del siglo XIX formalizaron el modelo de Estado constitucional, en el que se identifican principalmente tres rasgos: ubica al individuo en el centro de la acción pública; racionaliza el poder y se impone al Estado el límite impenetrable de la dignidad humana a través de la garantía de los derechos.

En las últimas tres décadas podemos identificar los avances notables del constitucionalismo latinoamericano en dos vías: el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos, y la consolidación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma. Dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las constituciones, se destaca el papel de la Constitución Mexicana de 1917 al ser la primera en introducir a ese nivel los derechos sociales y de la que se está conmemorando el centenario de su promulgación. A partir de la década de los noventa, algunas cartas fundamentales de América Latina incorporaron las llamadas *cláusulas de apertura constitucional*, donde dotan de preminencia nacional al derecho internacional de los derechos humanos, al otorgarles su misma jerarquía. Esto trajo como consecuencia una compleja transformación en la forma de interpretar y aplicar el derecho, al ampliar las posibilidades del parámetro de control de regularidad constitucional y de validez de las normas inferiores.

Aunado a ello, no podemos dejar de advertir que los sistemas constitucionales de la región se encuentran ante un entorno adverso que permanentemente los pone a prueba y, en ese sentido, advertimos la necesidad de aproximarnos desde un enfoque de derecho público a los problemas jurídicos que se afrontan, lo que invariablemente nos lleva a buscar respuestas en el derecho constitucional por una doble vía: *la normativa y de la interpretación*, ya que son esos espacios donde radican las posibilidades de armonizar los órdenes jurídicos con la dinámica de la acción social. El ámbito de la interpretación debe ser entendida desde sus dimensiones *dogmática (académica)* y *jurisprudencial*. Los jueces han asumido un papel protagónico al consolidarse dentro del Estado constitucional como el órgano de cierre de los sistemas nacionales, por lo que existe un ambiente propicio e inmejorable para hacer sinergia con en análisis dogmático producido desde la academia.

Este entorno trae consigo la exigencia de analizar y comprender cómo funciona hoy en realidad el Derecho; de estudiar la manera en que se toman las decisiones jurídicas, las que surgen de los jueces y también las que emanan de los poderes Ejecutivo y Legislativo. El debate académico científico acerca de la Constitución y su eficacia, debe asumir una trascendencia teórica y práctica convergiendo en temas como la teoría democrática del discurso jurídico, replantear la matriz para el razonamiento legal y el fortalecimiento institucional; considerar la aplicación concurrente y complementaria del derecho convencional, ejerciendo para ello los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en los ámbitos de sus competencias, sin dejar de atender los criterios jurisprudenciales que emitan las Altas Cortes, que en ocasiones pueden generar escenarios de tensión; cumplir con las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar los tratados internacionales o en el cumplimiento de las sentencias o recomendaciones emitidas por los órganos de protección política o jurisdiccional supranacionales de derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos o el Consejo de Derechos Humanos, los Comités o Relatores de la ONU, por mencionar algunos.

El presente libro es muestra de este esfuerzo, que ofrece al lector algunas de las reflexiones y aportes generados en el XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, que se celebró en el Teatro de la República, en la Ciudad de Querétaro, México, en septiembre de 2017.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Rogelio Flores Pantoja

La naturaleza del amparo latinoamericano. Coherencia con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Especial referencia al sistema dominicano

*Hermógenes Acosta de los Santos**

Sumario: 1. Introducción. 2. La naturaleza del amparo del amparo latinoamericano. 3. Naturaleza del proceso de amparo dominicano. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

La acción amparo,[1] al igual que cualquiera de las acciones previstas en el derecho común, debe cumplir con determinados requisitos de admisibilidad. De suerte que si dichos requisitos no se cumplen el juez o tribunal superior puede pronunciar su inadmisibilidad a pedimento de parte o de oficio. Es de principio que el medio de inadmisión debe ser examinado con prioridad al fondo del litigio, el cual no se valora si dicho medio es acogido.

De manera que la decisión respecto del medio de inadmisión se toma con independencia de los fundamentos de la acción de que se trate. En este

* Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD); maestría en Derecho Empresarial y Legislación Económica (PUCMM); Derecho Privado Francés Europeo e Internacional (Universidad Panthéon Assas París II, Francia; Derecho Constitucional y Justicia Constitucional Hispanoamericana (Universidad Estatal de Costa Rica y Universidad Castilla-La Mancha, España) y en Derecho Administrativo del Estado (Universidad de Salamanca); profesor en la Universidad Iberoamericana, Escuela Nacional de la Judicatura, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales y Universidad Autónoma de Santo Domingo; juez de carrera desde 1998 y actualmente es juez miembro del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional.

1 El amparo es un proceso constitucional que en nuestra región y el mundo se denomina con distintas palabras: acción, recurso o juicio. Nosotros preferimos la palabra "acción", porque esta es la que siempre ha utilizado el legislador dominicano. Véase Hermógenes Acosta de los Santos, El proceso de Amparo en el nuevo modelo de justicia Constitucional dominicana. En el amparo en Latinoamérica, p.142. Coordinadores Eduardo Ferrer Mc-Gregor y Carlos Manuel Villabella Armengol, Fundación Universitaria de Derecho Administrativo y Política, S.C. Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla, 2012.

sentido, queda abierta la posibilidad de que se declare inadmisible una acción de amparo cuya finalidad es restablecer un derecho fundamental vulnerado de manera arbitraria o que se declare inadmisible un recurso interpuesto contra una sentencia dictada en materia de amparo, a pesar de que adolece de graves vicios de fondo.

La realidad anterior ha llevado a una parte minoritaria de la doctrina a considerar qué en los procesos constitucionales, como el que nos ocupa, es inconstitucional consagrar causales de inadmisión. La preocupación es válida, pero no compartimos la tesis de la inconstitucionalidad.

Quienes desdeñan la consagración de causales de inadmisibilidad en la materia que nos ocupa, se fundamentan en que el juez constitucional no debe distraerse en cuestiones formales y procesales y que su obligación es determinar si hubo o no violación a un derecho fundamental, protegiéndolo cuando proceda, con independencia de que existan falencias procesales que conduzcan a la inadmisibilidad.

Consideramos que se trata de una visión que no toma en cuenta la complejidad del sistema de justicia, sobre todo cuando se trata de la justicia constitucional. La complejidad de la actividad jurisdiccional es tal, que mediante la misma sentencia que se restablece un derecho fundamental el juez o tribunal puede desconocer el derecho fundamental de otra persona e inclusive los derechos de una colectividad.

Solo abordando la administración de justicia de una manera holística o integral podemos garantizar una adecuada protección de los derechos fundamentales y, sobre todo, la preservación del orden constitucional, presupuesto indispensable para que funcione el Estado Social y Democrático de derecho que se estructura en la Constitución que rige en nuestro país desde el 26 de enero de 2010.

Las reglas y los principios que rigen el proceso, si bien no son un fin en sí mismo, sino medios, juegan un papel importantísimo, razón por la cual no conviene que lo desdeñemos, y que, por el contrario, hagamos un esfuerzos serios y concretos para que se logren los fines de la justicia. Para ello debe tenerse en cuenta que el conjunto de las reglas procesales está integrado, al mismo tiempo, por requisitos de pura forma y requisitos sustanciales, en los cuales subyacen principios y valores esenciales y fundamentales para el buen funcionamiento del sistema de justicia.

Los requisitos de admisibilidad en materia de amparo y, en general, en cualquier otra materia, no son simples exigencias de formas, sino reglas sustanciales y de orden público, porque en ellas subyacen valores y principios esenciales del sistema de justicia. En el ordenamiento dominicano las causales de inadmisibilidad están consagradas en el artículo 70 de la ley

137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, publicada el 15 de junio de 2011.

Según este texto, el juez de amparo puede declarar inadmisible la acción de amparo, luego de instruirla,

> 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado. 2) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental. 3) Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente.

El presente trabajo nos enfocamos en la primera de las causales de inadmisibilidad indicadas en el párrafo anterior, es decir, la relativa a la existencia de otra vía efectiva, ya que esta causar define la naturaleza del amparo, tema que constituye el objeto de esta investigación, en la cual planteamos que el diseño de un amparo subsidiario es coherente con la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto del ordenamiento.

En este sentido, analizaremos tanto el ordenamiento jurídico costarricense como el peruano, y, de manera más detallada el sistema dominicano. En el primero, el amparo es principal; mientras que en el segundo y tercero es residual o subsidiario.

2. La naturaleza del amparo del amparo latinoamericano

Del estudio de algunos ordenamientos de la región advertimos que existen, básicamente, dos modalidades de amparo: el amparo principal y el amparo residual o subsidiario. En el primer caso, el amparo es admisible, aunque existan otras vías igualmente efectiva o más efectiva. En el segundo caso la admisibilidad se condiciona a que no exista otra vía efectiva o simplemente a que no exista otra vía. En los párrafos que siguen analizaremos, el amparo costarricense, que es principal y el amparo peruano que es residual o subsidiario.

2.1. La acción de amparo costarricense

En Costa Rica la acción de amparo está regulada en los artículos 29 y siguiente de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC). De los textos que se refieren a la acción de amparo en este ordenamiento, nos interesa anali-

zar el artículo 30, en el cual se consagran las causales de inadmisibilidad, en razón de que a partir de dicho contenido se puede determinar la naturaleza de este derecho subjetivo y proceso constitucional.[2]

En el referido texto se establece que la acción de amparo no procede para impugnar una ley u otra disposición normativa, una resolución o actuación jurisdiccional, un acto de la autoridad administrativa, cuando ejecuta una resolución judicial, un acto o una omisión que ha sido legítimamente consentido por la persona agraviada y, por último, tampoco procede contra un acto o resolución dictado por el Tribunal Supremo de Elecciones, en materia electoral.[3]

Entendemos que entre las causales de inadmisión debe considerarse, además, el vencimiento del plazo previsto para accionar, el cual se consagra en el artículo 35 de la LJC, texto que, como veremos, es muy garantista. Según esta disposición, cuando se trate de derechos patrimoniales o derechos renunciables, el plazo es de dos meses, contado a partir de la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento del acto o la omisión. Distinta es la situación cuando se trate de los demás derechos fundamentales, eventualidad en la cual el plazo se mantiene abierto mientras dure el agravio y hasta dos meses después de desaparecer este.

Como se advierte, en este ordenamiento, la admisibilidad de la acción de amparo no se condiciona a la inexistencia de otra vía más efectiva, ni a la existencia de otra vía que tenga la misma efectividad que el amparo, razón por la cual puede dicha acción puede considerarse como una vía principal y no subsidiaria. El amparo costarricense se considera principal porque, además, a él se puede acceder de manera directa, es decir, que no es necesario agotar previamente los recursos administrativos.[4]

Sin embargo, no puede perderse de vista que en este ordenamiento existe una modalidad de amparo denominada: amparo contra particulares, cuya admisibilidad está condicionada a que no existan en el ordenamiento otros remedios jurisdiccionales ágiles y expeditos para tutelar adecuadamente la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales. (art. 57, LJC).

Para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (la Sala) la admisibilidad de esta modalidad de amparo está condicionada a que los

---

2 Castillo Víquez, Fernando, "Los fundamentos de las causales de inadmisibilidad del amparo en el sistema costarricense", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional,* año 1, núm. 1, Santo Domingo, República Dominicana, 2016, p. 82.

3 Castillo Víquez, Fernando, *op. cit.*, p. 83.

4 Sagüés, Néstor Pedro, "La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica", en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 74, oct-dic, CEC, España, 1991, p. 482.

resultados que obtenga el agraviado por las vías existente en el derecho común resulten claramente insuficiente, es decir, cuando la parte no tenga posibilidad de satisfacer sus pretensiones ni en la eventualidad de que obtenga un fallo favorable.[5] La interpretación que hace la Sala del referido artículo 57 es considerada equivocada, en el entendido de que el indicado requisito nunca se concretizaría en la práctica, con lo cual el amparo contra particulares se convertiría en inoperante.[6]

Lo correcto es que el señalado requisito se interprete en el sentido de que los procedimientos ordinarios se consideren claramente insuficiente para la protección del derecho fundamental amenazado o violado, cuando el juez ordinario no tenga la posibilidad de "(…) dictar medidas precautorias que suspendan la ejecución de los efectos perjudiciales al derecho tutelado, o que sean tan tardío que la violación se vuelve irreversible".[7] Nos parece muy atinada esta tesis, particularmente, en lo que respecta a la importancia de las medidas cautelares, toda vez que la correcta implementación de estas evita que se originen daños irremediables y que el amparo se reduzca a una vía reparadora.

Por otra parte, la acción de amparo no procede contra las declaratorias de elecciones y los actos y disposiciones del Tribunal Superior Electoral en materia electoral, en aplicación de lo previsto en el artículo 30 de la LJC.[8] Existe, sin embargo, un amparo especial y de creación jurisprudencial, mediante el cual se pueden cuestionar otros actos en materia electoral, en particular los que dictan los partidos políticos.[9] Para este autor, el amparo costarricense en residual y no principal, en esta materia.[10]

De lo expuesto anteriormente, resulta que en Costa Rica el amparo es principal, salvo en la modalidad del amparo contra particulares y en materia electoral, en las cuales el amparo es residual o subsidiario.

2.2. El amparo peruano

En la legislación peruana ocurrió, en la materia que nos ocupa, un fenómeno parecido al nuestro, en la medida que el amparo evolucionó de paralelo o principal a residual o subsidiario. Ciertamente en el artículo 6.3 de la Ley

5 Hernández Valle, Rubén, "El amparo en Costa Rica", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *El amparo en el mundo,* México, Porrúa, 2006, p. 279.

6 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.,* pp. 79-80.

7 *Ibidem,* p. 80.

8 Castillo Víquez, Fernando, *op. cit.,* p. 92.

9 *Idem.*

10 *Idem.*

23506, se establecía que el amparo era improcedencia "Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Este modelo estuvo vigente hasta el año 2004, cuando se promulgó el Código Procesal Constitucional.[11]

El referido modelo fue calificado como inapropiado por una parte de la doctrina peruana, en la medida que:

> […] implicó desconocer la esencia de del proceso de amparo como mecanismo extraordinario y subsidiario de tutela de derechos fundamentales. Tal situación dio lugar a que los litigantes acudieran masivamente al proceso de amparo para lograr la protección de sus derechos, a pesar de que existía otras vías procesales por medio de las cuales podían alcanzar una tutela similar.[12]

La situación procesal negativa que generó el modelo previsto en la referida Ley 23506, fue superada con la entrada en vigencia el Código Procesal Constitucional. En este código se consagra un amparo residual o subsidiaria, ya que, según el artículo 5.2, la procedencia del amparo se condiciona a que no existan vías procedimentales específicas en el ordenamiento jurídica que permitan la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.[13]

El nuevo régimen procesal es considerado positivo y necesario por una parte importante de la doctrina. Así, se afirma que

> […] que el amparo residual ha surgido como una exigencia de la realidad concreta, para corregir situaciones anómalas que desnaturalizaron y desprestigiaron a este proceso y a los tribunales. Para lograr que el amparo constituya efectivamente un proceso de tutela de urgencia de derechos fundamentales, dotado de celeridad y carácter sumario es necesario abandonar el amparo alternativo y consagrar su naturaleza residual y excepcional.[14]

Como se observa, tanto Eto Cruz Como Eguiguren Praeli, y otros autores, coinciden en la necesidad de que el proceso de amparo sea organizado de manera residual o subsidiario, para que se preserve su naturaleza. Esto no significa que en el Perú exista unanimidad sobre la cuestión, por el contrario, en ese país como en el nuestro existe tesis importantes, que abogan por el diseño de un proceso de amparo principal.

---

11 Eto Cruz, Gerardo, "Las causales de improcedencia del proceso constitucional de amparo en el Perú", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional,* año 1, núm. 1, Santo Domingo, República Dominicana, 2016, p. 161.

12 Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, pp. 161-162.

13 *Ibidem,* p. 162.

14 Eguingure Praeli, Francisco José, "El Amparo como proceso «residual» en el Código Procesal Peruano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* núm. 8, jul-dic, México, 2007, p. 164.

Hay planteamiento, en el sentido de que condicionar la admisibilidad o procedencia del amparo a que no existan otras vías efectivas es inconstitucional. Nosotros hemos defendidos y seguimos defendiendo la constitucionalidad, necesidad y conveniencia del diseño subsidiario y residual del amparo, porque consideramos, entre otras razones, que el diseño de un amparo principal o paralelo puede distorsionar el sistema de administración de justicia. Esta idea la retomaremos en la segunda parte de este trabajo.

Para concluir con esta primera parte del presente trabajo, quisiera destacar que existen otros ordenamientos en la región en los cuales el proceso de amparo es residual o subsidiario, como, por ejemplo, el argentino y el colombiano, los cuales sirvieron de inspiración al modelo peruano.[15] Este modelo fue seguido, también, por el legislador dominicano, a partir de la promulgación de la Ley 137-11, tal y como lo veremos en los párrafos que siguen.

3. Naturaleza del proceso de amparo dominicano[16]

Para explicar la naturaleza del proceso de amparo previsto por el legislador dominicano, aplicaremos el método comparativo, en la medida que nos auxiliaremos de la doctrina y la jurisprudencia de otros países y, en particular, de Argentina, país cuya legislación es similar a la nuestra en materia que nos ocupa, sobre todo, la que estuvo vigente hasta el año 1994. El estudio del derecho comparado es de vital importancia para comprender el ordenamiento interno, es por esta razón que un importantísimo constitucionalista contemporáneo opina que: "[…] en la doctrina de la interpretación del Estado Constitucional actual el método comparativo debe ocupar; cuando menos y en todo caso de manera tendencial un quinto lugar; sino el preeminente".[17]

En todo caso, la aproximación al derecho comparado lo haremos tomando en cuenta que: *"La legislación y la doctrina comparada suelen llevar a equívocos, si no se la toma con cuidado, especialmente en materia de amparo"*.[18]

---

15 Eguingure Praeli, Francisco José, *op. cit.,* p. 164.

16 Cumplimos con informar al lector que esta parte del trabajo esuna segunda versión de la primera parte del ensayo titulado: "El amparo: los fundamentos de las causales de inadmisibilidad", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional,* año I, núm. 1, Santo Domingo, República Dominicana, 2016, pp. 21-48.

17 Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 281.

18 Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo,* La Plata, La Ley, 1987, p. 222.

Luego de indicar el método que aplicaremos, pasamos a abordar las cuestiones que consideramos más relevante sobre el tema que nos ocupa.

Una primera cuestión es la relativa a que debemos entender por "otra vía. La segunda concierne a la noción de vía efectiva y una tercera a la constitucionalidad del precepto legal que condiciona la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía efectiva en el ordenamiento.

Respecto de la primera cuestión, de la lectura de algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional dominicano, se advierte que en algunos casos se identifica la otra vía con el tribunal competente para resolver el conflicto y en otra ocasión se identifica con la acción o la demanda prevista en el derecho común y que se considera eficaz para resolver el conflicto.[19]

Sin entrar en mayores detalles, por no considerarlo necesario, nos permitimos fijar nuestra posición en torno a la cuestión planteada. En el texto de referencia la expresión que se utiliza es *"cuando existan otras vías judiciales"*. De lo anterior resulta que el legislador considera que el amparo es una vía, razón por la cual, la indicada expresión, no puede significar otra cosa que no sea una acción, una demanda o un recurso, pero no un tribunal.

Partiendo de la lógica anterior, cuando el juez o tribunal entiende que existe otra vía debe indicar la acción, la demanda o el recurso que considera sustituto de la acción de amparo, para que la persona que reclama la protección de un derecho fundamental cuente con la información y la orientación pertinente. Obviamente, que también es útil identificar el tribunal competente para conocer de la vía sustituta del amparo.

Esta es la forma en que el Tribunal Constitucional dominicano ha entendido la indicada expresión (TC/0161/14), en la medida que ha establecido que:

> a. Previo al conocimiento del fondo del presente caso, es preciso esclarecer que cuando este tribunal se refiere a otra vía efectiva para reclamar los derechos conculcados es con relación al proceso en sí; vale decir la vía para reclamar si se trata de una acción, de un recurso o de una demanda, sea esta por la naturaleza civil, de tierras, penal o administrativa, etcétera.

En la introducción de este trabajo sostuvimos que el hecho de condicionar la admisibilidad del proceso de amparo a que no exista otra vía efectiva

[19] En la sentencia TC/0291/15, dictada el 23 de septiembre, página 12, se afirma que la vìa efectiva es el Juez de la Instrucción, cuando lo correcto era indicar que la vìa era la acción que procedìa ante dicho tribunal (en esta sentencia consta un voto disidente de nuestra autoría). En cambio, en la sentencia TC/0147/16, dictada el 29 de abril, p. 19, se establece, de manera correcta que la otra vía es la demanda procedente ante el Tribunal de Primera Instancia, en atribuciones civiles y comerciales.

implicaba caracterizarlo como residual o subsidiario. Ciertamente, concebir el amparo como subsidiario supone que el mismo solo es viable cuando no existe otro mecanismo en el derecho común que permita al accionante hacer valer sus pretensiones. Por el contrario, el amparo constituiría una acción principal, si fuere admisible, aun existiendo otras vías en el ordenamiento.

La cuestión planteada mantiene dividida a la doctrina, sobre todo cuando la ley o el texto constitucional subordina la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía más efectiva, ya que cuando la admisibilidad se condiciona a que exista otra vía eficaz, la cuestión es menos contestada. En esta última hipótesis, el carácter subsidiario se acepta casi de manera pacífica.

En sintonía con lo anterior, nos parece que el debate puede tener mayor relevancia en el marco de los sistemas constitucionales singulares, es decir, en aquellos donde la inadmisibilidad de la acción de amparo se condicione a que exista otra vía judicial más idónea. Ejemplo de un sistema singular lo constituye el que se estructuró en Argentina después de la reforma constitucional de 1994.[20]

Hecha la observación anterior, procederemos a analizar algunas opiniones doctrinales respecto de la cuestión planteada. En este orden, se considera que "(…) un examen global de la legislación procesal argentina corrobora la conclusión de que no se hayan regulados procedimientos que ostenten la referida condición, es decir, que exhiban, a causa de su simpli-

[20] Según el artículo 43 de la Constitución argentina de 1994: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización.
Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o, en caso de agravamiento ilegitimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

cidad y correlativa celeridad, mayor idoneidad que el proceso de amparo, regulado conforme al esquema básico que anteriormente fue descrito".[21]

La afirmación anterior supone, desde la óptica del citado autor, que ante el alegato de la comisión de un acto manifiestamente arbitrario e ilegal que vulnera un derecho fundamental, el único mecanismo que puede dar respuesta es el amparo. En otras palabras, no existiendo vías judiciales en el ordenamiento jurídico argentino capaz de sustituir el amparo, se impone concluir que esta garantía no es una vía subsidiaria, sino principal.

La tesis anterior la sigue también Morello,[22] quien al analizar la sentencia relativa al caso "Ballestero, José", dictada por la Corte Suprema de la Nación, el 4 de octubre de 1994 critica severamente el hecho de que se haya establecido en la misma que *"el amparo constituye un remedio de excepcionalidad, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverla pueda afectar derechos constitucionales"*.

Según este autor, no es necesario, en aplicación del artículo 43 de la Constitución de 1994, que el juez de amparo indague si existe otra vía que pueda resolver el conflicto del cual fue apoderado.[23] En esta misma línea de pensamiento, sostiene que en el ordenamiento no existe otra vía que pueda desplazar el amparo y que se presume que si el actor optó por valerse del derecho, acción o procedimiento de amparo es porque no disponía de un remedio mejor.[24]

Otros autores mantienen una línea doctrinal contraria a la postura defendida por Palacios y Morello, en la medida que consideran que el amparo es subsidiario no principal. En este orden, Bidart Campos sostiene que:

> Si acaso el amparo fuera una vía procesal sustitutiva, de las demás habría que decir que cada persona estaría en condiciones de elegir la vía de su preferencia, lo que sin dudas arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo.[25]

---

21 Palacio, Lino Enrique, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional, Doctrinas esenciales,* t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 347.

22 Morello, Augusto, "Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial", Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional*, *Doctrinas Esenciales,* t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 422.

23 *Idem*.

24 *Idem*.

25 Torricelli, Maximiliano, "El amparo constitucional", en Linares Quintana, Segundo V.; Fayt, Carlos S. y Badeni, Gregorio, *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, 1936-2008, t. IV, Buenos Aires, 2008, p. 343.

Torricelli, también comparte la tesis anterior y, en este orden, afirma que:

> […] considero, siguiendo la línea de Bidart Campos, que la interpretación correcta del artículo 43 de la Constitución conduce a considerar que la acción de amparo puede ser sustituida por otra vía, solo que esta otra vía debe ser más idónea. Luego estamos en presencia, sin dudas, de una garantía que sigue siendo subsidiaria.

Nos parece importante destacar, que no solo hay quienes defienden el carácter subsidiario del amparo, sino que existe una tesis en la que se afirma que según el artículo 43 de la Constitución argentina, la admisibilidad del amparo está condicionada a que no exista otra vía eficaz, tal y como ocurría antes de la reforma constitucional, para ello se fundamenta en el contenido de los debates desarrollados en la constituyente, en la que el *"despacho mayoritario"* defendió, fundamentándose en los tradicionales criterios jurisprudenciales sobre el tema, el carácter subsidiario, residual y heroico del amparo.[26]

De manera que Sagüés considera que, aunque en el texto constitucional se exige que la otra vía judicial sea más idónea, el amparo debe declararse inadmisible cuando exista otra vía judicial eficaz, tesis que se fundamenta en las referidas actas de la asamblea constituyente. La posición de este autor sobre la cuestión es inequívoca, ya que de manera enfática afirma: "En conclusión, una exégesis leal de la Constitución conduce inexorablemente a mantener el papel supletorio o subsidiario de la acción de amparo".[27]

Luego de analizar las distintas posiciones doctrinales sobre la materia, nos referiremos a la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sobre la cuestión. El criterio de esta Corte Suprema no es estable, ya que en algunos fallos ha mantenido la tesis tradicional, aplicando el artículo 2, inciso a, de la Ley 16.986, de 1966, al condicionar la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía judicial efectiva, a pesar de que el texto constitucional (art. 43 Constitución de 1994) la condiciona a que no exista otra vía judicial más efectiva.[28] La referida tesis tradicional es la que ha prevalecido, sin perjuicio de que en algunos casos se haya abandonado.[29]

---

[26] Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 458.

[27] Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional, …cit.,* p. 459.

[28] *Ibidem,* p. 460.

[29] *Ibidem,* p. 461.

La tesis anterior fue asumida por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En efecto, en la indicada sentencia se estableció lo siguiente:

> Si por "medio judicial más idóneo" se entendiese todo aquel que asegure al amparista una más pronta solución del litigio, es obvio que toda pretensión con sustento constitucional –y todas lo tienen- resultaría admisible por la vía del amparo, con la consecuente ordinarización de un procedimiento postulado como de excepción. "Vía judicial más idónea", en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

El criterio jurisprudencial anterior, coincide con la opinión de destacados doctrinarios, tal y como se señala en la misma sentencia (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En este sentido, se indica que:

> Esta ha sido, en cierta manera, la posición asumida por destacada doctrina, cuando afirma "[…] La acción de amparo continúa siendo un remedio judicial subsidiario pese al hecho de que una interpretación crudamente literal del artículo 43 de la Constitución Nacional, puede inducir a una conclusión diversa y conducir a aquella a la categoría de un instituto excluyente de todo el ordenamiento procesal ordinario…".[30]

La referida sentencia reivindica, además, precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En efecto, en ella se afirma que:

> Como ha dicho también la C.S.J.N (fallos:306:1254; 307:747; 310:576, entre muchos), el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de amparo es de naturaleza subsidiaria, en la medida que destaca el hecho de que se trata de una institución que no está prevista para

[30] Conclusiones de Palacio, Lino E. y Quevedo Mendoza, Efraín, "Conclusiones del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo", corrientes, agosto, 6, 7 y 8 de 1997.

sustituir los procedimientos ordinarios y que los jueces deben, en cada caso, elegir el procedimiento que fuere más expedito. (Sentencia del 2 de marzo de 2016, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina). En esta sentencia se establece, en efecto, lo siguiente:

> 7°) Que cabe recordar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (fallos: 327:2127 Y 2413; 332:1394, entre otros).
>
> 9°) Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/09 —en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada— era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar ese aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (fallos: 325:1744).

Entendemos que la tesis doctrinal defendida por Sagues, conjuntamente con lo establecido en las sentencias analizadas constituye una evidencia de que el artículo 43 de la Constitución de Argentina es inviable, ya que su aplicación conduce a que todas las acciones de amparo que conciernan a violaciones de derechos fundamentales sean declaradas admisibles, por el hecho de que este es el procedimiento más eficaz que generalmente se estructura en los sistemas de justicia. Lo anterior tendría como consecuencia que la totalidad de las vías judiciales contempladas en el derecho común quedaría sin contenido y el sistema de justicia convertido en un aparato ineficaz y disfuncional.

De lo que se trata, nada más y nada menos, es de que en Argentina un sector importante de la doctrina y la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideran que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no exista otra vía eficaz, a pesar de que el referido texto constitucional la condiciona a que la otra vía sea más eficaz. Este panorama contrasta significativamente con el escenario nacional donde, como veremos en los párrafos que siguen, una parte de la doctrina sostiene que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que exista otra vía judicial más eficaz, a pesar de que no existe un sustento constitucional y el texto legal que lo regula solo exige que la otra vía judicial sea eficaz.

Ciertamente, en el sistema de justicia dominicano, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad en el sistema argentino, el constituyente no previó nada respecto de las causales de inadmisibilidad y, por otra parte, mientras en aquel sistema se requiere que la otra vía sea más idónea que el amparo, en el nuestro solo se exige que la otra vía sea eficaz. En efecto, según el artículo 70, inciso 1, de la Ley 137-11, "El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisible la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los casos siguientes: 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado".

Sin embargo, el texto transcrito en el párrafo anterior no ha sido valorado de manera positiva por una parte de la doctrina dominicana. En este orden, se considera que el mismo no se corresponde con las previsiones consagradas en el artículo 72 de la Constitución, en el entendido de que el constituyente concibió el amparo como una garantía principal, porque no supeditó su admisibilidad a que no existieren otras vías judiciales, sino que lo erigió como una acción incondicionada.[31]

En el artículo 72 de la Constitución no se supedita la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía eficaz, tal y como lo indica el referido autor. De manera que estamos en presencia de una cuestión objetiva, comprobable con una simple lectura de dicho texto. Esto nos plantea, sin embargo, una cuestión discutible, que es la concerniente a la facultad del legislador de regular los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo.

En torno a esta cuestión, el derecho comparado nos presenta sistemas en los cuales las causales de inadmisibilidad están reguladas por leyes adjetivas y otros por la propia Constitución. En efecto, en torno al tema se afirma que:

> La causa de inadmisibilidad relativa a la existencia de otra vía judicial que permita obtener la protección efectiva del derecho fundamental lesionado no se encuentra establecido directamente en el texto constitucional dominicano, contrario a Colombina (debería decir, Colombia) o Argentina, sino que como en Perú, es una opción de política legislativa, establecida en el artículo 70.1 de la LOTCPC [...].[32]

---

31 Jorge Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley 137-11, publicada el 15 de junio, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales,* Santo Domingo, Ius Novum, 2013, pp. 188-189.

32 Tena de Sosa, Félix y Polanco Santos, Yudelka, *El amparo como proceso subsidiario: critica al voto disidente de la TC/0007/12. Crónica jurisprudencial dominicana,* Santo Domingo, República Dominicana, Finjus, 2012, p. 41.

Este debate se ha suscitado en otros países, como, por ejemplo, en Argentina, país en el cual, como ya indicamos anteriormente, el amparo está regulado por la Ley 16.986, en cuyo artículo 2 se consagran las causales de inadmisibilidad. La referida ley es considerada "[…] un instrumento idóneo, salvo los aspectos que chocan con la ley suprema, como, por ejemplo, la prohibición de que el juez de amparo resuelva inconstitucionalidades, como se establece en el artículo 2.d de la ley.[33]

También en Perú se planteó la inconstitucionalidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, texto que es equivalente al artículo 70.1 de la ley dominicana 137-11, en la medida que ambos textos condicionan la procedencia del amparo a que no existan otras vías efectivas en el ordenamiento.[34]

En este sentido, se afirma que el texto es constitucional y conforme con el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el entendido de que lo determinante es que el proceso previsto en el ordenamiento sea efectivo, independientemente de que se denomine amparo o no. Mientras que la tesis contraria sostiene que para que el texto examinado sea conforme con la Constitución debe establecerse que acudir a otra vía efectiva sea facultativo y no preceptivo.[35]

Generalmente se acepta que las Constituciones solo deben consagrar las instituciones y que las regulaciones sobre las mismas corresponden al legislador. Las leyes que regulan instituciones constitucionales o derechos o garantías como la que nos ocupan, se conocen como leyes de desarrollo. Es importante destacar que el constituyente dominicano de 2010 hizo suya esta corriente. Así, por ejemplo, en el artículo 74, inciso 2, se establece que: "Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad".

La necesidad y viabilidad de la ley de desarrollo está prevista de manera específica en la materia que nos ocupa. Ciertamente, en el artículo 72 de la Constitución, texto en el cual se instituye el amparo, se establece que "De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades".

De manera que la facultad que tiene el legislador para regular el procedimiento que debe seguirse en materia de amparo tiene un fundamento constitucional expreso. Despejada la cuestión anterior, conviene hacer re-

[33] Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional, …cit.*, pp. 482-483.

[34] Eguingure Praeli, Francisco José, *op. cit.*, p. 160.

[35] *Ibidem,* pp. 160-164.

ferencia a los elementos que debe contener una ley de desarrollo, en una materia como la que nos ocupa. En torno a este aspecto, consideramos que los elementos que deben preverse son, entre otros: *a)* determinación de la competencia; *b)* el objeto; *c)* requisitos relativos a la legitimación, y *d)* requisitos relativos a la admisibilidad. Tales elementos pueden ser regulados por el legislador, salvo que el texto constitucional lo haya previsto.

De los elementos indicados en el párrafo anterior, el texto constitucional solo contempla el relativo a la legitimación y al objeto de la acción de amparo. En efecto, en el mencionado artículo 72 se establece que: "Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por si o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus [...]". De lo anterior resulta que la legitimación para accionar en amparo corresponde a toda persona que tenga la necesidad de que le protejan sus derechos fundamentales.

En la parte del texto anteriormente transcrita, también se define el objeto de la acción: "la protección de los derechos fundamentales". En torno al objeto del amparo, conviene destacar que el mismo también tiene como finalidad, según se indica en el mismo texto constitucional, hacer "[...] efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses difusos y colectivos".

Queda establecido, entonces, que el constituyente no previó los requisitos de admisibilidad de la acción, ni la jurisdicción competente. En este sentido, el legislador estaba habilitado para incluir en la ley, como efectivamente lo hizo, los indicados elementos. Ahora bien, no podemos perder de vista que según se consagra en el mencionado artículo 74, inciso 2, las leyes de desarrollo deben respetar el contenido esencial del derecho fundamental o de la garantía fundamental de que se trate, así como el principio de razonabilidad.

El texto que comentamos aplica en la materia que nos ocupa, ya que la acción de amparo regulada por la Ley 137-11 es, al mismo tiempo, un derecho fundamental y una garantía fundamental.[36]

De ahí que del análisis que venimos realizando solo nos queda por dilucidar si el inciso 1, del artículo 70 de la Ley 137-11 es compatible con el

[36] Castillo Víquez, Fernando, *op. cit.*, p. 82; Gil, Domingo Antonio, *Comentarios al artículo 69 de la Constitución Dominicana. En Constitución Comentada,* República Dominicana, Distrito Nacional, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015, p. 187; Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución,* Distrito Nacional, República Dominicana, Universidad APE, octubre, 2010, pp. 36-37.

principio de razonabilidad y si respeta el contenido esencial de la acción de amparo, al sujetar la admisibilidad de esta a que no exista otra vía judicial efectiva, aspecto que reservamos para abordarlo cuando tratemos lo relativo a los fundamentos de la causal de inadmisibilidad que nos ocupa.

Volviendo sobre lo concerniente a la naturaleza de la acción de amparo, se insiste en que según el artículo 72 de la Constitución, el amparo en nuestro país es una acción incondicionada y que, en este orden, "[…] en modo alguno, puede afirmarse que en el ordenamiento dominicano, el amparo constituye una acción de naturaleza "subsidiaria, residual, excepcional o heroica".[37]

En esta misma línea de pensamiento, el referido autor sostiene:

> Es por este carácter principal de la acción de amparo, que le viene dado por la misma Constitución, y que hace que este proceso constitucional sea usualmente no subsidiario ni excepcional ni residual, sino directamente operativo, que, cuando el artículo 70.1 de la LOTCPC establece que el amparo es inadmisible cuando existan otras vías judiciales efectivas dicho requisito solo puede y solo debe interpretarse conforme a la Constitución, en el sentido, de que ante la lesión de un derecho fundamental, habrá que ver cuáles son los remedios judiciales existentes, no tanto para excluir el amparo cuándo existan vías judiciales alternativas o si ellas no son efectivas, sino cuando ellas provean un remedio judicial mejor que el amparo.[38]

La tesis anterior parece que la comparte Balbuena, quien al analizar el texto objeto de exégesis, incluye en sus comentarios una cita de Brage Camazano, cuyo contenido es el siguiente: "De modo pues que la vía de la acción de amparo es la vía procesal a utilizar no solo cuando el remedio procesal alternativo no sea idóneo, sino también en aquellos casos en que aun siendo idóneo no lo sea más que la acción de amparo".[39]

Contrario al criterio defendido en los párrafos anteriores, se plantea que:

> La inexistencia de otras vías judiciales, como condición para la admisibilidad de la acción de amparo resulta de un mandato expreso del legislador, tal como se deduce del citado texto de la Ley 137-11. Pero la situación va más allá se trata de un mandato del legislador que derogó tanto el régimen de inadmisibilidad como el carácter de la acción de amparo que preveía la antigua ley 137-06

[37] Jorge Prats, Eduardo, *op. cit.,* pp. 188-189.

[38] *Ibidem,* p. 189.

[39] Balbuena, Pedro Virgilio, "Comentario al artículo 72 de la Constitución dominicana", en Villaverde Gómez, Carlos y Tena de Sosa, Félix, *Constitución comentada,* Santo Domingo, Distrito Nacional, 2013, p. 176.

> (debería decir "437-06) sobre la materia. Efectivamente, el artículo 4 de esa ley disponía: "La reclamación de amparo constituye una acción autónoma, que no podrá suspenderse o sobreseerse para aguardar la definición de la suerte de otro proceso judicial, de la naturaleza que fuere; ni tampoco se subordina al cumplimiento de formalidades previas, o al agotamiento de otra vías de recursos e impugnaciones establecidas en la ley para combatir el acto y omisión que pretendidamente ha vulnerado un derecho fundamental".[40]

Ciertamente, existe un mandato expreso del legislador, en el sentido de que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no exista otra vía judicial eficaz. Igualmente, resulta incuestionable que el legislador de 2011 quiso distanciarse, de manera deliberada, del legislador de 2006. Tal distanciamiento es advertido por el autor citado, quien destaca que el mismo no se evidencia solo porque en el artículo 4 de la mencionada ley 437-06 se establecía que la acción de amparo no estaba "[…] subordinada […] al agotamiento de otra vías de recursos e impugnaciones establecidas en la ley para combatir el acto y omisión que pretendidamente ha vulnerado un derecho fundamental"; sino, además, porque entre las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 3 de la referida ley no se contemplaba la que nos ocupa, es decir, la existencia de otra vía eficaz.[41]

Tena y Polanco también son partidarios de que la acción de amparo puede declararse inadmisible cuando exista otra vía judicial efectiva, pero advierten, por una parte, que:

> Los jueces de amparo no pueden ni deben abusar de esta causal, declarando inadmisible cuanta pretensión de tutela (debería decir "acción de amparo") de derechos fundamentales le sean requeridas, (pues se supone que en esta fase del análisis ya se ha verificado los presupuestos de procedencia del amparo), por lo que están obligados a realizar un análisis puntual de los supuestos fácticos que se les presenten, evitando remitir a los procesos ordinarios vulneraciones o amenazas a derechos en lo que exista el riesgo de un perjuicio irreparable en la demora.[42]

Por otra parte, los indicados autores sugieren que:

> […] tratándose de un asunto cuya resolución definitiva requiera de mayor debate judicial o probanza pero en los que exista a la vez peligro en la demora, los jueces de amparo deberían otorgar una protección inmediata de carácter

[40] Rodríguez Gómez, Cristóbal, "Amparo y justicia administrativa", en *Periódico Hoy*, 17 de octubre, 2011.

[41] *Idem*.

[42] Tena de Sosa, Félix y Polanco Santos, Yudelka, *op. cit.*, p. 43.

> transitorio cautelar, como en Colombia, con la consecuente obligación del amparista de incoar en un breve plazo, la acción judicial ordinaria que corresponda para la sustanciación definitiva del asunto. Aunque dicha posibilidad no se encuentre regulada en la legislación del país, el Tribunal Constitucional podría habilitarla pretorianamente para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.[43]

Respecto del cuidado que debe tener el Tribunal Constitucional, del análisis que haremos de algunas de las sentencias dictadas por este órgano, se podrá advertir que se toman en cuenta dos elementos para determinar si existe otra vía efectiva. Dichos elementos son la posibilidad de daños irreparables que pueden derivarse de la demora y la imposibilidad de resolver por la vía sumaria del amparo casos que por su naturaleza y complejidad requieren del agotamiento de procedimientos de pruebas que solo pueden cumplirse, de manera eficiente, siguiendo un procedimiento ordinario.

En lo que concierne a la posibilidad de declarar inadmisible la acción de amparo, cuando exista otra vía judicial eficaz, y ordenar una medida cautelar, consideramos que se trata de una técnica de administración de justicia que implementada correctamente puede ser útil, ya que evita que la demora cause un daño irreparable.

Luego de expuestas algunas de las opiniones doctrinales sobre el aspecto discutido, analizaremos sentencias del Tribunal Constitucional dominicano, en las cuales se interpreta la causal de inadmisibilidad que nos ocupa.

Los elementos que definen la naturaleza del amparo se regulan en la Constitución o en la ley y en algunos casos, en ambas fuentes del derecho. El sistema dominicano se ubica en la última hipótesis. En efecto, de la lectura del artículo 72 de la Constitución se advierte cómo el constituyente define algunas de las características de la acción de amparo, al indicarse en el mismo que se trata de un procedimiento: *"preferente, sumario, oral público, gratuito y no sujeto a formalidades"*. De los elementos indicados resulta necesario que expliquemos el primero, dado que en ocasiones el mismo ha sido interpretado como equivalente a principal, cuando en realidad no tiene esta significación.[44]

---

43 *Ibidem,* pp. 43-44.

44 En un voto disidente formulado por el magistrado Víctor Joaquín Castellano Pizano, en la sentencia TC/0291/15, de fecha 23 de septiembre, se afirma que: "La lectura de la parte in fine de esta disposición (se refiere al artículo 72 de la Constitución) revela que, al singularizar como preferente el procedimiento de amparo, el constituyente procuró otorgarle preponderancia y evitar su relegación en favor de otro mecanismos procesales que ofrezcan una tutela similar al derecho fundamental cuya protección se persigue (…)" (véase página 26 de la indicada sentencia).

El carácter preferente del amparo lo que significa es que el juez debe tramitarlo con prelación a cualquier otro asunto de su competencia y dentro de unos plazos perentorios e improrrogables.[45] En otras palabras, lo que significa esta expresión es que la acción de amparo debe ser tramitada con prioridad a los demás expedientes que tenga bajo su responsabilidad el juez.[46]

En el escenario nacional, lo que esto supone es que el juez de primera instancia antes de conocer los expedientes relativos a demandas civiles, penales o laborales debe conocer los que se refieren a la materia de amparo. En el caso del Tribunal Superior Administrativo, primero debe conocer las acciones de amparo y luego los recursos contencioso administrativos o contencioso tributario. Este es el significado correcto del término *preferente*.

Volviendo sobre la cuestión esencial que nos ocupa, debemos destacar que el conjunto de los elementos contemplados por el constituyente dominicano define una parte de la naturaleza del amparo. Ciertamente, a partir de los mismos podemos considerar que la acción de amparo es un procedimiento excepcional y especial. Sin embargo, el texto constitucional no prevé elementos que permitan establecer si la acción de amparo es principal o subsidiaria, este aspecto quedó delegado al legislador ordinario, quien lo definió en el referido artículo 70.1 de la Ley 137-11.

En este texto, se establece, como anteriormente indicamos, que la acción de amparo puede ser declarada inadmisible cuando exista otra vía judicial efectiva. Aquí hay un mandato expreso del legislador, dirigido al juez de amparo y que consiste en que ante el apoderamiento de una acción de amparo debe investigar si en el ordenamiento jurídico existe otra vía que permita una protección eficaz del accionante, y si existiere tal vía puede declarar inadmisible la acción, en aplicación del indicado texto legal. Esta es la opción legislativa que nos ofrece el sistema de justicia constitucional vigente en la actualidad y no podemos cambiarlo, so pretexto de interpretarlo, pues ello implicaría violar el principio del paralelismo de la forma.[47]

El Tribunal Constitucional dominicano, desde sus primeras sentencias, ha considerado que la acción de amparo es subsidiaria, en aplicación de lo

---

45 Carrera Silva, Liliana, "La acción de tutela en Colombia", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Villabella Armengol, Carlos Manuel, *El amparo en Latinoamérica. Puebla, México,* Querétaro, FUNDAP, 2012.

46 Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2010, 462.

47 El principio del paralelismo de las formas supone que las normas jurídicas sean modificadas o derogadas por el mismo órgano que la dictó y siguiendo el mismo procedimiento agotado para su creación. Por ejemplo, las leyes aprobadas por el Congreso solo pueden modificarse por este mismo órgano y siguiendo el procedimiento previsto en la Constitución (arts. 96 y ss.).

que establece el artículo 70.1 de la Ley 137-11, (TC/0021/12, 2012, p. 10). En efecto, en la indicada sentencia se estableció lo siguiente:

> Sin embargo, en la especie no existía otra vía tan efectiva como la acción de amparo, porque el interés de los accionantes consistía en lograr una decisión que constriñera a la Superintendencia de Electricidad a decidir varios recursos jerárquicos interpuestos contra decisiones dictadas por el titular de la Oficina de Protección al Consumidor (PROTECOM). Por tanto, en el caso de la especie, el juez apoderado de la acción de amparo interpretó de manera errónea el aludido artículo 70.1.
>
> Además, el ejercicio de la mencionada facultad de inadmisión se encuentra condicionada a la identificación de la vía judicial que el tribunal considere idónea, así como de las razones por las cuales la misma reúne los elementos de eficacia requeridos por el legislador. En el caso de la especie, el juez de amparo no indicó cuál era la vía más efectiva prevista, por lo que la sentencia recurrida adolece de motivación en el aspecto examinado.

Según lo establecido en el primero de los párrafos transcritos, el tribunal sostuvo que en la especie no existía otra vía tan efectiva como el amparo para resolver las pretensiones del accionante, por lo que, llegó a la conclusión de que el artículo 70, inciso 1 de la Ley 137-11, fue mal interpretado por el juez de amparo. De lo anterior resulta, que para el Tribunal Constitucional la aplicación correcta del mencionado texto conduce a declarar inadmisible la acción de amparo cuando exista otra vía eficaz.

En el segundo de los párrafos, el Tribunal Constitucional estableció dos obligaciones a cargo del juez de amparo. La primera de las obligaciones consiste en que el juez de amparo debe identificar la otra vía judicial que considera eficaz. Mientras que la segunda consiste en que el juez debe explicar las razones por las cuales la otra vía judicial identificada es eficaz.

Nos parece importante destacar que determinar cuándo existe otra vía efectiva es una cuestión muy subjetiva y que debe resolverse de manera casuística. Lo anterior nos permite concluir en el sentido de que resulta difícil establecer una regla general para determinar la otra vía efectiva: aunque, como veremos más adelante, es posible identificar conflictos sobre derechos fundamentales que por las características que presentan no resulta viable conocerlos siguiendo el procedimiento sumario del amparo.

En la sentencia TC/0030/12, de fecha 3 de agosto, el tribunal reitera el criterio desarrollado en la sentencia anteriormente analizada y aporta nuevos elementos que enriquecen dicho criterio. Ciertamente, en esta última sentencia se establece que una vía judicial en la cual el juez competente

tiene facultad para dictar medidas cautelares es eficaz.[48] Igualmente, estableció que dada la naturaleza del conflicto no era viable resolverlo siguiendo el procedimiento de amparo.

En una sentencia posterior, el tribunal fue enfático respecto de que la otra vía no tenía que ser más efectiva, sino pura y simplemente efectiva (TC/0083/14). Textualmente se estableció que:

> De la lectura del párrafo anterior se advierte que a juicio del tribunal que dictó la sentencia recurrida la acción de amparo es inadmisible cuando exista otra vía más eficaz. Este criterio no se corresponde con lo previsto en el artículo 70.1 de la Ley núm. 137-11, según el cual la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no "(…) existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado". De manera que el legislador no exige, como causal de inadmisibilidad, que la otra vía existente sea más eficaz, sino que la otra vía sea tan eficaz como la acción de amparo.

La línea jurisprudencial que se desarrolla en las sentencias analizadas se mantiene en la actualidad (TC/0017/16). Lo anterior queda confirmado cuando el tribunal afirma que:

> En torno a la aplicación de la otra vía, este tribunal se ha referido en varias sentencias que ha emitido, tales como la TC/0083/12, del 15 de diciembre de 2012; TC/0084/12, del 15 de diciembre de 2012; TC/0098/12, del 21 de diciembre de 2012; TC/0269/13, del 19 de diciembre de 2013; y TC/0144/14, del 9 de julio de2014, en donde cada vez que el tribunal hace uso de la otra vía, siempre requiere que las mismas permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado, tal como lo señala el artículo 70.1. Lo que exige el tribunal cuando analiza las sentencias que les son sometidas a revisión es que el juez que ha conocido la acción, cuando aplica el artículo 70.1, identifique la vía ante la que debe acudir quien alega la violación a un derecho fundamental y que la misma sea efectiva.

Nos parece importante destacar que la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional dominicano, no solo coincide con una

[48] En la página 12 de la sentencia TC/0030/2012, del 3 de agosto, el Tribunal Constitucional dominicano estableció que: "En la especie, el Tribunal de Primera Instancia podía ordenar la suspensión del mandamiento de pago de referencia, hasta que se resolviera el aspecto relativo a la regularidad de la liquidación de los arbitrios, con lo cual quedaba abierta la posibilidad de que el accionante resolviera su pretensión más urgente: evitar que sus bienes fueran embargados. La efectividad de esta vía resulta incuestionable, ya que, según el artículo 7.6 de la mencionada Ley 13-07, la solicitud de la medida cautelar tiene efecto suspensivo. Es decir, que desde el momento que la parte interesada haga el pedimento, el acto de que se trate no puede ejecutarse".

parte de la doctrina nacional, sino también con la de importantes autores extranjeros.

En este sentido, se afirma que: "En consecuencia, cuando los procedimientos previos o las vías paralelas y concurrentes no son hábiles para reparar el agravio, y el tránsito por los mismos puede traer aparejado un mal grave e irreparable, la vía del amparo se abre con prescindencia de todo trámite previo".[49]

Para que se valore correctamente esta opinión, es importante recordar que cuando se emitió la misma no se había modificado el artículo 2, inciso a), de la Ley 16.986, del año 1966 y que según el artículo 2, inciso a, "La acción de amparo no será admisible cuando *a)* Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate". El contenido de este texto coincide, casi exactamente, con el del artículo 70, inciso 1, de la Ley 137.11.

Ciertamente, el referido texto legal se mantuvo vigente hasta la reforma constitucional de 1994, ya que en el artículo 43 de dicha Constitución se estableció que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (…)". El cambio operado consistió en que mientras en la ley se supedita la admisibilidad de la acción a que no exista un recurso judicial que proteja el derecho fundamental, en el texto constitucional se exige que la otra vía sea un remedio judicial más idónea. Como el artículo 43 es posterior y forma parte de la Ley Fundamental, está fuera de discusión que este texto es el que prevalece. Otra cosa muy distinta es lo que ha ocurrido en la práctica en ese país.

Durante el período anterior a la reforma constitucional la facultad que el legislador le dio al juez de amparo para declarar inadmisible la acción de amparo cuando existía otra vía judicial en condiciones de proteger los derechos fundamentales era admitida pacíficamente, ya que la referida opinión era respaldada casi de manera unánime, tal y como quedará comprobado en los párrafos que siguen.

En este sentido, se afirma que según el artículo 2, inciso a, de la Ley 16.986, el amparo es una vía supletoria de utilización excepcional y de carácter residual.[50] Para este autor la otra vía debe ser adecuada y, en este sentido, sostiene que: "(…) la presencia de otra vía, debe ser adecuada conforme al principio de racionalidad estructural, y no lo sería, si por su complejidad o lentitud, resultare incompatible con la necesidad de una rá-

[49] Lazzarini, José Luis, *op. cit.,* p. 139.

[50] Rivas, Rodolfo A., "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", en Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional. Doctrinas esenciales,* t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008, 310.

pida y efectiva restitución del derecho perdido o restringido, o para hacer cesar la amenaza sufrida".[51]

Otra opinión que se inscribe en la línea doctrinal que venimos exponiendo es la siguiente:

> Con anterioridad a la vigencia del nuevo artículo 43 no cabía duda en el sentido de que la pretensión de amparo configuraba una vía excepcional o subsidiaria, por cuanto tanto los precedentes judiciales anteriores a la promulgación de la Ley 16.986, como el artículo 2; inciso a) de este ordenamiento descartaba la admisibilidad del amparo frente a la existencia de "recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.[52]

Según lo entienden los autores citados, del contenido del texto objeto de exégesis se colige que en el sistema argentino la admisibilidad de la acción de amparo estaba condicionada a que no existiera otra vía idónea. Dicha línea doctrinal reviste una gran importancia para el debate que sobre la cuestión mantiene dividida a la doctrina nacional. Tal importancia deriva, como lo señalamos anteriormente, en que existe una similitud incuestionable entre el comentado artículo 2, inciso a, de la Ley argentina 16.986 y el artículo 70, inciso 1, de la ley dominicana 137-11.

De manera que ha quedado establecido que el Tribunal Constitucional dominicano ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre la cuestión que nos ocupa que coincide con opiniones doctrinales de autores que no solo son académicamente calificadas, sino que, además, y esto es lo más importante, sustentan su tesis en la interpretación de un texto que es incuestionablemente similar al que se encuentra vigente en nuestro país. La casi uniformidad que existía en la doctrina argentina sobre la materia desapareció después de la reforma constitucional de 1994, tal y como fue expuesto anteriormente.

Luego de establecida la similitud que existe entre las posiciones doctrinales y jurisprudenciales asumidas por autores y tribunales argentinos y la interpretación del artículo 70, inciso 1 de la Ley 137-11 que ha hecho el Tribunal Constitucional dominicano, analizaremos los dos elementos que desde la sentencia TC/0030/12 se han tomado en cuenta para considerar que existe otra vía eficaz que justifica la inadmisibilidad de la acción de amparo. Tales elementos son los siguientes: *a)* Que el juez competente para conocer de la demanda o el recurso, considerado como la otra vía eficaz, pueda dictar medidas cautelares; y b) que la naturaleza y complejidad del

[51] *Idem.*

[52] Palacio, Lino Enrique, *op. cit.*, p. 343.

conflicto requiera el agotamiento de una actividad probatoria que solo pueda llevarse a cabo siguiendo un procedimiento ordinario.

Respecto del primero de los elementos aportados por la sentencia analizada, debemos destacar que se trata de una cuestión no pacífica, en la medida que no toda la doctrina admite que la vía ordinaria se convierte en eficaz, por el hecho de que el juez competente para conocer la misma tenga facultad para dictar medidas cautelares. En este orden, se considera que "[…] las medidas cautelares a pesar de su eficacia para modificar el estatus quo, y obligar a redefinir una situación jurídica determinada no alcanza para constituir el medio apto para que obstruya la acción de amparo, en tanto que no sirve para resolver la materialidad del derecho agraviado".[53]

La tesis contraria sostiene que "[…] si una cuestión puede atenderse por medio de una acción procesal distinta del amparo, combinada con una medida de no innovar o innovativa, el amparo será inadmisible".[54] Entendemos que esta es la postura correcta, ya que, si bien es cierto que la medida cautelar solo ofrece una solución provisional del problema y, en consecuencia, no comporta una respuesta a las pretensiones del accionante en amparo, sirve para evitar los eventuales daños irreparables que la demora propia de los procesos ordinarios pueda causar. Desde el momento que desaparece este peligro, no hay razones para que el conflicto se conozca siguiendo el procedimiento sumario del amparo.

El segundo de los elementos aportados por la sentencia objeto de análisis también plantea una cuestión discutida. En este orden, quienes consideran que la complejidad del caso constituye una razón para excluir del ámbito del amparo un determinado conflicto sostienen que:

> El amparo claramente no procede cuando, para decidir acerca de la conducta o decisión de la administración, deba realizarse una investigación profunda acerca del mérito o la oportunidad de la acción administrativa, es decir, cuando sea necesario profundizar en el proceso de toma de decisión hecho por la administración.[55]

Este autor fundamenta su criterio en las limitaciones que acusa el procedimiento en lo que concierne a la actividad probatoria, por ello afirma que: "[…] el amparo limita las facultades cognoscitivas del juez, como tam-

---

53 Gozaini, Osvaldo A., Derecho procesal constitucional, Argentina, De Belgrado, 1999, t. I, p. 323.

54 Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional, …cit.*, p. 465.

55 Barra, Rodolfo C., "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", en Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio; Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. IV, p. 331.

bién la amplitud de defensa de la demandada".[56] De manera que lo que está planteando el referido autor es que cuando se trata de casos complejos, el procedimiento sumario, propio de la materia de amparo, no permite ejercer el derecho de defensa en la forma requerida.

Quienes contestan la tesis anterior, admiten que en el procedimiento de amparo no existe la posibilidad de ejercer el derecho de defensa con la debida amplitud, pero justifican dicha limitación, de la manera siguiente:

> […] si frente a la mera "verosimilitud" del derecho cabe la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado, no carece de razonabilidad que, ante la cuasi certeza del derecho involucrado en una pretensión de amparo, se restrinja en alguna medida la extensión de la defensa, del mismo modo que las leyes procesales la limitan –particularmente en causa de menor complejidad de las cuestiones debatidas– en los denominados procesos "sumarísimos" e inclusive los descartan frente a determinados planteos cuya claridad torna superfluo todo debate como ocurre, *v. gr*. Cuando eliminan la sustanciación en el supuesto de nulidades manifiestas o admiten la desestimación in limine de peticiones de nulidad manifiestamente improcedente (arts. 172 y 173 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).[57]

Es de principio que en derecho no existen categorías absolutas, ya que ni siquiera los derechos fundamentales tienen tal condición, menos aún las garantías del debido proceso. Las garantías del debido proceso previstas en el artículo 69 de la Constitución dominicana, entre las cuales se encuentra el derecho de defensa, deben aplicarse con la misma intensidad en todas las materias, pero esto es en principio; en razón de que si no se matizan los fines de la justicia no podrían lograrse en determinadas materias.

De ahí que, en parte, es válido el argumento desarrollado por el autor citado porque, ciertamente, en todas las legislaciones existen materias en las cuales los fines de la justicia no se logran si no se limita el derecho de defensa. En este orden, en nuestro ordenamiento existen ejemplos similares a los que se extraen del sistema argentino. Basta con dirigir la mirada hacia los embargos conservatorios para advertir que los mismos se ordenan sin previa citación del eventual embargado, lo cual se justifica porque el peligro de insolvencia del deudor y la consecuente desaparición de las garantías del acreedor aconsejan que el procedimiento sea gracioso y no contradictorio.[58]

---

56 *Idem*.

57 Palacio, Lino Enrique, *op. cit.*, p. 346.

58 Según el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil: "En caso de urgencia, y si el cobro del crédito parece estar en peligro, el juez de primera instancia del domicilio del deudor o del lugar donde estén situados los bienes a embargar podrá autorizar, a cualquier acreedor que tenga un crédito que parezca justificado en principio, a embargar conservatoriamente los bienes muebles pertenecientes a su deudor.

No cabe dudas de que en el conocimiento de una acción de amparo puede limitarse el derecho de defensa, como se hace en materias como la indicada en el párrafo anterior, aunque no de la misma forma, ya que, en modo alguno podría conocerse una acción de amparo sin que el demandado esté debidamente citado. En esta materia, la limitación al debido proceso se evidencia en la brevedad relativa del plazo que tiene el demandado para ejercer su derecho de defensa.[59]

Ahora bien, lo que justifica la limitación del debido proceso en materia de amparo es la existencia de un acto de la autoridad pública o de un particular manifiestamente arbitrario e ilegal. Tal arbitrariedad debe ser manifiesta y apreciable a simple vista, de manera que su acreditación no requiera del agotamiento de medios de pruebas. En este sentido, ante un conflicto sobre alegada violación a un derecho fundamental que no tiene las características indicadas, no se justifica que la cuestión sea ventilada en un procedimiento sumario que no permite el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Hasta aquí hemos establecido las razones por las cuales consideramos que el amparo dominicano es de naturaleza residual o subsidiario. En este orden, solo nos queda referirnos a los fundamentos de este modelo de amparo.

En este orden somos de opinión que la estructuración de un amparo principal implicaría trasformar esta garantía en ordinaria, lo cual equivale a hacerla desaparecer. En esta línea de pensamiento se afirma que:

El crédito se considerará en peligro y por tanto habrá urgencia cuando se aporten elementos de prueba de naturaleza tal que permitan suponer o temer la insolvencia inminente del deudor, lo cual se hará constar en el auto que dicte el juez, así como la suma por lo cual se autoriza el embargo y el plazo en que el acreedor deberá demandar ante el juez competente la validez del embargo conservatorio o sobre el fondo, todo a pena de nulidad del embargo. El juez podrá exigir al acreedor la justificación previa de la solvencia suficiente o la presentación de un fiador o de una fianza, que se hará en secretaría o en manos de un secuestrario, sin necesidad de llenar las formalidades prescritas por el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil. La parte interesada podrá recurrir en referimiento ante el mismo juez que dictó el auto. El auto se ejecutará sobre minuta y no obstante cualquier recurso." Como se advierte, en texto transcrito no contempla la notificación al deudor de la solicitud de autorización para embargar, de manera que el juez apodera de la solicitud puede autorizar el embargo tomando en cuenta solo los alegatos y documentos depositados por la parte interesada en el embargo.

[59] Según el art. 78 de la Ley 137-11, "la acción de amparo puede ser notificada al demandando hasta un día antes de la audiencia fijada para conocer del conflicto, de manera que el plazo que tiene para defenderse es sumamente breve. Mientras que en el derecho común, el plazo de la comparecen es el de la octava franca, según se establece en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que el demandado dispone de ocho días francos para constituir abogado. Una vez se haya constituido abogado, los actos del procedimiento deben ser notificado en el domicilio profesional de este".

> El amparo no es el instrumento al cual necesariamente hay que acudir en primera ocasión, sino que es el arma a la cual hay que tomar cuando no se encuentra otro remedio porque no existe, o la que existe no es suficiente para reparar el derecho que se ha violado. Porque si todo es amparo, nada va a ser amparo. Lo peor que podría ocurrir es que llegáramos a una desnaturalización, por una "amparomanía" que no está en la intención de los legisladores ni sería bueno para el equilibrio del sistema.[60]

De la lectura de lo expuesto por el indicado autor, lo cual compartimos, se advierte la gran importancia que tiene condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a que no exista otra vía eficaz, pues lo que está en juego es nada más y nada menos que la funcionalidad del sistema de justicia, en la medida que de no existir dicho requisito, el juez de amparo tendría que conocer todos los conflictos relativos a amenazas o violaciones a derechos fundamentales, lo cual, inevitablemente, desequilibraría el sistema y lo haría colapsar. La jurisdicción de amparo no está en condiciones de asumir y resolver en plazos razonables todos los conflictos que involucren derechos fundamentales.

La experiencia peruana es paradigmática, ya que en este país la acción de amparo se desnaturalizó durante la vigencia de la legislación que antecedió a al Código Procesal Constitucional, normativa que fue aprobado en el año 2004 y que transformó el amparo de principal a residual o subsidiario.[61]

El amparo es una garantía excepcional y subsidiaria que forma parte de un sistema donde existen disímiles vías judiciales, las cuales tienen que seguir existiendo y desempeñando la función que el legislador le ha asignado, por esta razón Bidart Campos sostiene que si "[…] el amparo fuera una vía procesal sustitutiva de las demás habría que decir que cada persona estaría en condiciones de elegir la vía de su preferencia, lo que sin dudas arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo".[62]

En esta misma línea de pensamiento se afirma que: "La subsidiaridad, además de ser una característica de la acción, constituye una causal de improcedencia de radical importancia. Desde esta perspectiva se confirma que la finalidad de la acción de tutela no es la de sustituir los medios judiciales existentes, sino, por el contrario, garantizar su agotamiento".[63]

---

60 Vanossi, Jorge Reynaldo, *Teoría constitucional,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II, pp. 889-900.

61 Eguingure Praeli, Francisco José, *op. cit.,* p. 164; Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.,* p. 162.

62 Torricelli, Maximiliano, *op. cit.,* p. 343.

63 Carrera Silva, Liliana, *op. cit.,* p. 194.

La estructuración de una modalidad de amparo subsidiario, como el que está vigente en nuestro país, es cónsono con las garantías del debido proceso y, en particular, con el derecho de defensa. Esto así, porque le permite al juez de amparo declarar inadmisible la acción de amparo y enviar al accionante a acudir a otra vía cuando se trate de un conflicto de derecho que, por su naturaleza y complejidad, requiera del agotamiento de una actividad probatoria que no sería viable materializar en un proceso sumario como el amparo. En tal hipótesis, el derecho de defensa solo podría ejercerse eficazmente en el ámbito de un procedimiento ordinario.

En este sentido, se sostiene que "Fuera de aquellos supuestos excepcionales el amparo no es una vía idónea, porque limita las facultades cognoscitivas del juez, como también la amplitud de defensa de la demanda".[64] Cuando los conflictos son complejos su correcta solución requiere que la parte accionante disponga de un tiempo razonable para aportar las pruebas necesarias y justificar sus pretensiones; mientras que el demandado requiere también de un tiempo razonable para ejercer su derecho de defensa. Pero no solo las partes requieren tiempo, sino también el juez, quien tiene la responsabilidad más delicada: la de examinar los documentos que forma el expediente, así como estudiar y analizar los alegatos de las partes para estar en condiciones de decidir el conflicto planteado en consonancia con el derecho.

En resumen, sostenemos que la causal que hemos venido analizando tiene dos fundamentos esenciales, los cuales son, por una parte, la preservación del equilibrio y la funcionalidad de la administración de justicia como sistema. Y, por otra parte, garantizar que determinados casos sean conocidos siguiendo los procedimientos ordinarios, para que de esta forma las partes y el juez dispongan de un plazo que le permita cumplir con el rol que tienen en el proceso.

Teniendo la causal de inadmisibilidad que nos ocupa los fundamentos indicados, resulta evidente que el texto que la consagra satisface el principio de razonabilidad y preserva el contenido esencial de la acción de amparo. En este sentido, la regulación realizada por el legislador es compatible con el artículo 72 de la Constitución y cumple con los requisitos del artículo 74, inciso 2 de la misma Constitución.

4. Conclusión

La naturaleza del amparo la define el legislador de cada país. Esto es lo que explica que aunque en casi todos los sistemas la acción de amparo es subsi-

[64] Barra, Rodolfo C., *op. cit.*, p. 331.

diaria, en la medida que solo procede cuando no existe otra vía; en algunos sistema se requiere que la otra vía sea eficaz y en otros que sea más eficaz.

La acción de amparo no puede ser principal si su inadmisibilidad está condicionada a que no exista otra vía, independiente de que el legislador se limite a exigirla pura y simplemente o que especifique que debe ser eficaz o más eficaz. Actualmente, nuestro sistema es subsidiario, aunque no siempre tuvo esta característica.

El amparo se configura como un instituto procesal subsidiario a partir de la vigente Ley 137-11, publicada el 15 de junio. En efecto, según el artículo 70, inciso 1 de la referida ley, el juez puede declarar inadmisible la acción de amparo: *"Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado"*.

Como se advierte, el legislador dominicano, a diferencia del constituyente argentino, no exige que la otra vía sea más efectiva, sino que sea eficaz. Sobre esta cuestión quisiéramos destacar que en nuestro sistema, ante un mandato expreso e inequívoco del legislador, no hay lugar a que, so pretexto de interpretar, se puede pretender que la otra vía tiene que ser más eficaz.

En este mismo sentido, nos permitimos destacar, además, que el diseño de amparo más viable es el que actualmente tenemos vigente, ya que condicionar la acción de amparo a que exista otra vía más eficaz o estructurarlo de manera principal, implica vaciar de contenido los procedimientos ordinarios y, en consecuencia, trastornar el normal funcionamiento del sistema de justicia.

La inviabilidad de un diseño que contemple un amparo subsidiario, pero que exija que la otra vía judicial sea más efectiva o que lo conciba como un amparo principal ha quedado demostrado en la experiencia argentina, pues a pesar de que el artículo 43 de la Constitución de ese país exige que la otra vía sea más efectiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que una vía que sea eficaz reúne las condiciones para desplazar o sustituir la acción de amparo.

5. Bibliografía

Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución,* Distrito Nacional, República Dominicana, Universidad APE, octubre, 2010.

Balbuena, Pedro Virgilio, "Comentario al artículo 72 de la Constitución dominicana", en Villaverde Gómez, Carlos y Tena de Sosa, Félix, *Constitución comentada,* Santo Domingo, Distrito Nacional, 2013.

Barra, Rodolfo C., "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", en Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires: La Ley, 2008, t. IV.

Brewer-Carías, Allan, La justicia constitucional, procesos y procedimientos constitucionales l, México, Porrúa, 2007.

Castillo Víquez, Fernando, "Los fundamentos de las causales de inadmisibilidad del amparo en el sistema costarricense", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional,* año 1, núm. 1, Santo Domingo, República Dominicana, 2016.

Carrera Silva, Liliana, "La acción de tutela en Colombia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Armengol, Carlos Manuel, *El amparo en Latinoamérica. Puebla, México,* Querétaro, FUNDAP, 2012.

García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional,* Bogotá, Temis, 2001.

Eguingure Praeli, Francisco José, "El Amparo como proceso «residual» en el Código Procesal Peruano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* núm. 8, jul-dic, México, 2007.

Eto Cruz, Gerardo, "Las causales de improcedencia del proceso constitucional de amparo en el Perú", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional,* año 1, núm. 1, Santo Domingo, República Dominicana, 2016.

Gil, Domingo Antonio, *Comentarios al artículo 69 de la Constitución Dominicana. En Constitución Comentada,* República Dominicana, Distrito Nacional, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015.

Gozaini, Osvaldo A., Derecho procesal constitucional, Argentina, De Belgrado, 1999, t. I.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 2007.

Hernández Valle, Rubén, "El amparo en Costa Rica", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El amparo en el mundo,* México, Porrúa, 2006.

Jorge Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley 137-11, publicada el 15 de junio, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales,* Santo Domingo, Ius Novum, 2013.

Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo,* La Plata, La Ley, 1987.

Maraniello, Patricio Alejandro, "El amparo en Argentina, rasgos y características especiales", en Villavella Amengual, Carlos Manuel y Ferrer

Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El amparo en Latinoamérica,* Puebla, México,FUNDAP, 2012.

Morello, Augusto, "Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial", Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional*, *Doctrinas Esenciales,* t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Palacio, Lino Enrique, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional,* Doctrinas esenciales, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2010.

Ureña, Miguelina y Jiménez, Pilar, *El amparo en la República Dominicana,* Santo Domingo, Distrito Nacional, 2006.

Rivas, Rodolfo A., "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", en Fayts, Carlos S.; Badeni, Gregorio y Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional. Doctrinas esenciales,* t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Rodríguez Gómez, Cristóbal, "Amparo y justicia administrativa", en *Periódico Hoy,* 17 de octubre, 2011.

Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 2009.

——, "La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica", en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 74, oct-dic, CEC, España, 1991.

Tena de Sosa, Félix y Polanco Santos, Yudelka, *El amparo como proceso subsidiario: critica al voto disidente de la TC/0007/12. Crónica jurisprudencial dominicana,* Santo Domingo, República Dominicana, Finjus, 2012.

Torricelli, Maximiliano, "El amparo constitucional", en Linares Quintana, Segundo V.; Fayt, Carlos S. y Badeni, Gregorio *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, 1936-2008, t. IV, Buenos Aires, 2008.

Vanossi, Jorge Reynaldo, *Teoría constitucional,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II.

Jurisprudencia

Sentencia TC/0021/12 del 21 de junio, dictada Tribunal Constitucional Dominicano. 21 de junio de 2012.

Sentencia TC/0053/14 del 24 de marzo, dictada Tribunal Constitucional dominicano.

Sentencia TC/0083/14 del 21 de mayo, dictada Tribunal Constitucional dominicano.

Sentencia TC/0161/14 del 27 de agosto de 2014, dictada Tribunal Constitucional dominicano.

Sentencia TC/0167/14 del 7 de agosto, dictada Tribunal Constitucional dominicano.

Sentencia TC/0017/16 del 28 de enero, dictada el Tribunal Constitucional dominicano.

Sentencia núm. 2, del 15 de abril de 2015, dictada por el Tribunal Superior de Córdoba.

Sentencia núm. 28 del 25 de marzo 2009, dictada por la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia.

Sentencia del 2 de marzo de 2016, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, CSJ 1312/2012, caso Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Ricaa LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. Y otros S/ acción de amparo.

Habeas data: elementos conceptuales para su implementación en México

*Juan Ángel Arroyo Kalis**

Al doctor Néstor Pedro Sagüés,
con profunda admiración

Sumario: 1. Introducción. 2. Naturaleza y definición. 3. Objeto. 4. Clasificación. 5. La protección de los datos personales en México. 6. Hacia la implementación del *habeas data* en México. 7. Bibliografía.

1. Introducción

A partir del vertiginoso desarrollo tecnológico que en el ámbito de la informática se ha presentado desde las últimas décadas del siglo XX, el tratamiento de los datos personales supone un riesgo considerable para la esfera jurídica de las personas en las sociedades contemporáneas.

En efecto, la operación de recolectar, clasificar y conservar información relativa a las personas ha existido desde hace muchos años, pero es con el auge de los sistemas computarizados que la capacidad de registro, la rapidez de consulta y transferencia de datos, así como la cobertura de los mismos, evolucionaron con una celeridad inusitada, con el peligro que ello representa para el ser humano.[1]

Esta situación ocasiona, entre otras cuestiones, que quienes manejen las bases o bancos de datos ejerzan, en los hechos, una fuerte dosis de *poder informático* sobre los titulares de los mismos, el cual se despliega a través de un par de vertientes: la primera, de naturaleza económica, en virtud de que esas bases de datos se pueden comprar o vender; la segunda, de índole

* Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con mención honorífica, por la Universidad Panamericana.

1 *Cfr*. Sagüés, Néstor Pedro, "El *habeas data*: su desarrollo constitucional", en AAVV., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998, pp. 859 y 860.

política, ya que conocer con detalle la vida de las personas permite, en buena medida, controlar y vigilar su comportamiento.[2]

Paralelamente, se coloca al titular de los datos en una posición de vulnerabilidad ante el supuesto de que ese *poder informático* se extralimite, actuando sin diligencia ni responsabilidad en el tratamiento de los datos personales.

En suma, como advierte Antonio Pérez Luño, la posibilidad de acumular grandes cantidades de datos personales, de almacenarlos ordenadamente, de recuperarlos de forma inmediata y de transmitirlos sin problemas de distancia, ha generado un tipo de dominio sobre las personas que era desconocido (e incluso inimaginable) en épocas anteriores.[3]

En la actualidad, las bases o bancos de datos que se encuentran en posesión de autoridades públicas o particulares recogen una cantidad exorbitante de información sobre las personas, concerniente, por ejemplo, a su formación escolar, trayectoria profesional, historial clínico, origen racial o étnico, operaciones financieras, estado civil, preferencias sexuales, ideas políticas o creencias religiosas.

Estos y otros datos, al ser vinculados entre sí, permiten construir el perfil detallado de una persona determinada, información que puede ser empleada por terceros de manera indebida o abusiva. Este tipo de conductas vulneran la autonomía individual para decidir qué información personal y bajo qué condiciones puede ser conocida por terceros, transmitida a estos y almacenada en una base de datos.

Por ello es que resulta indispensable que desde el entorno jurídico se ofrezcan las herramientas adecuadas que garanticen la protección de los datos personales ante las amenazas externas, tanto del Estado como de los particulares, de manipular o utilizar información personal sin el consentimiento expreso del sujeto titular. Se trata, en definitiva, de poner límites al *poder informático* en aras de que la persona tenga la libertad de resolver con plenitud sobre el destino que pretenda dar a sus datos y, en su caso, decidir si autoriza o no el acopio informativo de ellos.[4]

Es en este escenario donde cabe situar la figura del *habeas data,* cuyos principales aspectos se describen en los siguientes apartados. Desde

---

2 *Ibidem*, p. 860.

3 Citado por Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, 1ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 22.

4 *Cfr*. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 56.

luego, no se agotará en este ensayo un tema tan amplio como relevante; por el contrario, lo que se intenta es aportar algunas notas que pueden ilustrarlo.

2. Naturaleza y definición

Diseñado a partir de la garantía del *habeas corpus,* el *habeas data* se concibe, desde una perspectiva general, como un instrumento orientado a proteger la facultad de las personas para disponer libremente sobre sus propios datos ante las diversas amenazas que trae consigo el *poder informático*. En esta forma, el hábeas data se instaura para asegurar que los datos personales no sean utilizados ni transferidos por terceros sin el consentimiento expreso de su titular.

En otras palabras, del mismo modo en el que el *habeas corpus* persigue como propósito salvaguardar la libertad corporal, el *habeas data* se dirige a resguardar la libre disposición del individuo sobre sus datos personales. En ambos casos, se hace referencia a figuras encaminadas a proteger la libertad de las personas: la libertad física y de tránsito en el primer caso, y la libertad informática en el segundo.

El *habeas data* surge, con tal denominación, en la Constitución brasileña de 1988 para garantizar a las personas el conocimiento de informaciones relativas a ellas, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, así como para rectificar esos datos.[5]

Posteriormente, fue incorporado en las Constituciones de países como Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2004, entre otros.

Es importante asentar, desde este momento, que el *habeas data* no es un derecho, sino una garantía, esto es, un medio jurídico de naturaleza procesal destinado a la defensa del derecho que tienen las personas a decidir con libertad sobre sus propios datos; esta facultad es conocida como derecho a la autodeterminación informativa, también llamado libertad informática o derecho a la protección de datos personales.

---

[5] Concretamente, el artículo 5, fracción LXXII, de esa norma constitucional señala lo siguiente: "Se concederá *habeas data:* a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento reservado judicial o administrativo". *Cfr*. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *op. cit.*, nota 3, p. 39.

Además, cabe indicar que al tratarse de una garantía de naturaleza constitucional es debido que la misma se encuentre expresamente prevista en la Constitución del país de que se trate. Igualmente, el derecho a cuya protección se destina el *habeas data,* que, como se ha indicado, es el derecho a la autodeterminación informativa, debe contar con asiento constitucional.[6]

De esta manera, ante una eventual violación del derecho a la autodeterminación informativa, el *habeas data* estará reparando la vulneración a dicha facultad, y, simultáneamente, logrando el restablecimiento del orden constitucional que ha sido desconocido por los propios órganos de poder o los particulares.

Para Néstor Pedro Sagüés, el *habeas data* es el proceso constitucional que tiene como fin "proteger a personas físicas (algunas veces, también a personas jurídicas) de los excesos del "poder informático", y por ello sirve primero para acceder, y después para rectificar, actualizar, eliminar y reservar información obrante en bases o bancos de datos, que sea inexacta o lesiva de derechos constitucionales".[7]

A su vez, Humberto Nogueira Alcalá expone que el *habeas data* constituye:

> una acción jurisdiccional protectora de la libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (conocimiento y control de datos referidos a la persona) y protección de la vida privada, imagen, honra o reputación de la persona, frente a la recolección, transmisión y publicidad de información que forma parte de la vida privada o intimidad de la persona desarrollada por registros o bancos de datos públicos o privados.[8]

---

6 Sobre este punto, Domingo García Belaunde afirma que si el hábeas data "no está expresamente consagrado en la Constitución, no es un instituto procesal constitucional, ya que, para que existan estas figuras procesales, es necesario que la institución no sólo se destine a la defensa constitucional, sino que tenga una ubicación constitucional expresa". De acuerdo con este autor, "en sentido estricto y puntual, son constitucionales tan solo los procesos que, defendiendo directamente derechos que la Constitución sanciona, están consagrados en ella misma, y no en normatividad inferior". García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Marsol-Universidad César Vallejo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998, p. 81. En similar orden de ideas, Osvaldo Alfredo Gozaíni aduce que "[l]a calidad de proceso constitucional del *habeas data* resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental". Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 4, p. 383.

7 Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, p. 77.

8 Nogueira Alcalá, Humberto, "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, 2005, p. 458.

Finalmente, Marcela Basterra entiende el *habeas data* como:

> una garantía [...] por medio de la que se puede solicitar la exhibición de los registros -públicos o privados- en los cuales están incluidos datos personales de los individuos o de su grupo familiar, a fin de tomar conocimiento de su exactitud y finalidad, para requerir la rectificación o la supresión de aquellos datos que resulten inexactos, obsoletos o que impliquen discriminación.[9]

Más allá de las particularidades de cada una de estas definiciones, lo cierto es que todas ellas se inscriben, con razón, en la tendencia de concebir al hábeas data como una figura de carácter procesal, no así como un derecho humano.

En consecuencia con lo expuesto en este apartado, el *habeas data* puede definirse como la garantía constitucional que tiene por objeto la protección del derecho a la autodeterminación informativa, también denominado libertad informática o derecho a la protección de datos personales, que consiste en la facultad de toda persona para decidir libremente sobre el manejo de la información personal que le concierne, registrada en un bases o bancos de datos, ya sean públicos o privados.

Para comprender de una mejor maneja los alcances del *habeas data* es necesario examinar, así sea brevemente, el derecho que con esa garantía se tutela. A este objetivo se destinan los párrafos que integran el siguiente apartado.

3. Objeto

Como se ha anticipado, el objeto que persigue el *habeas data* es la protección del derecho a la autodeterminación informativa, concepto que aparece con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 15 de diciembre de 1983.

En dicha resolución, el referido Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la autodeterminación informativa se traduce en un derecho fundamental del hombre, que consiste en la "facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida". En este orden de ideas, "la libre eclosión de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamien-

[9] Basterra, Marcela, *Protección de datos personales*, Buenos Aires, IIJ-UNAM-Ediar, 2008, p. 31.

to, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona".[10]

Como puede verse, la importancia de esta sentencia radica esencialmente en que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto, ya desde aquellos años, la necesidad de establecer medidas jurídicas para la protección de los datos personales frente a su uso informatizado que pudiera perjudicar al titular de los mismos.[11]

En este contexto, el derecho a la autodeterminación informativa emerge como una reacción inevitable frente a los nuevos riesgos que para el ser humano trae consigo el acelerado avance de la informática en la era tecnológica.[12]

Ahora bien, al circunscribir el objeto del *habeas data* al resguardo del derecho a la autodeterminación informativa no se intenta, desde luego, desconocer el hecho de que a través de esta garantía pueden resultar beneficiados otros derechos del ser humano, como el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen o el derecho a la igualdad (prohibición de discriminación).

Pero en estos casos se estaría hablando de derechos cuyo resguardo deriva de la defensa de la autodeterminación informativa a través del *habeas data*. Por ejemplo, al garantizar a una persona la libre decisión sobre el manejo y destino de sus datos personales relativos al padecimiento de una enfermedad terminal, lo que en realidad se está protegiendo es el derecho a la autodeterminación informativa y, solo como consecuencia de ello, sus derechos al honor, a la intimidad y a no ser discriminado.

De ahí que sea factible concluir que el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho autónomo, con características propias, distinto a cualquier otro.

El contenido del derecho a la autodeterminación informativa se despliega a través de cuatro amplias facultades, a saber: acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales por parte de su titular (conocidos como derechos ARCO).

Estas atribuciones permiten que la persona preserve su identidad frente al Estado y los particulares a partir del manejo de toda aquella información que le concierne. Así, la persona decide qué datos pueden ser

[10] *Cfr*. Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 122.

[11] *Idem*.

[12] *Cfr*. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *op. cit.*, nota 3, p. 21.

difundidos, y controla quién, bajo qué condiciones y con qué finalidad puede utilizarlos.

En este tenor, el consentimiento libre, expreso e informado del titular de los datos personales juega un papel de fundamental trascendencia, por lo que el tratamiento de los datos debe estar amparado en un documento que habilite su utilización. En consecuencia, el consentimiento se erige como un eje central para el derecho de autodeterminación informativa y reafirma que el sujeto titular es el único que tiene el derecho a decidir la forma en que se tratan sus datos personales.[13]

A través del derecho de acceso, el sujeto puede conocer qué información sobre su persona se encuentra registrada en un banco o base de datos, sea éste de carácter público o privado. Para ello, debe acreditar su identidad, sin que resulte necesario que exponga las razones por las que desea acceder a sus datos. Es lógico que de la procedencia de este derecho depende el ejercicio de los otros, es decir, primero se accede a los datos personales registrados en una base de datos para, después, rectificarlos, cancelarlos, o bien, oponerse a su tratamiento.

Mediante el derecho de rectificación, el sujeto puede solicitar que se corrijan o actualicen aquellos datos personales que sean erróneos, incompletos u obsoletos.

En virtud del derecho de cancelación, el sujeto puede requerir que determinados datos personales sean eliminados de la base de datos en la que están registrados. Esta facultad, como es obvio, impide de forma definitiva que continúe el tratamiento de los datos en cuestión.

Finalmente, por medio del derecho de oposición, el sujeto puede pedir que se limite el tratamiento de sus datos personales; esto no significa que se cancelen, sino que se prohíbe su uso para ciertos fines, ya que los datos seguirán obrando en la base de datos respectiva.[14]

---

13 *Cfr*. Orrego, César Augusto, "Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013, pp. 326 y 327.

14 Es evidente que el derecho a la autodeterminación informativa, como cualquier otro derecho humano, no es absoluto, por lo que deben establecerse límites a su ejercicio. En este sentido, por citar solamente un ejemplo, la Constitución mexicana en su artículo 16, párrafo segundo, señala que este derecho puede limitarse "por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros". En cualquier caso, lo cierto es que toda medida de carácter restrictivo a un derecho humano debe cumplir con lo dispuesto por el principio de proporcionalidad, para lo cual se debe llevar a cabo un *examen* o *test de proporcionalidad* a través del que se verifique si dicha medida satisface los tres subprincipios que componen al primero, a saber: *subprincipio de idoneidad*, de conformidad con el cual la restricción

Cabe decir que el derecho a la autodeterminación informativa no se ciñe a los datos personales sensibles, esto es, que apuntan el ámbito íntimo de las personas (creencias religiosas, estado de salud, origen étnico o racial, opiniones políticas, preferencias sexuales, etcétera),[15] pues comprende cualquier tipo de dato personal.

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional español, los datos amparados por este derecho "son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo".[16]

El derecho a la autodeterminación informativa ha tenido una recepción progresiva en las Constituciones de diversos países de América Latina.

Al respecto, se puede citar la Constitución de Ecuador, que en su artículo 66, inciso 19, reconoce y garantiza: "El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección". A mayor abundamiento, dicha norma señala que: "La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley".

Por su parte, la Constitución de Colombia dispone, en su artículo 15, párrafo inicial, que: "Todas las personas [...] tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".

A su turno, la Constitución de Paraguay establece en su artículo 135 lo siguiente: "Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados

debe perseguir un objetivo constitucionalmente legítimo y, a su vez, representar un medio adecuado para el logro del mismo; *subprincipio de necesidad*, según el cual la restricción debe ser imprescindible para la obtención de dicho fin, siempre que no exista un medio igualmente eficaz pero menos limitativo del derecho en cuestión, y *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe existir un claro equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida restrictiva y los daños que dicha medida ocasiona en el derecho humano en cuestión.

15 Para Marcela Basterra, el rasgo característico de los datos sensibles es el potencial discriminatorio que entraña su divulgación; en palabras de la autora, dar a conocer esos datos "podría alentar persecuciones o bien exclusiones provocadas por discriminaciones estigmatizantes propias de la intolerancia". Basterra, Marcela, *op. cit.*, nota 9, p. 94.

16 Tribunal Constitucional de España, sentencia 292/2000, 30 de noviembre de 2000, fundamento jurídico 6.

de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos".

En México, el derecho a la autodeterminación informativa está previsto dentro del segundo párrafo del artículo 16 constitucional, incorporado mediante reforma de 1 de junio de 2009. En dicho parágrafo se señala lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

El desarrollo legislativo de este derecho en el país obedece principalmente a dos normas: la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de enero de 2017, que cubre el sector público, y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en ese medio oficial el 5 de julio de 2010, y que, como su nombre indica, se enfila a proteger los datos en el sector privado.

Sobre los instrumentos que ambas normas contemplan para proteger el derecho a la autodeterminación informativa se repara en un apartado posterior.

4. Clasificación

Néstor Pedro Sagüés ha formulado una interesante y útil clasificación sobre las subespecies de hábeas data que pueden existir, la que, para efectos de este ensayo, conviene retomar. De acuerdo con este autor, el *habeas data* cuenta con las siguientes variables: informativo, aditivo, rectificador, cancelador y reservador.[17]

[17] Es oportuno puntualizar que la propuesta del autor se formula a partir de lo señalado en el artículo 43 de la Constitución argentina, de acuerdo con la cual el *habeas data* puede ser utilizado por una persona para "tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos".

El *habeas data informativo* tiene como fin acceder a determinada información de carácter personal obrante en una base o banco de datos.[18]

Esta primera modalidad se divide, a su vez, en: *habeas data exhibitorio*, cuyo objetivo concluye con el conocimiento de dicha información; *habeas data autoral*, que permite averiguar quién recolectó la información personal, y *habeas data finalista*, que indaga sobre los propósitos para los que fue obtenida la información.[19]

Por otra parte, el *habeas data aditivo* pretende modificar la información que existe en una base de datos, actualizándola o completándola, según corresponda.[20]

El *habeas data rectificador* procede ante información falsa, procurando corregir los errores detectados en aquello que está registrado en una base o banco de datos.[21]

El *habeas data cancelador*, también llamado exclutorio o supresor, elimina aquella información sensible que jurídicamente no es registrable en una base de datos por su potencial carácter discriminatorio hacia el sujeto titular.[22]

Por último, el *habeas data reservador* tiende a resguardar ciertos datos protegidos por su confidencialidad para que no sean divulgados a terceros.[23]

5. La protección de los datos personales en México

Como se ha mencionado, en México el derecho a la autodeterminación informativa está contemplado en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional; su desarrollo legislativo se debe, esencialmente, por un lado, a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, que se inscribe en el sector público,[24] y, por otro lado, a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, cuyo ámbito de aplicación apunta al sector privado.

---

18 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 1ª reimp., 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 312.

19 *Idem*.

20 *Idem*.

21 *Idem*.

22 *Idem*.

23 *Idem*.

24 De conformidad con su primer artículo, son sujetos obligados por esta norma, en los órdenes federal, estatal y municipal, cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos.

El propósito de este apartado consiste en revisar, en sus aspectos medulares, los principales mecanismos que cada una de esas normas comprende para preservar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas: el recurso de revisión en el caso de la Ley General, y el procedimiento de protección de datos personales en tratándose de la Ley Federal.

Por lo pronto, cabe adelantar que compete al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)[25] el conocimiento y resolución de ambos medios de impugnación, de acuerdo con las particularidades que a continuación se exponen.

a) Recurso de revisión[26]

Para que el sujeto titular pueda ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición en relación con sus datos personales, es preciso que presente una solicitud ante el sujeto obligado responsable del tratamiento de los mismos, la que deberá ser atendida dentro de veinte días hábiles. Este plazo podrá ser ampliado en una sola ocasión hasta por diez días hábiles, cuando lo justifiquen las circunstancias, a juicio del propio sujeto obligado.[27]

En caso de que resulte procedente el ejercicio del derecho en cuestión, el sujeto obligado deberá hacerlo efectivo en un plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente en el que se hubiese notificado la respuesta al titular de los datos.[28]

Empero, si el titular de los datos estima que fueron vulnerados sus derechos ARCO podrá interponer, por sí mismo o a través de representante, un

---

25 El INAI es un órgano constitucional autónomo creado con motivo de una reforma constitucional en materia de transparencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014. En concreto, la autonomía constitucional de este órgano se encuentra prevista en el artículo 6°, apartado A, fracción VIII, primer párrafo, cuyo texto dispone: "La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley".

26 Los artículos citados enseguida refieren a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados. Por razones de extensión, en este apartado se explicará el recurso de revisión que atañe resolver al INAI, sin reparar en los recursos de revisión que conocen los organismos garantes en las entidades federativas.

27 Art. 51.

28 *Idem*.

recurso de revisión dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir del día siguiente al en que se haya notificado la respuesta del sujeto obligado. El sujeto titular contará con el mismo plazo para interponer el recurso de revisión cuando el sujeto obligado no haya emitido respuesta dentro del plazo legal previsto para ello.[29]

El INAI deberá resolver el recurso de revisión en un plazo de cuarenta días hábiles, mismo que podrá ampliarse hasta por veinte días hábiles en una sola ocasión.[30]

La resolución del INAI podrá, en lo que interesa, confirmar, revocar o modificar la respuesta del sujeto obligado, o bien, ordenar la entrega de los datos personales en el supuesto de que el responsable hubiese sido omiso en la atención de la solicitud del titular de los mismos.[31]

Esta resolución será vinculante, definitiva e inatacable para el sujeto obligado; sin embargo, el titular de los datos personales podrá impugnarla a través del juicio de amparo ante el Poder Judicial de la Federación.[32]

b) Procedimiento de protección de datos personales[33]

El sujeto titular debe, en un inicio, presentar una solicitud al particular responsable en aras de ejercer el derecho de acceso, rectificación, cancelación u oposición en relación con los datos personales que le conciernen.[34] El responsable, por su parte, deberá comunicar su respuesta al titular dentro de los veinte días hábiles siguientes. En caso de que resulte procedente el ejercicio del derecho de que se trate, deberá hacerse efectivo dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que se haya comunicado la respuesta. Los plazos referidos podrán ampliarse en una sola ocasión, por un periodo igual, siempre que lo justifiquen las circunstancias del caso, a juicio del particular responsable del tratamiento de los datos personales.[35]

Ahora bien, por lo que hace al medio de impugnación que interesa reseñar, éste iniciará a instancia del titular de los datos o de su representante legal, precisando el motivo de su inconformidad. En este sentido, la

[29] Art. 103.

[30] Art. 108.

[31] Art. 111.

[32] Art. 115.

[33] Los preceptos referidos en este inciso corresponden a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

[34] Art. 28.

[35] Art. 32.

solicitud de protección de datos personales deberá presentarse ante el INAI dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que el particular responsable haya comunicado la respuesta al sujeto titular de los datos. Se contará con el mismo plazo cuando el titular de los datos no reciba respuesta por parte del particular responsable.[36]

El INAI contará con un plazo de hasta cincuenta días hábiles para dictar resolución en el procedimiento de protección de datos personales, a partir de la presentación de la solicitud respectiva. Este plazo podrá ampliarse, en una ocasión y hasta por un periodo igual, cuando el INAI estime que existe causa justificada para hacerlo.[37]

La resolución del INAI podrá, en lo que interesa, confirmar, revocar o modificar la respuesta del particular responsable.[38] Si la resolución favorece al titular de los datos, se requerirá al particular responsable para que dentro de los diez días hábiles siguientes, o cuando el INAI estime conveniente, haga efectivo el ejercicio de los derechos objeto de protección.[39]

En contra de las resoluciones del INAI, los particulares podrán promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,[40] y, posteriormente, si así lo deciden, acudir al juicio de amparo ante el Poder Judicial de la Federación.

6. Hacia la implementación del *habeas data* en México

Si bien es cierto que los medios de impugnación descritos en el apartado anterior persiguen la salvaguarda del derecho a la autodeterminación informativa, también lo es que hoy en día no es posible sostener la existencia del *habeas data* en México.

En este sentido, cabe destacar que tales medios de impugnación se desarrollan a través de procedimientos de naturaleza administrativa, que no pueden homologarse con el proceso constitucional que es preciso seguir en el marco del *habeas data*.[41]

Incluso el juicio de nulidad que se contempla para combatir la resolución del INAI en tratándose de la protección de datos en posesión de

36 Art. 45.

37 Art. 47.

38 Art. 51.

39 Art. 48.

40 Art. 56.

41 Sobre el tema, se sugiere consultar Colombo Campbell, Juan, *El debido proceso constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

particulares tampoco es un proceso de *habeas data,* pues lo que se busca con dicho procedimiento, en sentido estricto, no es la protección de la autodeterminación informativa, sino reconocer la validez o declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

En este orden de ideas, resulta necesario impulsar la implementación del *habeas data* en el país en razón de que, como se ha comentado, el derecho que se tutela con esta garantía, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, cuenta con reconocimiento expreso dentro de la norma constitucional mexicana.

En tal virtud, este hecho, que desde luego no es menor, debe ser complementado con la creación de un medio de control constitucional, de naturaleza jurisdiccional, destinado a restablecer el orden constitucional a través de la protección del derecho a la autodeterminación informativa cuando sea vulnerado por los órganos de poder o los particulares. He aquí la oportunidad de contar con un sistema integral que haga frente, de una mejor manera, a los excesos del *poder informático* en la actualidad.

Aunado a lo anterior, la instauración del *habeas data* fomentaría el desarrollo dinámico de la normatividad constitucional para amoldarla a los cambios que la realidad impone en la era informática y, al mismo tiempo, para modificar dicha realidad a fin de hacer efectivas las disposiciones de la ley fundamental.[42]

Por otra parte, la existencia de esta garantía constitucional simplificaría el trámite para el particular que ha sufrido una vulneración, ya sea por parte del Estado o de otros particulares, en torno a su facultad para decidir sobre el manejo y destino de sus datos personales. En otras palabras, se contaría con un solo medio procesal de naturaleza constitucional, especializado en la materia, que permitiera proteger, en forma directa, eficaz y definitiva, el derecho a la autodeterminación informativa.

Como se desprende de lo expuesto en el apartado precedente, en materia de protección de datos que se encuentran en posesión del Estado, la persona debe en un primer momento acudir ante el sujeto obligado respectivo con el fin de ejercer sus derechos ARCO. Posteriormente, si el titular de los datos considera que tales derechos fueron vulnerados, podrá interponer un recurso de revisión ante el INAI, y si la resolución que emite este órgano no le es favorable podrá combatirla a través del juicio de amparo ante el Poder Judicial de la Federación.

En el caso de los datos personales en posesión de particulares, el sujeto titular debe en un inicio acudir ante el particular responsable para solici-

[42] *Cfr*. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 188.

tarle el ejercicio de sus derechos ARCO. Si el titular estima que no le fueron respetados esos derechos podrá iniciar un procedimiento de protección de datos personales ante el INAI. En caso de que la resolución emitida por este órgano no le sea favorable, podrá acudir ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa para interponer un juicio de nulidad. Finalmente, la sentencia dictada por el Tribunal podrá combatirse a través del juicio de amparo ante el Poder Judicial de la Federación.

Como puede observarse, se trata de escenarios que retrasan la efectiva y pronta salvaguarda del derecho a la autodeterminación informativa. En este contexto, es menester insistir en la prontitud que debe imperar en la defensa del derecho a la protección de datos personales, sobre todo si se toma en cuenta que los riesgos para este derecho se multiplican con una celeridad inusitada debido al vertiginoso desarrollo tecnológico que se ha producido en el ámbito de la informática.

Como acertadamente refiere Luis Carranza Torres:

> En nuestros días la revolución tecnológica a la que asistimos, gracias a los continuos progresos en el campo de las ciencias informáticas, ha hecho posible, entre otras cosas, la creación, acceso y entrecruzamiento de enormes bancos de datos con todo tipo de informaciones; tal es el sustrato cultural del cual surge la necesidad de que los ciudadanos puedan contar con un medio de protección sobre lo que se almacene como información de su vida y los más diversos aspectos de su personalidad.[43]

Por último, se debe hacer notar la inconveniencia de que hoy en día sea un mismo órgano, el INAI, el encargado de garantizar, en principio, tanto el derecho de acceso a la información como el derecho a la protección de datos personales, al conformar derechos de naturaleza antagónica, entre los que con gran frecuencia se producen incompatibilidades o enfrentamientos.

Con base en todo lo expuesto, cabe reiterar la necesidad de dar pasos firmes hacia la implementación del *habeas data* como mecanismo exclusivo para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa en México. En otras palabras, es tiempo de incorporar el h*abeas data* en el ordenamiento jurídico mexicano como un medio procesal único, de naturaleza constitucional, que proteja de manera directa, con mayor celeridad y eficiencia, la libre disposición sobre los datos personales. No se trata de una mera inquietud académica, sino de una exigencia contemporánea que responde al permanente compromiso del derecho de preservar la dignidad humana.

---

[43] Carranza Torres, Luis, *habeas data: la protección jurídica de los datos personales*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 18.

7. Bibliografía

Basterra, Marcela, *Protección de datos personales*, Buenos Aires, IIJ-UNAM-Ediar, 2008.

Carranza Torres, Luis, *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*, Córdoba, Alveroni, 2001.

Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, 1ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1998.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999.

García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Marso-Universidad César Vallejo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Madrid, Tecnos, 1990.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Autodeterminación informativa y *habeas data* en Chile e información comparativa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, 2005.

Orrego, César Augusto, "Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013.

Pérez-Luño, Antonio-Enrique, *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

Sagüés, Néstor Pedro, "El *habeas data*: su desarrollo constitucional", en AAVV., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.

_____, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004.

_____, *Elementos de derecho constitucional*, 1ª reimp., 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001.

El amparo contra actos de particulares (Conforme a la Nueva Ley de Amparo)

*Boris Barrios González**

Sumario: 1. Los tribunales, cortes, plenos y salas constitucionales. 2. Antecedentes de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, y la dogmática constitucional. 3. El Estado constitucional de derecho y la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. 4. La dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales. 5. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares por la vía de amparo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Bajo la concepción del Estado liberal de derecho siempre se creyó que las garantías fundamentales contenidas en las normas constitucionales solo eran aplicables en relaciones que tenían su origen entre el Estado y los particulares y, por tanto, que solo se podían interponer recursos para el reconocimiento y restauración de las garantías fundamentales ante violaciones provenientes de los poderes públicos, esto es del Estado, en otras palabras, de sus autoridades o funcionarios públicos en ejercicio de mando y jurisdicción; y esto es lo que se conoce tradicionalmente como dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

La extensión o mutación jurídica al ámbito de las relaciones privadas de las libertades constitucionales que, en sus orígenes y en la estructura del Estado liberal de derecho, solo fueron concebidas como prerrogativas individuales del ciudadano frente a las actuaciones del Estado implica hoy día, en el constitucionalismo posmoderno o contemporáneo, un profundo cuestionamiento a los dogmas tradiciones que otrora sustentaron la ideología jurídica y constitucional del Estado liberal de derecho.

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, Panamá; especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia; especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales por la Universidad Castilla-La Mancha, de Toledo, España; catedrático de Derecho Procesal Constitucional; presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: *borisbarrios@lawyer.com*

Es así que de la transición del Estado liberal de derecho al Estado constitucional, social y democrático de derecho se produce, como consecuencia, un cambio en la concepción de ejercicio y tutela de los derechos y desde el precedente de 1950-1951 sentado por el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Lüth,* la tutela de los derechos fundamentales se extiende también a los actos entre particulares.

Es con el fallo *Lüth,* 1950-1951, sentado por el Tribunal Constitucional alemán, que nace la "doctrina de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales" (la *Drittwirkung*) y constituye una de las cuestiones más interesantes y extendidas en la dogmática constitucional contemporánea.

En la Alemania de 1950, el director cinematográfico Veit Harlan estrenó una película titulada "Unsterbliche Geliebte". Fue entonces que Erich Lüth, presidente del club de prensa de la ciudad de Hamburgo, llamó públicamente ante productores y directores de cine, al boicot contra la exhibición de la película "Unsterbliche Geliebte", bajo el argumento de que el director de la misma, el señor Veit Harlam había sido en la época del Tercer Reich un difusor de películas al servicio de la ideología del régimen nazi, por lo que Veit Harlan se había descalificado para siempre, y especialmente por haber realizado una película que antes había titulado "Jud Süss", uno de los "más importantes exponentes de la criminal campaña antisemita de los nazis". El productor de la compañía distribuidora de la película "Unsterbliche Geliebte" demandó a Lüth por sus declaraciones y el tribunal ordinario de instancia lo declaró culpable y calificó la conducta de Lüth como "contraria a las buenas costumbres" (art. 826 del BGB- Código Civil) y le condenó, en consecuencia, a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones sobre Veit Harlan y el film "Unsterbliche Geliebte". Contra este acto, Erich Lüth interpuso un recurso de "queja constitucional" (amparo) y el Tribunal Constitucional anuló dicha sentencia por considerar que el acto que se consideraba como ilícito civil no era tal porque, a su juicio, constituía el ejercicio de la libertad de expresión.

La importancia del caso *Lüth* es que suscitó, por primera vez, luego de la Segunda Guerra Mundial y con el recién instaurado Tribunal Constitucional Federal alemán y la reciente proclamación del Estado constitucional, social y democrático de derecho alemán, una sorprendente cuestión de procedimiento, puesto que era la primera vez que se interponía una queja de amparo ("recurso de amparo") contra una sentencia judicial en firme que implicaba el control de relaciones entre particulares.

He aquí el presupuesto procesal sobre el cual se sustenta la decisión del caso *Lüth* pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal alemán: es que el acto demandado era una decisión del órgano judicial ordinario y competente y, por tanto, un acto de poder público legitimado conforme a la tradición del Estado de derecho.

El Tribunal Constitucional Federal alemán se declaró competente para conocer del recurso de "queja constitucional" interpuesto (amparo), a pesar de que la cuestión que se debatía era un conflicto surgido en el marco de una relación entre particulares y le imputó a la sentencia judicial que condenaba a Lüth una afectación de derechos y que, por tanto, significaba que era la actuación de un poder público que producía la violación de un derecho fundamental. Y de esta manera, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania instauraba la tesis de la "imputación judicial de vulneración", que hoy sigue siendo aplicada por el Tribunal alemán, también asimilada por el Tribunal Constitucional español y teoría influyente en la asimilación de la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

2. Los tribunales, cortes, plenos y salas constitucionales

Un Tribunal, Corte, Pleno o Sala Constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución, o en términos del neoconstitucionalismo: la tutela de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente, un Tribunal, Corte, Pleno o Sala Constitucional tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes, los procesos frente a la Constitución y, eventualmente, de los proyectos de ley, los decretos y actos del poder ejecutivo frente al texto de la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad y de tutela de los derechos fundamentales.

Si atendemos al modelo kelseniano, el Tribunal Constitucional debe actuar como un legislador negativo, porque carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, declarando su inconstitucionalidad.

No obstante, teorías más recientes, nacidas en el neoconstitucionalismo, sostienen que la tarea de un Tribunal, Corte, Pleno o sala Constitucional, esto es el órgano que detente el poder de control constitucional, es ejercer una función jurisdiccional, resolviendo conflictos de carácter constitucional, que puede incluir la revisión de la actuación del poder legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Cuando los constituyentes del centro y el este de Europa, en las constituciones surgidas de la posguerra, crearon en esos países sus cortes y tribunales constitucionales, lo hicieron configurándolos a partir del ejemplo brindado por los ya existentes en la mitad occidental del continente: Francia, Alemania e Italia.

El referente ha sido, entonces, ese modelo de justicia constitucional que la mayor parte de autores denominan "justicia constitucional concentrada", por oposición al modelo de control "difuso" de la constitucionalidad propio de la experiencia anglosajona o estadounidense.[1]

En México, por delegación constitucional de los artículos 103 y 107, la función jurisdiccional de amparo se ejerce conforme al desarrollo de la ley de Amparo.

En efecto, el título Tercero, del capítulo IV, "Del Poder Judicial", en su artículo 103 trata:

> Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
>
> I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
> II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y
> III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Por su parte, el artículo 107 establece las bases constitucionales para la ley reglamentaria y dice que las controversias de que habla el artículo 103 de la Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, conforme a las bases elaboradas.

De ahí que, con fundamento en las bases de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de amparo se desarrolla en la reglamentación constitucional de la ley de 2 de abril de 2013.

2. Antecedentes de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y la dogmática constitucional

Para entender el fundamento ideológico del "amparo contra actos de particulares" es indispensable revisar la doctrina de la "eficacia de los derechos fundamentales entre particulares", por lo que tenemos que acudir al antecedente del caso *Lüth* de 1950-1951, en Alemania, y hacer referencia, necesariamente, a la dogmática del derecho constitucional alemán: la *Drittwirkung Der Grundrechte;* pues he allí su origen.

[1] Flores Tuberias, Carlos y Torres Pérez, Mercedes, "Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental", en *Cuestiones Constitucionales,* núm. 5, jun-dic, 2001, España, p. 86.

Se puede asegurar, entonces, que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares tuvo su origen en la legislación alemana, a través de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional Federal con el caso *Lüth*.

En la doctrina se puede encontrar el enunciado teórico bajo distintas denominaciones, así es fácil leerlo como "eficacia horizontal de los derechos fundamentales", "eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales", "validez de los derechos fundamentales en el derecho privado", "eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas"; no obstante, todas tienen su origen en el fallo *Löth* del Tribunal alemán de 1951, aunque hoy ese precedente jurisprudencial haya sido mutado a nuevas tesis que procuran la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y sea el antecedente directo del "amparo contra actos de particulares".

Según la argumentación elaborada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Lüth,* los derechos fundamentales constituyen "un orden objetivo de valores" que irradia todo el ordenamiento jurídico, esto es, que alcanza a las distintas actividades del derecho, así a lo civil, administrativo, comercial, legislativo y hasta jurisprudencial. Es por ello que ese "orden objetivo de valores" necesariamente tiene que ser atendido por el órgano judicial al momento de la solución de los conflictos que llegan a su conocimiento y "de no hacerlo se produciría una vulneración iusfundamental, atribuible al aplicador del derecho".[2]

Ahora bien, haciendo una valoración retrospectiva, mientras en el caso *Lüth* se puede comentar que pudo haber sido relativamente fácil imputar la lesión del derecho fundamental a la autoridad judicial, y ello a razón de la actuación del tribunal ordinario que sancionó a Lüth; la afirmación imputativa no resultaría tan fácil de hacer frente a casos que se sucedieron después, como los casos *Lebach*[3] y *Blinkfüer,*[4] casos estos en los que

---

2 Estrada, Alexei Julio, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: neoconstitucionalismo y derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, España, Trotta-UNAM, 2007, p. 125.

3 En el caso *Lebach,* el demandante había sido condenado por complicidad en el asesinato de unos soldados y en el robo de armas de un depósito que custodiaban y, lo que pretendía, entonces, el demandante era evitar que se emitiera un documental televisivo sobre el crimen, a razón de que estaba próximo a cumplir su sentencia y en consecuencia a salir de prisión y consideraba que la emisión televisiva del documental sobre el crimen en el que había participado, en el que aparecía su foto y además en el que se le mencionaba expresamente por su nombre, lo afectaba en su derecho a la intimidad y ponía en riesgo sus posibilidades de resocialización; empero, los tribunales ordinarios que habían conocido del caso se habían negado a impedir la emisión del documental, por lo que habían desestimado la pretensión.

4 El caso *Blinkfüer* trata del amparo constitucional interpuesto por un semanario contra un grupo editorial que había boicoteado su distribución; y la pretensión del semanario había sido desestimada por los tribunales ordinarios que habían conocido del caso.

se pretendía por los recurrentes era, precisamente, lo contrario a lo que se pedía en el caso *Lüth;* esto es que a diferencia del caso *Lüth,* en los casos *Lebach* y *Blinkfüer* lo que se pretendía era que el órgano judicial actuara para impedir una vulneración de derechos fundamentales por actos de particular, y los tribunales ordinarios se abstuvieron de brindar la protección pretendida.

Resultaba evidente, entonces, que en los casos *Lebach* y *Blinkfüer* era imposible atribuir la lesión iusfundamental a los tribunales, a menos que se recurriera a la figura del deber de protección, pero resulta que el Tribunal Constitucional Federal alemán no se acogió al deber de protección, sino que basó su argumentación en la concepción de "orden de valores y de eficacia objetiva de los derechos fundamentales".

El análisis del caso *Lüth* frente a los casos *Lebach* y *Blinkfüer* pone de manifiesto lo complejo de la teoría de la "imputación judicial", puesto que en los tres casos intervino la justicia ordinaria, pero solo en el caso *Lüth* se puede aplicar la teoría de la "imputación judicial" y no así en los casos *Lebach* y *Blinkfüer;* y, porque de otra manera, solo en el caso *Lüth* la justicia ordinaria ignoró la protección de los derechos fundamentales; mientras que en los casos *Lebach* y *Blinkfüer* actuó de manera garantista.

3. El Estado constitucional de derecho y la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

El constitucionalismo del Estado constitucional, social y democrático de derecho trae, entre otras propuestas, la integración de las poblaciones, clases sociales, grupos étnicos o sectores menos favorecidos o, genéricamente, de las minorías; en este sentido se proyecta en evitar la exclusión y la marginación a través de la compensación de las desigualdades y de la redistribución de la renta por medio de los impuestos y el gasto público desde el contexto interpretativo de la Constitución.

Cualquier tendencia del modelo de Estado constitucional, social y democrático de derecho utiliza como instrumentos de adaptación los sistemas de educación y sanidad, en mayor o menor grado públicos o controlados por el Estado, obligatorios o universales y gratuitos o subvencionados, pero siempre financiados con cotizaciones sociales; y sin eludir la intervención del mercado y la planificación de la economía. Todo ello en contra de los principios del liberalismo clásico,[5] pues no debemos olvidar que el Estado constitucional, social y democrático de

[5] Flores Tuberias, Carlos y Torres Pérez, Mercedes, *op. cit.,* p. 90.

derecho surge como reacción política y económica contra el liberalismo político y económico.

En este sentido, la tendencia actual y el debate del constitucionalismo contemporáneo es que los países y sus modelos democráticos evolucionen de cualquier modelo de Estado de derecho hacia un modelo de Estado constitucional de derecho, en donde este garantice los derechos de todos los asociados de manera efectiva; y no solo atendiendo a la dimensión subjetiva, entendiendo los derechos fundamentales como mecanismos de protección o defensa contra los poderes públicos, sino también como un deber de protección, protegiendo los derechos fundamentales por violaciones que se originen en las relaciones entre particulares.

A diferencia del Estado liberal de derecho, en donde la Constitución opera como un elemento limitador del poder político y los derechos fundamentales en ellas recogidos; en un sentido amplio se puede entender por Estado constitucional de derecho aquel que promueve la consecución de una igualdad y libertades reales y efectivas para los individuos y los grupos en que estos se integran, ya no desde la ley conforme al viejo modelo de "igualdad ante la ley", sino ahora desde la Constitución o desde una visión universal de igualdad que vincule al mismo legislador al concepto de igualdad universal; y es que hoy la idea de igualdad como derecho fundamental no está dada con base en la ley, sino en un estándar internacional de igualdad universal, por lo que el legislador nacional no puede legislar por debajo de ese estándar, porque entonces vulnera el principio universal de igualdad.

La trascendencia de los derechos fundamentales en el contexto del Estado constitucional, social y democrático de derecho radica en el hecho de que su materialización requiere de un proyecto de Estado para su implementación, ya sea en forma de prestaciones materiales que desde la estructura constitucional se imponen, de ahí la razón del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, o bien a manera de obligaciones impuestas por el legislador nacional a los particulares en función social; he aquí del porqué en el Estado constitucional de carácter social la tutela y eficacia de los derechos fundamentales se extiende también a actos de particulares.

Es a razón de la trascendencia de los derechos fundamentales en el interés social y en la estructura del Estado constitucional de derecho que no es excepcional que la tutela judicial efectiva alcance hoy el acceso a la justicia para tutelar violaciones de derechos fundamentales por actos de particulares; y se habla entonces de la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

4. La dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

4.1. La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales conlleva el reconocimiento de que estos son auténticos derechos subjetivos; y es que para el tradicionalismo del constitucionalismo del Estado liberal de derecho los derechos fundamentales continúan concibiéndose principalmente como derechos subjetivos, es decir, derechos propios, individuales, de protección y defensa frente a violaciones por parte de los poderes públicos del Estado.

En efecto, en la concepción del Estado liberal de derecho las relaciones privadas que se cumplían al amparo de las libertades constitucionales se concibieron como prerrogativas individuales frente al Estado; de ahí la teoría de las garantías individuales, hoy reemplazada por la teoría de los derechos fundamentales o los derechos humanos.

Hoy día, y en alas del constitucionalismo posmoderno o contemporáneo, la "doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares" se fundamenta en que los tribunales o cortes constitucionales, o el órgano que ejerza el control de constitucionalidad subjetivo y la tutela de los derechos fundamentales adapten las garantías consagradas en los distintos ordenamientos para la protección de los derechos fundamentales; los que si bien fueron concebidos inicialmente para ser justiciables solo frente a lesiones iusfundamentales provenientes de los poderes públicos, hoy es imperativo que esa tutela judicial se extienda a los conflictos que tienen lugar en el trafico jurídico entre particulares.[6]

En México, el artículo 1 de la Ley de Amparo (2016) establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y
III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal,

[6] Estrada, Alexie Julio, *op. cit.*, p. 126.

> siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, es el último párrafo del artículo 1 de la Ley de Amparo, vigente, de 2 de abril de 2013, último párrafo, donde se reconoce el amparo contra actos de Particulares, en los siguientes términos:

> El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

Pero además, el capítulo II, que trata la "Capacidad y personería en el Amparo", artículo 5, establece que son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

   El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

   El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si estos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

   Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

   La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

   Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

III. El tercero interesado, pudiendo tener tal carácter:

   a) La persona que haya gestionado el acto reclamado o tenga interés jurídico en que subsista;

b) La contraparte del quejoso cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden judicial, administrativo, agrario o del trabajo; o tratándose de persona extraña al procedimiento, la que tenga interés contrario al del quejoso;
c) La víctima del delito u ofendido, o quien tenga derecho a la reparación del daño o a reclamar la responsabilidad civil, cuando el acto reclamado emane de un juicio del orden penal y afecte de manera directa esa reparación o responsabilidad;
d) El indiciado o procesado cuando el acto reclamado sea el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;
e) El Ministerio Público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable.

IV. El Ministerio Público Federal en todos los juicios, donde podrá interponer los recursos que señala esta Ley, y los existentes en amparos penales cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia.

Sin embargo, en amparos indirectos en materias civil y mercantil, y con exclusión de la materia familiar, donde solo se afecten intereses particulares, el Ministerio Público Federal podrá interponer los recursos que esta ley señala, solo cuando los quejosos hubieren impugnado la constitucionalidad de normas generales y este aspecto se aborde en la sentencia.

Advertimos que es el último párrafo de la fracción II, del artículo 5 que nos habla que para los efectos de esta ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

4.2. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasciende el ámbito de la eficacia de estos por violaciones provenientes de los poderes públicos y se extiende a las relaciones entre particulares; y es que en el constitucionalismo posmoderno o contemporáneo, esta concepción evoluciona del método de la "legitimidad constitucional de las leyes" o "del control de constitucionalidad" o la "guarda de la integridad de la Constitución", entendido así bajo la ideología del Estado liberal de derecho, a un nuevo esquema que se manifiesta en la tutela de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, social y democrático de derecho desde la doble dimensión subjetiva y objetiva.

En este sentido, no se puede soslayar que el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán, en el fallo *Lüth* de 1951, en la argumentación que sustenta la decisión constitucional se vale del concepto de "orden de valores" para explicar la misión que los derechos fundamentales cumplen en el contexto del ordenamiento jurídico objetivo.[7]

Desde su origen doctrinal se puede encontrar, con diferentes denominaciones, el estudio evolutivo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, así se pueden encontrar títulos como: "orden objetivo de valores" *(objektive Wertordnung)*, "sistema de valores" *(Wertsystem)*, "decisión constitucional fundamental" *(Verfassungsrechtliche grundentscheidung)*, "derechos fundamentales como normas objetivas" *(Grundrechte als objektive Normen);* no obstante, esa variedad terminológica que en la doctrina explica la evolución de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es superada por el desarrollo de la jurisprudencia dogmática constitucional que ha desarrollado conceptos como: "principio valorativo" *(Wertentscheidende Grundsatznorm")*, "decisión valorativa jurídico-objetiva" *(objektivrechtliche Wertentscheidung)*, "principios estructurales" *(Strukturprinzipien)*.[8]

No obstante, es de advertir que si bien el Tribunal Constitucional Federal alemán en el fallo *Lüth* empleó el concepto "orden de valores" para referirse a la tutela objetiva de los derechos fundamentales, no lo desarrolló y solo se limitó a exponer el principal efecto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cual es la irradiación que estos producen sobre el conjunto del ordenamiento jurídico; y fue con los casos *Lebach* y *Blinkfüer* que se creó jurisprudencia con posterioridad al caso *Lüth*.

En efecto, fue con los casos *Lebach* y *Blinkfüer* que el Tribunal Constitucional Federal alemán recurrió al desarrollo del concepto de "orden objetivo de valores"; y sostuvo que la conducta del juzgador constitucional al ignorar el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en especial en las relaciones entre particulares, supone no solo lesionar el orden constitucional objetivo, sino también vulnerar a la persona del ciudadano en su derecho constitucional subjetivo.

No obstante, y si bien los fallos de los casos *Lebach* y *Blinkfüer* desarrollan el concepto de "orden objetivo de valores", el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán en supuestos similares posteriores ha preferido mutar su jurisprudencia a la concepción del "deber de protección".

Empero, cualquiera que sea la tendencia jurisprudencial que se exprese, sea el "orden objetivo de valores" o el "deber de protección" del Estado, la di-

[7] Extrada, Alexei Julio, *op. cit.,* p. 131.

[8] *Idem*.

mensión objetiva de los derechos fundamentales es la construcción que justifica el influjo de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, concepción de la cual dimana la validez universal de estos, con efectos no solo frente al Estado sino también ante actos que se suscitan o surgen de relaciones entre particulares, es lo que le da sentido al último párrafo del artículo 1 de la ley de Amparo de 2013; y al último párrafo de la fracción II del artículo 5 de la misma Ley de Amparo.

El constitucionalismo posmoderno o contemporáneo, al que se hace referencia con los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones de los Estados constitucionales, democráticos de derecho y de carácter social que se promulgaron después de la Segunda Guerra Mundial, ya no entiende a los derechos fundamentales únicamente como límites, prerrogativas o potestades del titular del derecho respecto a los poderes públicos, sino que los entiende como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico; lo que incluye también la tutela contra actos de particulares, ya sea bajo el concepto de "orden objetivo de valores" o bajo el concepto de "deber de protección" del Estado.

Así, es incuestionable que el reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trae consigo determinadas consecuencias para el conjunto del ordenamiento jurídico, y estas son el efecto de irradiación o expansión de los derechos, el deber de protección y la eficacia entre particulares.[9]

5. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares por la vía de amparo

Revisaremos aquí el fundamento constitucional y legal del amparo contra actos de particulares en el derecho mexicano.

5.1. El fundamento de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos

Según expone el artículo 103 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos,[10] los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

[9] Anzures Gurria, José Juan. La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales. Revista mexicana de Derecho Constitucional, núm. 22, ene-jun 2010.

[10] Artículo reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación,* 6 jun 2011.

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México,[11] y
III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.[12]

En tanto que el artículo 107 de la misma Constitución de los Estados Unidos Mexicanos refiere que las controversias de que habla su artículo 103, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:[13]

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

   Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;[14]

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

En tanto que la Ley de Amparo, en su artículo 1 establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias

---

11 Reformada mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación,* 29 de enero de 2016.

12 Reformada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación,* 29 de enero de 2016.

13 Reformada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación,* 6 de junio de 2011.

14 *Idem*.

del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

5.2. La extensión de "actos de autoridad" a particulares

Conforme al párrafo segundo de la fracción III del artículo 1 de la nueva Ley de Amparo de 2013 se amplió el concepto de "autoridad responsable" para los efectos de interposición de juicios de amparo, y ahora abarca a los particulares que realicen "actos" equiparables a "actos de autoridad".

La nueva Ley de Amparo de 2013, de México, universaliza así el amparo mexicano a un ámbito de protección que no tenían los derechos fundamentales, puesto que el constitucionalismo mexicano en ejercicio del juicio de amparo solo entendía la procedencia en razón de la violación de un derecho subjetivo como afectación de los poderes públicos.

Lo cierto es que en las sociedades posmodernas existen diversos poderes fácticos que se ejercen por entidades nacionales y trasnacionales que afectan derechos fundamentales individuales y colectivos, ya sea por delegación del Estado o hasta en competencia con el mismo Estado y, a veces, más autoritarios que el mismo Estado y que hasta la entrada en vigencia de la nueva ley de amparo gozan de impunidad, por razón de que no podían ser objeto de juicio de amparo, no obstante, ahora quedan sometidos a la jurisdicción constitucional del juicio de amparo.

Ahora bien, la nueva Ley de Amparo introduce una ampliación al concepto de "acto de autoridad", más allá e independientemente de quien lo emita; y es precisamente esa ampliación del concepto jurídico en torno al contexto y pretexto de "acto de autoridad" que ahora, por previsión normativa, el concepto de "autoridad" trasciende a los actos de los particulares, los cuales, cuando revisten ciertas características definidas por la misma Ley de Amparo, se entienden equivalentes a los de una "autoridad" y por tal sentido, pueden ser revisados por la vía de juicio de amparo.

5.3. Concepto jurídico de "autoridad responsable" aplicable a particulares

El artículo 5 de la Ley de Amparo, en la fracción II, primer párrafo nos orienta en torno a la determinación del concepto jurídico de autoridad responsable para los efectos de la interposición del juicio de amparo y dice que:

> La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Conforme al concepto jurídico de "autoridad responsable", el párrafo segundo de la fracción II del artículo 5 de la misma Ley de Amparo extiende a particulares el concepto de "autoridad responsable" y dice que:

> Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

La calidad de "autoridad responsable" se puede establecer de manera formal precisando cuestiones básicas en razón del ejercicio económico o de la función social, o por razón de la concesión de servicios públicos a entes particulares y demás detentadores posibles que determinan la condición de autoridad responsable; y en tal sentido se pueden individualizar los supuestos conforme a los cuales se considera a un particular como autoridad para efectos del juicio de amparo.

Supuestos determinantes de la autoridad responsable:

- cuando el particular o el ente particular despliega, por delegación o concesión del Estado, actividad relacionada con un servicio público de interés social de educación y salud;
- cuando el particular o el ente particular, por cuenta propia o por delegación o concesión del Estado, despliega actividad de servicios domiciliarios como agua y/o luz, sea de manera colectiva o individual;
- cuando el particular despliega una actividad que afecta derechos fundamentales de otro particular situado en un mismo plano;
- cuando el particular despliega una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo, y

- particulares o entes particulares respecto de quienes el amparista se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

En 2011, México reforma la Constitución y en el artículo 1 se remplaza el viejo concepto liberal de "garantías individuales" por el de "derecho humanos"; por lo que el artículo 1 ahora expresa que:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.[15]

El nuevo enunciado del artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos incide sobre la ampliación en la protección de los derechos; porque la norma rebasa el concepto del individualismo garantista y se extiende a la protección de los derechos humanos, por lo que ahora quedan bajo el control objetivo los particulares que ejercen actividad que tradicionalmente le había correspondido al Estado, o de otra manera, ejercen una actividad que afecta derechos humanos, por lo que ahora la Constitución y la nueva Ley de Amparo lo asimilan a la "calidad de autoridad responsable"; de allí que el ente particular que ejerce actividad de poder y decisiones que afectan derechos humanos cae en los supuestos de "autoridad responsable" y, por tanto, se asimila a la obligación que deriva del ejercicio del poder, el cual es respetar los derechos humanos, so advertencia de que sus actos sean revisados mediante juicio de amparo.

La adopción en México del amparo contra actuaciones de los poderes privados o particulares es un gran avance; porque ha venido a rehabilitar la desventaja que tenía el particular agraviado por un poder fáctico distinto al Estado.

Ahora bien, la "calidad de autoridad responsable" deriva en "acto de autoridad"; y por vía deductiva podemos advertir que se manifiesta como una limitación que impide amparar todos los actos que emiten particulares; por lo que el juicio de amparo, si bien ahora procede contra actos de particulares, lo cierto es que está condicionado a un acto de particular calificado como acto de autoridad, que a su vez deriva de una condición de poder frente al semejante.

De otra manera, el mínimo de la regulación establecida con respecto al amparo contra particulares, tanto en la Constitución como en la Ley de Amparo, nos induce a pensar que el reformador de la Constitución y el legislador fueron conservadores al no establecer un marco jurídico más amplio

[15] Párrafo reformado, *Diario Oficial de la Federación,* 10 jun 2011.

y principialista con respecto al ejercicio y tutela del amparo contra actos de particulares; y es la razón por la que deducimos que la Ley de Amparo no nos presenta un catálogo de actos objeto de amparo, sino que se limitó a enunciar en el artículo 5, fracción II, párrafo segundo que, en efecto, el juicio de amparo también procede contra actos que emitan entes privados o particulares asimilables o equivalentes a los de autoridad.

Entendiendo al mínimo de la regulación sobre ejercicio y tutela del amparo contra particulares, resulta indispensable la interpretación; pero esa interpretación debe hacerse cónsona con la doctrina constitucional fundamentalista de la segunda posguerra de la cual surge el imperativo de tutelar los actos de particulares que impliquen afectación de derechos fundamentales.

5.4. El "acto de autoridad" como condición de procedibilidad para interponer amparo contra actos de particulares

En un sentido práctico, la condición de "acto de autoridad" se manifiesta como una limitación que impide amparar todos los actos que emiten particulares; a la vez que opera como una condición de procedibilidad para el ejercicio del amparo contra actos de particulares.

En este sentido, resulta imperioso revisar el concepto de "acto de autoridad", en torno al cual la ley solo refiere que el acto del ente privado o del particular, para que sea objeto de amparo, debe equipararse a un "acto de autoridad".

Una manera de conceptualizar el "acto de autoridad", pero desde la perspectiva de la función pública o derivado del ejercicio de los poderes públicos, es entenderlo como un hecho voluntario e intencional, negativo o positivo, imputable a un órgano del Estado o a un funcionario con autoridad legal delegada por parte del Estado; y el cual, en efecto, deriva en una decisión, en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produce una afectación de derecho en las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares o de una manifestación de hecho determinada pretextando el ejercicio de funciones públicas; y que por el calificativo de "acto de autoridad" se impone de manera imperativa, unilateral o coercitivamente.[16]

En efecto, siguiendo la conceptualización de la *Enciclopedia Jurídica Online* (México), en la conceptualización de acto de autoridad destaca el

[16] *Cfr. México. Enciclopedia Jurídica Online,* consulta 29 may 2017, disponible en *http://mexico.leyderecho.org/acto-de-autoridad/*

elemento de "voluntariedad", que lo distingue de un acontecimiento cualquiera, el de intencionalidad, que estriba en la causación de una afectación, esto es que tiende a la obtención de un fin determinado, así como la índole decisoria o ejecutiva del acto dotado de imperatividad, unilateralidad y coercitividad, que le imprimen naturaleza autoritaria y que por ello, puede producir una afectación en bienes o derechos del particular. Por tanto, el acto de autoridad reclamable a través del juicio de garantías necesariamente debe inferir un agravio o lesión a cualquier derecho o bienes del gobernado, para que le asista interés jurídico en reclamarlo.[17]

La *Enciclopedia Jurídica Online,* nos refiere a la tradición mexicana, y en una reseña del *Diccionario Jurídico Mexicano* (1994) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —escrito por José Othón Ramírez Gutiérrez— dice que "acto de autoridad" es el que ejecuta la autoridad, actuando en forma individualizada por medio de facultades decisorias y el uso de la fuerza pública y que con base en disposiciones legales o *de facto* pretenden imponer obligaciones, modificar las existentes o limitar los derechos de los particulares.[18]

Ampliando el concepto de "acto de autoridad", la *Enciclopedia Jurídica Online* dice que los actos de autoridad no son únicamente los que emiten las autoridades establecidas de conformidad con las leyes, sino que también deben considerarse como tales los que emanen de autoridad de hecho, que se encuentren en posibilidad material de obrar como individuos que expidan actos públicos. De esta manera se podrá establecer con toda claridad que existen actos emanados de autoridades *de facto,* por más que tengan atribuciones que legalmente no les correspondan.[19]

Hasta la entrada en vigencia de la nueva Ley de Amparo, que abarca ahora a actos de particulares, la jurisprudencia elaboró un criterio jurisprudencial en torno a "autoridades" y también en torno a "¿quiénes lo son?". Y dejó por sentado que:

> […] el término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.[20]

---

17 *Idem.*

18 *Idem.*

19 *Idem.*

20 Véase Gudiño Pelayo, Jesús, "La Suprema Corte de Justicia y el concepto de autoridad para efectos del amparo. Análisis de una jurisprudencia que posiblemente no lo sea", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana,* núm.

Ahora bien, la referencia jurisprudencia a la que hacemos alusión tenía como fuente normativa la procedencia del juicio de amparo en México, conforme a la ley anterior de amparo, en torno a la que había que citar la fracción I del artículo 103 constitucional que establecía que: "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales".

En efecto, frente a ese texto legislativo vale comentar con la *Enciclopedia Jurídica Online* que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido al respecto que: "El término «autoridades» para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen" (Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1975, octava parte, tesis 53, p. 98). El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, ha sostenido que la tesis anterior necesita ser afinada en la época actual, por lo que se refiere a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de que las funciones del poder ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales.

> Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral, ni por estipulación respecto de tercero (arts. 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), imponer a otras cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública, ni directa ni indirectamente —acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo—, uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades, para los efectos del amparo (art. 103, fracc. I de la Constitución federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellas mismas de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella). Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económico-coactiva, como impuestos, derechos o aprovechamientos (art. 1, fracc. I del Código Fiscal de la Federación), se estará frente a autoridades facultadas para dictar resoluciones de carácter fiscal (Informe 1981, tercera parte, tesis 4, p. 29).[21]

19, pp. 69 y ss., consulta 29 de mayo de 2017, disponible en *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11084/10137*

[21] Véase, *México. Enciclopedia Jurídica Online,* consulta 29 may 2017, disponible en *http://mexico.leyderecho.org/acto-de-autoridad/*

5.5. El componente de "subordinación" como contenido del "acto de autoridad"

La definición de "acto de autoridad" implica delimitar una actividad que ya conceptualmente ha venido evolucionando y que ahora, por virtud de ley, su definición se extiende a actos de particulares mediante una ficción jurídica de equiparar actos de entes privados o personas particulares a la condición de "actos de autoridad" como efecto de la afectación de derechos fundamentales.

Acto de autoridad nos traslada al entendimiento de:

- una relación de subordinación;
- que la relación de subordinación debe tener una previsión en ley;
- que un acto de autoridad implica una manifestación de voluntad a través del cual se cree, modifique, o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten al particular, y
- la emisión de un acto de autoridad no requiera la validación jurisdiccional previa ni el consenso de la voluntad del afectado.

La interpretación de la ley, en cuanto acto de ente privado o particular entendido como "acto de autoridad" para ser objeto del juicio de amparo, devela un componente no previsto en la ley, y es la condición de "subordinación" que devine implícita de la definición; que si bien ha sido considerada por jurisprudencia en la estructuración jurisprudencial de "acto de autoridad"; la misma fuerza que imprime la idea de subordinación ha desplazado el componente fáctico del uso de la fuerza pública como elemento caracterizador del "acto de autoridad"; porque es insoslayable que existen manifestaciones del acto de autoridades que para cumplir, ordenar o hacer efectivo un acto no constituye una condición *sine qua non* el uso de la fuerza pública.

Ahora bien, para la delimitación del concepto de "acto de autoridad" conforme a la nueva Ley de Amparo que alcance a los actos de particulares es imprescindible la sumisión al artículo 5, fracción II, cuando establece como notas caracterizadoras:

- dictar, ordenar, ejecutar o tratar de ejecutar un acto;
- que ese acto sea unilateral y obligatorio, y
- que el acto unilateral y obligatorio: cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

De la literalidad de la norma se puede encontrar un concepto de acto de autoridad amplio; que permite revisar más actos, no solo de los parti-

culares, sino también de autoridades formalmente reconocidas en norma, pero que por jurisprudencia se ha determinado que son particulares para efectos del juicio de amparo.

6. Conclusiones

La reforma constitucional de 2013, realizada a la Constitución mexicana, introduce el amparo contra actos de particulares.

No obstante, por delegación constitucional de los artículos 103 y 107, la función jurisdiccional de amparo se ejerce conforme al desarrollo de la "Ley de Amparo" de 2 de abril de 2013.

Con la implementación de la Ley 2 de abril de 2013, constitutiva de la nueva Ley de Amparo en México, se extiende el concepto de "actos de autoridad" a particulares; no obstante ello implica, a la vez, la delimitación conceptual de "autoridad responsable" aplicable a particulares.

Significa, entonces, que el "acto de autoridad" se traduce en una condición de procedibilidad para interponer amparo contra actos de particulares; sin soslayar que el componente de "subordinación" es un elemento indispensable para determinar que se trata de un "acto de autoridad".

7. Bibliografía

Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 22, ene-jun, 2010.

Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Madrid, CEPC, 1997.

Cotino Hueso, Lorenzo, *Cuarto. Ámbitos particulares de eficacia de los derechos,* Derecho Constitucional II, Open Course Ware, 2009-2010, Universidad de Valencia.

Estrada, Alexie Julio, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

——, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales: neoconstitucionalismo y derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, España, Trotta-IIJ-UNAM, 2007.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad,* Mexico, Fundap, 2012.

Flores Tuberias, Carlos y Torres Pérez, Mercedes, "Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental", en *Cuestiones Constitucionales,* núm. 5, jun-dic, 2001, España.

González Dávila, Richard, "La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares", en *Foro: Revista de Derecho,* II semestre, núm. 16, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2011.

Gudiño Pelayo, Jesús, "La Suprema Corte de Justicia y el concepto de autoridad para efectos del amparo. Análisis de una jurisprudencia que posiblemente no lo sea", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana,* núm. 19, pp. 69 y ss., consulta 29 de mayo de 2017, disponible en *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11084/101*

Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "Criterios de eficacia de los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 3, UNED-Facultad de Derecho, 1999.

Mendoza Escalante, Mijail, "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", en *Pensamiento Constitucional,* año XI, núm. 11, PUCP, 2005.

México. Enciclopedia Jurídica Online, Consulta 29 may 2017, disponible en *http://mexico.leyderecho.org/acto-de-autoridad/*

Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano,* México, Porrúa, 2007.

Vivas Tesón, Inmaculada, *La horizontalidad de los derechos fundamentales,* Universidad de Sevilla, disponible en *http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf*

Test de convencionalidad y protección de los derechos humanos

*Víctor Bazán**

Sumario: 1. Introducción. 2. Apreciaciones de contextualización. 3. En torno a algunas facetas del test de convencionalidad. 4. Cierre.

1. Introducción

Analizaremos aquí algunas cuestiones de relevante actualidad y significativa prospectiva conectadas con el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia internacional para los actores de los sistemas judiciales en el ámbito interno, principal pero no exclusivamente, los *jueces*.

Vale recordar que la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio transnacional, este dinamizado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Teniendo en consideración esa trascendente pauta jurídica y axiológica, comenzaremos nuestro recorrido ofreciendo algunas sumarias consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales —y demás autoridades competentes— de llevar adelante una *interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos*.

A continuación responderemos a un puñado de interrogantes en torno a la fiscalización convencional: de qué hablamos cuando hablamos de *control de convencionalidad*; cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicho test en el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); cuáles son algunos de los fundamentos en que se asienta y los objetivos que persigue; de qué modo se concreta la conexión de esta modalidad de contralor de compatibilidad

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional, y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras.

convencional con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la imprescindible búsqueda del efecto útil de los compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales; y cómo el control de convencionalidad puede funcionar como una importante pieza del mecanismo de protección multinivel de éstos.

Cerraremos esta contribución con ciertas consideraciones finales que se unirán a otras aproximaciones intercaladas en su nudo argumental.

2. Apreciaciones de contextualización

2.1. Vínculos entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno

Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto[1]. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos.

Esas premisas confirman que la medular problemática de los derechos humanos es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las instancias estatales y la transnacional. Ello sin olvidar que esta última ostenta (en el plano jurisdiccional) una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (*cfr.* Preámbulo de la CADH, párr. 2) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos[2] ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio en el marco transnacional que pudiera acarrearles responsabilidad internacional.

En esa dinámica se impone como premisa irrecusable a los jueces internos acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales *de conformidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional de*

[1] *Cfr.* Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 165.

[2] Véase por ejemplo el art. 46.1.a de la CADH.

los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de aplicar los estándares surgentes de los pronunciamientos de la Corte IDH y dar seguimiento de *buena fe* a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH).

Tal mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la hermenéutica más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas, por ejemplo, en la CADH y los productos interpretativos que a su respecto depara la Corte IDH, conforman una matriz jurídica que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos esenciales*.

2.2. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH

Partimos de una base indiscutible, al menos en abstracto: las decisiones de la Corte IDH resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado condenado (*cfr.* arts. 67, parte inicial, y 68.1 de la CADH). Para este el pronunciamiento hace *cosa juzgada internacional*, o sea, le genera una *vinculación inmediata o directa*.

El deber de cumplimiento por el Estado concernido es inexcusable. Este no es un tema precisamente menor ya que, como puntualiza García Ramírez, "*si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida.* De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados —es decir, de los gobernantes— y su proyecto político"[3] —remarcado añadido—.

Ya para el resto de los países miembros del sistema interamericano —que reconocieron la competencia contenciosa de la Corte— la sentencia contra un Estado hace *cosa interpretada internacional*, lo que supone un importante nivel de preceptividad, generándole una *vinculación mediata o indirecta*. Ello significa, para Cançado Trindade, que el resolutorio es válido

[3] García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 156.

erga omnes partes, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención.[4]

A propósito de la cuestión que abordamos (vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH), intercalamos un breve paréntesis para comentar que en fecha reciente (14 de febrero de 2017) la Corte Suprema de Justicia argentina ha dictado, por mayoría, un pronunciamiento preocupante.[5]

Concretamente, desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por medio de la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana proferido en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina,*[6] donde el Estado argentino fue condenado en 2011, se dejara sin efecto una sentencia firme emitida por la Corte Suprema en 2001. Revocar ese fallo es justamente parte sustancial del decisorio del Tribunal Interamericano, razón por la cual la negativa de la Corte argentina de cumplirlo resulta alarmante y abre un cono de sombras respecto del modo como se moverá en el futuro en torno a un tema de alta sensibilidad. Es que, en función de lo que adelantábamos, el pronunciamiento de la Corte IDH tiene para el Estado argentino —y obviamente para aquel Máximo Tribunal Nacional— efecto de *cosa juzgada*.

2.3. Control de convencionalidad y opiniones consultivas

Las *opiniones consultivas* de dicho Tribunal Interamericano, si bien obviamente no son sentencias jurisdiccionales, sí poseen *vinculatoriedad*.

Es que si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice

[4] Cançado Trindade, Antônio A., "Anexo 21: Presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)", de 16 de octubre de 2002; el mismo autor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, 2ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mayo de 2003, t. II, p. 920.

[5] CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14 de febrero de 2017.
La mayoría estuvo compuesta por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti (este último en voto concurrente). De nuestra parte, reivindicamos la coherente disidencia del juez Maqueda (consistente con la posición que desde hace tiempo mantiene), quien votó a favor de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH.

[6] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238.

la Corte IDH, y si justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional debe necesariamente tenerse en cuenta los *productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas*.

En ese sentido, las opiniones consultivas son relevantes para el ejercicio del control de convencionalidad en la dimensión *interna*, o sea, en el desarrollo del test convencional *difuso*, como parte de la doctrina señala para diferenciarlo de la modalidad *concentrada* que monopoliza la Corte IDH.

La cuestión a la que se refiere el epígrafe de este subapartado, ha quedado zanjada mediante la opinión consultiva OC-21/14, rendida el 19 de agosto de 2014.[7] Entre otras consideraciones, allí la Corte IDH sostuvo que:

- conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado *obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (párr. 31), lo que en realidad —agregamos por nuestra parte— es reiteración de una jurisprudencia constante sostenida desde hace algunos años;
- la violación por alguno de tales órganos *genera responsabilidad internacional* para el Estado (*id.* párr.);
- *es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" (*id.* párr.);
- a partir de la *norma convencional interpretada* a través de una opinión consultiva todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son Partes de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.l) y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*[8] (*id.* párr.), y

[7] Corte IDH, opinión consultiva OC-21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.

[8] Al respecto, la Corte IDH remite a lo que dijera en el aludido *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, considerandos 65-90.

- dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte IDH, la opinión consultiva que referenciamos involucra a: *i) los* Estados Parte de la CADH; *ii)* todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, independientemente de que hayan o no ratificado la CADH, y *iii)* los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta (párr. 32).

3. En torno a algunas facetas del test de convencionalidad

3.1. Acercamiento conceptual

La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales. Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

3.1.1 Ámbito internacional

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como "control de convencionalidad".

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia —*v. gr.*— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

3.1.2. Contexto interno

La restante vertiente se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales —involucrando también a las demás autoridades públicas (según lo ha dispuesto la Corte IDH)— y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH —y otros instrumentos internacionales interamericanos— y a los patrones interpretativos que aquella ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*[9] capital en materia de derechos humanos acerca del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia material. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que —en principio y siempre que sea adecuadamente empleado— puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo sino que plantea a los espacios jurídicos nacionales diferentes retos para su adecuada operativización. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige que los respectivos actores del sistema *conozcan* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

3.2. La edificación del instituto por vía de doctrina judicial

3.2.1. Antes del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

Fue el hoy expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala,*[10] quien en el seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27), centrali-

[9] Se ha señalado que la expresión "*corpus juris* de los derechos humanos" es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional, véase O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos, 2007, p. 57.

[10] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101.

zando el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concebía —*mutatis mutandis*— como una suerte de tribunal constitucional —o convencional— supranacional.

Ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador,*[11] el nombrado jurista explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo "conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Parte en ejercicio de su soberanía" (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el *caso López Álvarez vs. Honduras,*[12] y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"—, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*[13] (resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,*[14] que trataremos *infra*), el varias veces citado exjuez del Tribunal Interamericano precisó que este "tiene a su cargo el 'control de convencionalidad' fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana" (párr. 6), pudiendo sólo "confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza" (párr. 7).

Al solo efecto ilustrativo vale evocar que en su intervención como Presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, el 28 de marzo de 2006, García

11 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

12 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.

13 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

14 Si bien existe coincidencia cronológica en el dictado de ambas sentencias, fuera de la alusión del juez García Ramírez no hay en el fallo recaído en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* mención alguna al control de convencionalidad.

Ramírez ya expresaba: "La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (…) es *corte de convencionalidad*, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales"[15]. (las cursivas son nuestras)

3.2.2. El empleo plenario del enunciado "control de convencionalidad" por la Corte IDH a partir del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile"

Preliminarmente, aclaramos que, salvo advertencia en contrario, las cursivas en los párrafos que se transcribirán textualmente no corresponden al original.

a) El Tribunal Interamericano comenzó a aplicar plenariamente la expresión "control de convencionalidad" en el sentido que aquí nos interesa resaltar —examen de convencionalidad practicable en sede doméstica—,[16]

---

15 Véase *www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf*

16 Con determinadas particularidades según el respectivo contexto jurídico, el control de convencionalidad en sede interna se viene realizando materialmente desde hace bastante tiempo.

Basta por ejemplo con repasar la praxis francesa, cuya Corte de Casación en un conocido pronunciamiento de 24 de mayo de 1975 declaró expresamente que el art. 55 de la Constitución de ese país (1958) *autoriza al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este sea anterior a la norma*. Mucho influyeron para la conformación de tal jurisprudencia la propia Constitución de la V República Francesa, el desenvolvimiento del derecho comunitario europeo y la ratificación de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (operada en 1974). Más tardíamente, el Consejo de Estado también se plegó a esa lógica a partir del decisorio de 20 de octubre de 1989.

De ahí que haya sido usual que las jurisdicciones ordinarias francesas *inaplicasen una ley por ser incompatible con un derecho fundamental que tuviera base en el derecho comunitario o en la citada Convención Europea*, aunque eran refractarias a inaplicar una ley por violación a la Constitución.

Sobre el tema, véase Fromont, Michel, "El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas", publicado en francés en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungenel [La Constitución del Estado frente a nuevos desafíos]. Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen, 1998, trad. por Claudia del Pozo. Dicho trabajo puede verse en idioma español en *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, pp. 369-398.

Con todo, debe tenerse presente que se modificó la Constitución de 1958, mediante la Ley Constitucional 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de

fundamentalmente en los siguientes casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,*[17] *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*[18] y *La Cantuta vs. Perú.*[19]

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* específicamente en el párr. 124, sostuvo: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*".

Por su parte, en el párr. 128 del fallo recaído en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* expresó que: "*… los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también*

---

la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en el década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron. Ello ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (art. 61.1 constitucional).
Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: "Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos" (*cfr.* Ferreres Comella, Víctor, "El surgimiento de los tribunales constitucionales", en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35).

17 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

18 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

19 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

'de convencionalidad' ex officio *entre las normas internas y la Convención Americana*, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".

Ya en el caso *La Cantuta vs. Perú,* en su párr. 173, directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile.*

Del breve *racconto* efectuado, se desprende que en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* empleó un mayor nivel de determinación jurídica en relación con la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad *vis-à-vis* lo que verbalizara en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Así, mientras en este sostuvo un tanto genéricamente que el *Poder Judicial* debe ejercer una *especie de "control de convencionalidad"*, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que *los órganos del Poder Judicial* deben ejercer *no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'*.

Es también preciso subrayar que en el decisorio citado en último término la Corte avanzó en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad, decantándose por su viabilidad *incluso de oficio*, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y el fin de los mismos —temas que oportunamente retomaremos—.

En tren de sintetizar al máximo el problema, debe subrayarse que la faena de desenvolvimiento del test de convencionalidad implica discernir si una norma o un acto internos *son o no convencionales*. Es que, como el Tribunal Interamericano advirtió en el caso *Boyce y otros vs. Barbados,* ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es "convencional", o sea, debe además el órgano competente decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH (párr. 78).[20]

b) Por su parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: "*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana,* evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (párr. 225).[21]

---

[20] Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

[21] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

c) Respecto del panorama someramente descripto es útil traer a colación otro ingrediente importante. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay,* la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática.

Sostuvo en esa ocasión que "…particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad'* (…)*, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*" (párr. 239).[22] En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, además de los magistrados jurisdiccionales.

d) A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos *López Mendoza vs. Venezuela,*[23] y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile,*[24] que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia*.

e) De su lado, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay,* resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte puntualizó que es "*obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención*, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados", adquiriendo, así, "sentido el mecanismo convencional, *el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos*, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser

[22] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

[23] Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233, párr. 228.

[24] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párr. 284.

considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un *control complementario de convencionalidad*".[25]

f) Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar la fiscalización convencional en el* área interna *y la ampliación del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observan principalmente los siguientes eslabones:

- **i)** *el Poder Judicial* debe realizar una *"especie" de control de convencionalidad* (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*);
- **ii)** *los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio* (caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*);
- **iii)** el test de convencionalidad involucra *a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*);
- **iv)** *cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial* deben llevar adelante la fiscalización convencional (caso *Gelman vs. Uruguay*);
- **v)** se impone la *adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (casos *López Mendoza vs. Venezuela* y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*), y
- **vi)** existe la *obligación de las autoridades internas —y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales—* de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

3.3. Fundamentos y finalidad

Uno de los aspectos que procuramos resaltar es la importancia de que la *dimensión objetiva* de las sentencias de la Corte IDH tenga eco en los órganos

[25] Corte IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 144; y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

nacionales competentes al efecto. Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales[26].

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones inherentes al derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del "control de convencionalidad" están cifradas *en el grado de receptividad en los ámbitos domésticos de la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y en la voluntad política de los Estados*.

La lógica de funcionamiento del nombrado mecanismo sería la siguiente: la Corte IDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas, tomando al principio *pro persona* como fuente nutricia) y, control de convencionalidad mediante, los órganos competentes locales lo aplican en los casos concretos que se les presenten.

Así, se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por magistrados y demás autoridades en los órdenes nacionales, siempre en el contexto de sus *respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado o adherido a la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

Al respecto, no puede soslayarse como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* —premisa fundamental del derecho de los tratados, de raigambre metajurídica—;[27] cumplimiento de buena fe —que recorre transversalmente a todo el derecho internacional—, e improcedencia de alegar disposiciones —u omisiones (según nuestro criterio)— de derecho

[26] *Cfr.*, *mutatis mutandis*, Jimena Quesada, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

[27] Sobre el particular, y en su voto disidente en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 31, el expresidente del Tribunal, Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, "al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales" (párr. 8).

interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.[28] Todo ello de acuerdo, respectivamente, con los arts. 26, 31.1 y 27 (este sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969,[29] conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales[30].

Desde otro perfil, y como adelantáramos, tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido *voluntaria y soberanamente* al radio de alcance competencial que aquella ostenta, se encuentran integrados al modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe.[31]

Según se ha sostenido en un voto concurrente[32] emitido en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia,*

---

28 Solo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: "Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia […]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969" (*cfr.* opinión consultiva OC-14/94, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2]", 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 14, párr. 35).

29 UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

30 Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que "los pactos deben ser cumplidos", la disposición añade "de buena fe", que naturalmente —y como se anticipó— es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3 reza: "Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos".
A su tiempo, entre los principios de la ONU, su Carta establece en el art. 2.2. lo siguiente: "Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*" (las cursivas son nuestras).
Sobre tales tópicos, véase para ampliar Guardia, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

31 Véase arts. 33; 62.3; 67, parte inicial; 68.1, y ccds. de la CADH.

32 Las palabras citadas corresponden a Diego García-Sayán, quien fuera presidente de la Corte IDH entre 2010 y 2013.
Actualmente (2017), el Tribunal está integrado de la siguiente manera: Roberto F. Caldas (presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (vicepresidente), Humberto Sierra Porto (juez), Eduardo Vio Grossi (juez), Elizabeth Odio Benito (jueza), Eugenio Raúl Zaffaroni (juez) y Patricio Pazmiño Freire (juez).

> *…los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos*. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos.[33] (las cursivas son nuestras)

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer recinto de tutela cabal de tales derechos. Así, para García Ramírez, *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*.[34]

3.4. Conexión con el principio de adecuación normativa. El efecto útil de los tratados internacionales

De la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que sus Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.[35]

En ese contexto, la palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de "otro carácter"*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

---

33 Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213; voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 30.

34 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, supra,* voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

35 Algunas referencias a este y otros temas pueden verse en el libro de Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva ed. aument. y actualiz., Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: "i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".[36]

Lo que pretendemos resaltar aquí es que innegablemente la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principe allant de soi* —un principio evidente—, en palabras que hace ya más de nueve décadas profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional.[37]

Debe añadirse que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que ellas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. En otras palabras, esa eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.[38] Tal eficacia de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.[39]

Así, las medidas de derecho interno han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales —y otras autoridades públicas— asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad,* mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

Presentada la idea en palabras de la Corte IDH, quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local "debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o

---

36 Corte IDH. *inter alia*, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 207; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179, párr. 122.

37 CPJI, Avis consultatif, "Echange des populations grecques et turques", 1925, Série B, núm. 10, p. 20.

38 Corte IDH. entre otros, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 69.

39 *Ibidem,* párr. 70.

anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos".[40]

3.5. Protección multinivel de los derechos básicos

Como insistentemente ha expuesto la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.[41]

En esa línea, desde antiguo la Corte viene puntualizando que la CADH, "así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, *se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes*"[42] (las cursivas son nuestras).

---

40 Véase, *v. gr.*, Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra,* párr. 124; *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, supra,* párr. 128, y *Boyce y otros vs. Barbados, supra,* párr. 113.

41 *Cfr.*, por ejemplo, Corte IDH, opinión consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, núm. 2, párr. 29. Sobre el punto, ver Bazán, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza (Arg.), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I, pp. 91-165.

42 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55, párr. 41; y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 96.

Como puede suponerse, el esquema de razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy similar en el sentido apuntado. De hecho, hace ya bastante tiempo (*v. gr., in re Irlanda vs. Reino Unido* —1978—), dejó en claro que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Parte, creando por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, *obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva*.[43] Asimismo, por ejemplo, en "Soering vs. Reino Unido" —1989—, señaló que tal Convención debe ser interpretada "*en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales*. (…) De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva"[44] (las cursivas son nuestras).

Previo a dar paso al epílogo de este trabajo, puede entonces concluirse que sería una prédica discursiva infecunda referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos —emergente de la supuesta combinación "tuitiva" de las dimensiones nacionales e internacional—, si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que adquieran anclaje efectivo criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro persona y pro actione*, que puedan ser trasvasados —interpretación conforme y/o control de convencionalidad mediante— al ámbito interno. Es que, como afirma Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en los planos nacional e internacional, corresponde al "derecho a la realización de la justicia material".[45]

4. Cierre

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa

[43] *Ireland vs. the United Kingdom,* Merits and just satisfaction, judgment of 18 January 1978, ECHR, Series A, núm. 25, p. 90, par. 239; referido por la Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, supra,* párr. 98.

[44] *Soering vs. the United Kingdom,* Merits and just satisfaction, judgment of 7 July 1989, ECHR, Series A, núm. 161, para. 87; mencionado por la Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, supra*.

[45] Cançado Trindade, Antônio A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en AA.VV., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, p. 214.

la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por el Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia. Con ello, este sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que direcciona su vigencia hacia una misma sustancia axiológica: *el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales*.

3. Uno de los pliegues de la trama interactiva entre tribunales locales y Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos vertientes:

- Una en sede *internacional*, depositada monopólicamente en dicho Tribunal Interamericano que la ha venido desplegando desde el comienzo de su labor contenciosa, aunque sólo recientemente la llama "control de convencionalidad". Radica esencialmente en examinar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. También deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al artículo 2 de la Convención.
- La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (y demás autoridades públicas) y enraíza en el deber de ellos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y restantes instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* de derechos básicos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su faena jurisprudencial y a través de sus opiniones consultivas.

4. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. En tal contexto, la palabra "garantizar" significa el deber del Estado de tomar todas las me-

didas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en aras de remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

5. El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en orden a garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido ideado como vehículo para alcanzar una aplicación armoniosa de los principios, valores y reglas atinentes a los derechos básicos.

6. Según reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

7. Pese a que obviamente no son sentencias jurisdiccionales, las opiniones consultivas del Tribunal Interamericano poseen fuerza vinculante y *deben* ser tomadas en consideración por los jueces y demás órganos públicos internos al desarrollar la tarea de inspección convencional a su cargo. Así lo ha manifestado la Corte IDH al rendir la importante O.C.-21/14, de 19 de agosto de 2014.

8. No sería más que fraseología vacua hablar de una matriz *multinivel* de tutela de los derechos humanos (surgente de la pretendida combinación "protectoria" de las órbitas internas e internacional), si no existieran instrumentos judiciales efectivos que actúen como vías de ingreso a la jurisdicción intramuros y, así, operativizar premisas interpretativas nucleares del derecho internacional de los derechos humanos, como los principios *pro persona y pro actione*.

9. Corresponde insistir en que varias facetas de la protección de los derechos humanos se mueven en el plano del *ius cogens*; que lo ideal es bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; que, en paráfrasis de Higgins[46], el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*; y que los derechos esenciales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*

[46] Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003, *passim*.

5. Bibliografía

Bazán, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza (Arg.), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I.

____, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva ed. aument. y actualiz., Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Cançado Trindade, Antônio A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en AA.VV., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.

____, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, 2ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, mayo de 2003, t. II.

Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

Fromont, Michel, "El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas", en *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002.

García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Guardia, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.

Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Jimena Quesada, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª

ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos, 2007.

Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

_____. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

_____. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 96.

_____. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

_____. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 31.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

_____. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

_____. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213.

_____. *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259.

_____. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238.

_____. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

_____. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186.

_____. *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 55.

_____. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.

_____. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233.

_____. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101.

_____. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179.

_____. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

_____. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

CPJI, Avis consultatif, "Echange des populations grecques et turques", 1925, Série B, núm. 10, p. 20.

Desafíos de los tribunales constitucionales frente a los derechos sociales y sus garantías (A propósito del *Precedente Huatuco*)

Ernesto Blume Fortini[*]

Sumario: 1. Introducción. 2. Reglas establecidas en el *Precedente Huatuco*. 3. Resumen de las reglas establecidas en el *Precedente Huatuco*. 4. Principales razones de mi discrepancia. 5. Concepto de precedente constitucional vinculante. 6. Premisas para el dictado de un precedente vinculante. 7 Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional. 8. Ausencia de presupuestos y premisas para el dictado del *Precedente Huatuco*. 9. Utilización indiscriminada del precedente vinculante. 10. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica. 11. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del *Precedente Huatuco*. 12. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición. 13. Aplicación y efectos en el tiempo del *Precedente Huatuco*. 14. El sentido de mi posición. 15. Las reacciones frente al *Precedente Huatuco*. 16. La corrección parcial del *Precedente Huatuco*. 17. Conclusiones. 18. Bibliografía.

1. Introducción

Uno de los grandes desafíos de los tribunales constitucionales en el siglo xxi es garantizar el reconocimiento y la defensa de los derechos sociales, así como de los demás derechos fundamentales, y reforzar los mecanismos procesales para su óptima protección, a través de sus decisiones jurisdiccionales emitidas en los conflictos que conozcan. Por ello, puede afirmarse que en el avance hacia una mejor y mayor cobertura de los derechos sociales en el siglo xxi los tribunales constitucionales tienen un rol protagónico, lo cual implica en sus magistrados una clara conciencia de tal rol y el asumir como

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú; magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y doctor en Derecho por la PUCP; profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y del Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP; presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

patrón de su accionar una actitud y una línea pro garantista; línea que, por lo demás, le es consustancial, por tratarse de los garantes de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución. Así, corresponde al juez constitucional mantener como eje de preocupación en su tarea jurisdiccional la protección, el rescate y la guardianía de los mismos, en aras de garantizar su plena y absoluta vigencia.

Sin embargo, a contramano de tan importante y trascendente rol, existen algunas experiencias que demuestran que los tribunales constitucionales no siempre son conscientes de su esencial papel, al punto que distraídos por otras preocupaciones u otros ejes de preocupación, que, en puridad, no les deben ser prioritarios, abandonan su línea garantista y optan por caminos distintos, desnaturalizando su función y protagonizando censurables contramarchas.

Precisamente y a manera de ejemplo de ese desvío, presento en esta oportunidad un caso acontecido en el Tribunal Constitucional del Perú, que actualmente me honro en integrar como uno de sus magistrados, en el que lamentablemente, por decisión mayoritaria de mis ilustres, respetados y honorables colegas, se produjo el abandono de la línea garantista que venía siendo mantenida uniformemente desde que inicio sus funciones, hace ya más de veinte años. Abandono que se materializó en la sentencia 05057-2013-PA/TC, conocida como *Precedente Huatuco,* dictada en el proceso constitucional de amparo promovido por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial, a fin de que se dejara sin efecto el despido incausado del que alegó haber sido víctima; y, en consecuencia, se dispusiera su reincorporación o reposición laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial, más el pago de los costos del proceso. Abandono que, felizmente, mereció posteriormente una saludable rectificación parcial.

Doña Rosalía Huatuco Huatuco alegó que prestó servicios para el Poder Judicial desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico, pero que en la realidad de los hechos realizó labores de naturaleza permanente, habiéndose por voluntad de su empleador desnaturalizado sus contratos modales, por lo que por imperio del principio de primacía de la realidad, la relación laboral se convirtió en una de carácter indefinido.

En razón de aquella circunstancia solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo el procedimiento establecido en el artículo 31 del decreto supremo 003-97-TR, que aprobó el Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que establece que el trabajador que haya superado el periodo de prueba y, por tanto, goce de estabilidad laboral, no podrá ser despedido por

el empleador por causa relacionada con su conducta o con su capacidad, sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable, no menor de seis días naturales, para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formularen, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, según corresponda. En síntesis alegó la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

En tal dirección y basándome en el voto singular que emití en dicha causa,[1] cuyo texto reproduzco en gran parte, con sus respectivos ajustes, presento las razones de mi respetuoso y radical disentimiento con la posición de mayoría, que formó la sentencia en mención, respecto de la pertinencia, el sentido, el contenido y los alcances de las reglas establecidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, de la misma, en calidad de precedente vinculante, en decisión adoptada invocando lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú[2] que textualmente preceptúa:

---

[1] Mi referido voto singular corre con la antes mencionada sentencia de mayoría, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 16 de abril de 2015 y suscrita por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, dictada en el expediente, correspondiente al proceso constitucional de amparo promovido por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial, alegando la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso. Sentencia que declaró infundada la demanda; estableció como precedente vinculante, conforme al art. VII, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en sus fundamentos jurídicos 18, 20, 21, 22 y 23; declaró que a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial, los procesos de amparo en trámite deberían ser declarados improcedentes cuando se verifique que el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, debiendo el juez, en tales casos, reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda; declaró que a partir de su publicación las nuevas demandas de amparo cuya pretensión no cumpla con el requisito de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, debían ser declarados improcedentes; y declaró que sus reglas eran de cumplimiento obligatorio y solo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, no siendo de aplicación para el sector privado. La sentencia de mayoría, los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez, mi voto singular y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada disponibles en *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf*

[2] El Código Procesal Constitucional del Perú fue aprobado mediante la ley 28237, de 7 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo de 2004. Entró en vigencia a los seis meses de su publicación, consulta 1 dic 2004, disponible en *www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/institucional/normatividad/codigo_procesal.pdf*

> Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Con tal fin, abordaré los siguientes tópicos: reglas establecidas en el *Precedente Huatuco;* resumen de las reglas del *Precedente Huatuco;* principales razones de mi discrepancia; concepto de precedente constitucional vinculante; premisas para el dictado de un precedente vinculante; línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional; falta de presupuestos y premisas para el dictado del *Precedente Huatuco;* utilización indiscriminada del precedente vinculante; la obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia, la predictibilidad y la seguridad jurídica; criterios errados adicionales en torno al nacimiento del *Precedente Huatuco;* alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición; aplicación y efectos en el tiempo del *Precedente Huatuco;* el sentido de mi posición; las reacciones jurisprudenciales producidas frente al *Precedente Huatuco;* la corrección parcial del *Precedente Huatuco;* y las conclusiones de rigor.

2. Reglas establecidas en el *Precedente Huatuco*

Las reglas establecidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 del *Precedente Huatuco* fueron las siguientes:

- Regla establecida en el fundamento 18:
  Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27 y 22 de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del decreto legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del decreto legislativo 728 para el sector privado.
- Regla establecida en el fundamento 20:
  Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia,

así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la Administración Pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quiénes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la Administración Pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la ley 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50 de la mencionada ley 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11 y la Novena Disposición Final de la Ley 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que este sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve.

- Regla establecida en el fundamento 21:
  En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la Administración Pública solo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación

inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano,* incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

- Regla establecida en el fundamento 22:
  En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38 del TUO del decreto legislativo 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

- Regla establecida en el fundamento 23:
  Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el parágrafo anterior.

3. Resumen de las reglas establecidas en el *Precedente Huatuco*

De la lectura detallada de las precitadas reglas, se aprecia que, en resumen, el *Precedente Huatuco* estableció que:

3.1. En el sector público no podrá ordenarse la incorporación o reposición a tiempo indeterminado de los trabajadores despedidos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, por cuanto la incorporación o reposición a la Administración Pública solo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada. Esta regla no alcanzó al sector privado.

3.2. Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial.

3.3. A fin de determinar la responsabilidad de tales funcionarios y/o servidores, las entidades estatales recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, proporcionando posteriormente dicha información a la Oficina de Control Interno, a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario respectivo y se establezcan las sanciones pertinentes.

3.4. Los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. A su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que este sea como consecuencia del incumplimiento de sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve.

3.5. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante, de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda. Se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

3.6. Sus reglas son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano,* incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

3.7. Las demandas presentadas luego de su publicación y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.

4. Principales razones de mi discrepancia

Discrepé en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances del *Precedente Huatuco,* por cuanto:

4.1. Contrariando la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones —hace más de veinte años—, eliminó el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público, sin importar el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor permanente, afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú.

4.2. Convalidó un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida, contrariando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentada en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* sobre los despidos efectuados sin respetar las garantías mínimas, a pesar de que tal jurisprudencia ha sido invocada, recogida y asumida por el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, como es el caso de la STC 00606-2010-PA/TC, ejecutoria en la que el Tribunal Constitucional señaló que el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso, pues el resultado de una sanción en el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben aplicarse teniendo presentes la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos.

4.3. Tuvo un sentido reglamentista, punitivo y draconiano que hizo énfasis en la sanción y penalización de los funcionarios y trabajadores encargados de la contratación pública, desconociendo que la contratación pública nacional presenta, desde hace varias décadas, la carac-

terística que de los más de 1 400 000 trabajadores[3] que laboran en el sector público, el mayor número de ellos ha sido contratado sin concurso, obviando que las renovaciones constantes de sus contratos traducen también una evaluación en los hechos, confirmada por su permanencia en el trabajo y por la primacía de la realidad; confundiendo, además, el ejercicio de la magistratura constitucional con el ejercicio de la labor legislativa y el ejercicio del control de la gestión gubernamental, que son propios del poder legislativo y de los entes facultados para emitir normas de derecho positivo, así como de la Contraloría General de la República, como si el Tribunal Constitucional fuera un órgano legislativo y parte dependiente del sistema nacional de control.

4.4. Irradió inconstitucionales efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a su aprobación, frustrando las expectativas y violando el derecho de los trabajadores del sector público que habían celebrado contratos temporales o civiles del sector público, que habían obtenido sentencia que ordenaba su reposición, que se encontraban tramitando su reposición judicial o que se encontraban por iniciar un proceso con tal fin.

4.5. Desnaturalizó el sentido de la figura del precedente constitucional vinculante, ya que no respondió mínimamente al concepto de lo que debe entenderse por precedente constitucional vinculante ni respetó las premisas básicas que se exigen para su aprobación.

Precisadas las principales razones de mi discrepancia con la pertinencia, sentido, contenido y alcances del *Precedente Huatuco,* me referiré a continuación al concepto de precedente constitucional vinculante y a las premisas que exige su aprobación, que desde mi punto de vista fueron dejadas totalmente de lado en el citado precedente.

5. Concepto de precedente constitucional vinculante

El precedente constitucional vinculante, creado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano (sin perjuicio de su tímido antecedente que recogía la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo de 1982), es una regla expresamente establecida como tal por el Tribunal Constitucional, con efectos vinculantes, obligatorios y generales, en una sentencia que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, dictada al resolver un proceso constitucional en el que ha emitido pronunciamiento

[3] Dato contenido en el Informe de Implementación de la Reforma del Servicio Civil. Avances y logros durante el año 2014, disponible en *http://www.servir.gob.pe*

sobre el fondo del asunto; regla que es consecuencia de una larga secuencia de sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando determinado criterio que estima necesario consagrar como obligatorio y vinculante porque contribuye a una mejor y mayor cautela de los derechos constitucionales y fortalece su rol de máximo garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, guardián de la supremacía constitucional y supremo intérprete de la Constitución.

Al respecto, resulta ilustrativo citar los comentarios del maestro Domingo García Belaunde, principal gestor y autor del Código Procesal Constitucional, quien al comentar sobre la figura del precedente constitucional vinculante afirma:

> El precedente en el Perú tiene relativamente corta vida. Para efectos concretos la primera vez que este se introduce entre nosotros a nivel legislativo, si bien tímidamente, es en 1982, en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo de ese año, fruto de una comisión *ad hoc* nombrada por el entonces ministro de Justicia, Enrique Elías Laroza y presidida por mí. Tal propuesta la planteé desde un inicio y tuvo acogida entre mis colegas miembros de la Comisión. Y como tal fue sancionada por el Pleno del Congreso de la República y entró en vigencia en diciembre de ese año.
>
> Ahora bien, lo que tenía o teníamos en mente, era sobre todo la idea de ir construyendo una jurisprudencia orientadora que, por un lado, contribuyese a asentar la naciente experiencia de jurisdicción constitucional que entonces recién empezaba (de acuerdo al modelo adoptado en la Constitución de 1979 y que hasta ahora se mantiene). Y por otro lado, crear firmeza en los pronunciamientos que contribuyesen a afianzar nuestro Estado de derecho. Pero como sucede siempre en estas ocasiones, el enunciado normativo sirvió de muy poco. Fue más bien en el Código Procesal Constitucional de 2004 donde se le precisó en el artículo VII del Título Preliminar. Fue pensado para que fuera usado con calma y prudencia y solo en casos especiales. Para tal efecto, pensaba yo en la evolución de los precedentes en el sistema jurídico norteamericano, que dentro de sus limitaciones, ha contribuido enormemente a afianzar su sistema jurídico. Lamentablemente, ayuno nuestro país de tradiciones constitucionales firmes, desconocedor de doctrina y jurisprudencia extranjera y sin literatura especializada que la orientase, empezó a usar tal concepto en forma bastante alegre y despreocupada, llegándose al caso de sentar precedentes en situaciones muy inciertas y muy abiertas al debate y peor aún: cambiados con frecuencia. Así, mientras en los Estados Unidos el precedente se fija y se vuelve obligatorio luego de una larga hilera de casos que van desbrozando el camino, aquí sucedió al revés. Primero se sentaba el precedente, y luego se veía qué pasaba y qué problemas nuevos asomaban. Esto condujo a resultados poco serios y encontrados.[4]

[4] Presentación liminar consignada en Barker, Robert S., *El precedente vinculante y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos,* Serie Cuadernos Constitucionales, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2014, pp. 13-14.

Dicho esto, resulta desconcertante la asunción del *Precedente Huatuco* por el Tribunal Constitucional, pues, como se observa, y lo voy a demostrar, nació contrariando su propia y uniforme jurisprudencia, sin que se haya perfilado una regla a través de una hilera de sentencias y afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú, al eliminar el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público; sin importar, repito, el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad, se haya acreditado que realizan una labor de naturaleza permanente.

6. Premisas para el dictado de un precedente vinculante

Son dos, desde mi punto de vista, las principales premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional y que corresponden al rol que le compete como supremo intérprete de la Constitución, garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garante de la supremacía normativa de la norma suprema de la República, en armonía con los artículos 200, 201 y demás pertinentes de la Constitución, y los artículos II, III, IV, V y VI del Título Preliminar, y demás pertinentes del Código Procesal Constitucional, y los artículos 1, 2 y demás pertinentes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Rol que es armónico con los fines esenciales de los procesos constitucionales, que establece el artículo II del Título Preliminar del citado Código Procesal Constitucional, el cual a la letra preceptúa:

> Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Las premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante se desprenden del concepto de dicho instituto procesal y de los fines de los procesos constitucionales. Específicamente, si el precedente se refiere al ejercicio, alcances o cobertura de un derecho fundamental, debe imperativamente ser armónico con el fin de garantizar su vigencia efectiva.

Dicho esto, las premisas en mención son las siguientes:

a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucio-

nal a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

No es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial, que nazca sin tal condición, como si se tratara de una labor meramente legislativa, propia del poder legislativo, salvo que su objetivo sea fortalecer el marco de protección de los derechos fundamentales.

b) Que el precedente vinculante tenga invívita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio.

Por ello, la inspiración del precedente debe responder al rol tuitivo y reivindicativo del Tribunal Constitucional, tendente a mejorar los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Por tanto, el motor o la inspiración del precedente no puede ni debe ser otro que brindar mayor y mejor protección al justiciable que alega afectación de sus derechos esenciales, sea por amenaza o por violación.

El precedente que me ocupa nació contrariando la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, abandonando por completo el rol tuitivo que le corresponde a favor de los derechos e inspirado, por el contrario, en la búsqueda de una fórmula que proteja los intereses económicos del Estado, asumiendo un rol sancionatorio y punitivo contra los funcionarios y las autoridades públicas que contrataron sin concurso. Es decir, ayuno totalmente de las premisas que cimientan y sustentan su razón de ser.

7. Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional

La línea jurisprudencial que había venido construyendo el Tribunal Constitucional peruano, en materia de amparos laborales del régimen público, a contramano de las reglas establecidas en el *Precedente Huatuco,* había sido tuitiva, finalista y garantista, aplicando el principio de la primacía de la realidad y ordenando la reposición de aquellos trabajadores del sector público despedidos, que ingresaron por contratos temporales o civiles, que demostraron haber realizado una labor de naturaleza permanente, sujeta a subordinación y dependencia. Es decir, que demostrarán que por decisión del Estado empleador se había producido una desnaturalización de tales contratos al realizar labores permanentes y sujetas a plazo indefinido.

Esa línea se ve reflejada en numerosas sentencias dictadas por los sucesivos colegiados que han integrado el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones —hace más de 20 años—, de las cuales solo referiré algunas emitidas entre el 2002 y la fecha en que se dictó el *Precedente Huatuco*, 16 de abril de 2015; sentencias en las que, recalco, en definitiva se declaró fundada la demanda y se ordenó la reposición del trabajador, en casos de servidores que precisamente no habían ingresado a la Administración Pública por concurso, pero que, por decisión del propio Estado, habían continuado laborando a través de sucesivas renovaciones o prórrogas, desempeñando labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de horario, dependencia y subordinación; casos en los cuales uniformemente se aplicó el principio de la primacía de la realidad.

Con tal fin, seguidamente refiero el número de la sentencia, el proceso en el que se dictó y las partes intervinientes en el mismo, cuyo detalle resolutivo, en amparo de la reposición reclamada, se aprecia en el *link* de su ubicación en la página web del Tribunal Constitucional que consigno en notas a pie de página.

7.1. STC 01562-2002-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Alejandro Navarro Pinedo contra INRENA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[5]

7.2. STC 2541-2003-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Vicente Mamani Sánchez contra la Municipalidad Provincial de San Román (Juliaca), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[6]

7.3. STC 2545-2003-PA/TC, dictada en el proceso de amparo seguido por Frine Mallqui Oriundo contra el Presidente del Comité Local de Administración de Salud del distrito de San Juan Bautista (CLAS), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[7]

7.4. STC 01162-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Elvio Núñez Becerra contra el Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[8]

---

5 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01562-2002-AA.html*

6 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02541-2003-AA.html*

7 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02545-2003-AA.html*

8 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01162-2005-AA%20.html*

7.5. STC 01846-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Maria Isabel Paredes Taype contra el RENIEC, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[9]

7.6. STC 4877-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo seguido por René Ancaya Morán contra el PRONAA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[10]

7.7. STC 4194-2006-PA/TC, dictada en el proceso amparo seguido por Daniel Fernández Verástegui contra la Junta Administradora de Servicios de Saneamiento de San Pedro de Lloc, Pacasmayo y Guadalupe, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[11]

7.8. STC 01210-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo seguido por Manuel Rojas Caballero contra la Municipalidad de Pillco Marca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[12]

7.9. STC 09248-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Mailly Saavedra Lizardo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[13]

7.10. STC 10315-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por María Luisa Flores Carbajal contra el Comité de Administración de la Zofra Tacna, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[14]

7.11. STC 04840-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo seguido por Robert Espinoza Mesa contra la Municipalidad de Pillco Marca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[15]

7.12. STC 441-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Pascual Sosa Vera contra la Unidad Zonal XII de Tacna-Moquegua del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, por

9 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01846-2005-AA.html*

10 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04877-2005-AA.html*

11 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04194-2006-AA.pdf*

12 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01210-2006-AA.html*

13 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09248-2006-AA.pdf*

14 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10315-2006-AA.pdf*

15 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04840-2007-AA.pdf*

afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[16]

7.13. STC 3923-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Teodoro Cruz Herrera contra la Municipalidad Distrital de La Coipa (Cajamarca), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[17]

7.14. STC 3146-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Hipólito Chero Namuche contra Cofopri, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[18]

7.15. STC 3537-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por José Luis Soto Chuquimango contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[19]

7.16. STC 1587-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Rosa Aliaga Torres contra el Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[20]

7.17. STC 968-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Ruth Ada Gonzalo Colque contra la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[21]

7.18. STC 3014-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Leysi Cristina Calderón Porras contra el Poder Judicial —Corte Superior de Lambayeque—, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[22]

7.19. STC 91-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Aquilino Benavides Paz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[23]

---

16 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00441-2011-AA.pdf*

17 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03923-2011-AA.pdf*

18 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03146-2012-AA.pdf*

19 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03537-2012-AA.pdf*

20 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01587-2013-AA.pdf*

21 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00968-2013-AA.pdf*

22 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03014-2013-AA.pdf*

23 *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00091-2013-AA.pdf*

7.20. STC 3371-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Pablo Ordóñez Díaz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario.[24]

8. Ausencia de presupuestos y premisas para el dictado del *Precedente Huatuco*

Como se aprecia de lo explicitado e invocado hasta aquí, no existieron los presupuestos y las premisas básicas que dan mérito a un precedente constitucional vinculante como el denominado *Precedente Huatuco,* por cuanto:

a) No fue consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada ni de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

b) Por el contrario, fue producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Nació sin cumplir tal condición. Como un acto meramente legislativo, que es propio del poder legislativo.

c) No se condijo con el rol tuitivo, reivindicativo y garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.

d) No mejoró los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos ni amplió su cobertura ni veló por su cabal ejercicio y respeto.

e) Desprotegió a los trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso para plaza vacante y presupuestada, despojándolos de sus derechos constitucionales al trabajo, a la reposición y a la protección contra el despido arbitrario, desconociendo y contradiciendo la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional desde su creación.

f) Desconoció el principio de la primacía de la realidad.

g) Otorgó un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores del sector público frente a los trabajadores del sector privado respecto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

[24] *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/03371-2013-AA.pdf*

h) En suma, el *Precedente Huatuco* desnaturalizó totalmente el sentido y los alcances de lo que es un precedente constitucional vinculante, variando el eje de preocupación y de atención del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, que no es otro que procurar su máxima protección, hacia un eje que le es ajeno: la protección de los intereses del Estado en la contratación de personal.

9. Utilización indiscriminada del precedente vinculante

El precedente constitucional vinculante, como instituto del derecho procesal constitucional en manos del Tribunal Constitucional, fue incorporado a nuestro sistema jurídico, en el marco de los presupuestos y las premisas antes expuestas, para ser usado con prudencia, para fortalecer el rol tuitivo que le corresponde mantener y fortalecer, y para otorgar certeza y predictibilidad al justiciable y a los operadores jurídicos respecto de la forma de resolución de determinado tipo de casos, sobre la base de reglas objetivas creadas jurisprudencialmente, en el marco de las premisas antes referidas y, lo reitero una vez más, en armonía con el rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.

Empero, el que dicho instituto procesal exista no justifica que, a cada momento y con motivo de la renovación de cada pleno jurisdiccional, se utilice indiscriminadamente. Menos para finalidades que le son ajenas y que lejos de sustentarse en asuntos de auténtica relevancia o de coadyuvar a una función tuitiva, finalista y garantista, tengan otros propósitos.

Cabe recordar que en los países donde la técnica del precedente se generó, su utilización es esporádica y, por lo general, estrictamente vinculada a casos de indiscutible trascendencia o que en definitiva establezcan grandes derroteros jurisprudenciales.

De procederse de forma contraria, el creador de los precedentes constitucionales vinculantes —en este caso, el Tribunal Constitucional— terminaría por convertirse en indiscutible legislador ordinario, creando las normas que se le antojen simplemente porque así lo desea. En tal supuesto, los casos concretos terminarían convirtiéndose en un simple pretexto para desencadenar todo tipo de voluntarismo y activismo a nivel jurisprudencial. No es esa la idea del precedente constitucional vinculante ni tampoco de su desarrollo.

El *Precedente Huatuco* no tiene justificación alguna con base en el caso de autos, ya que, como se aprecia del petitorio de la demanda, se refiere a un reclamo laboral formulado por una extrabajadora del poder judicial, que,

como tal, debería ser analizado en sus estrictos alcances, a fin de darle una respuesta en uno u otro sentido.

Sin embargo, el *Precedente Huatuco* no se refirió a los reclamos laborales de quienes, como la demandante, han formado parte de la estructura del poder judicial, sino que se refirió a todos los trabajadores del sector público en general, sin precisión ni especificidad alguna, como si todos ellos le hubiesen peticionado al Tribunal Constitucional que defina su situación jurídica y su propio estatuto o régimen laboral, así como las posibilidades de lograr su reposición en caso de que no hubiesen ingresado por concurso público con plaza vacante presupuestada. Olvidó que lo que la accionante le solicitó a la justicia constitucional es que defina si ella, como exservidora del poder judicial, fue o no objeto de vulneración de su derecho al trabajo y de su derecho a la protección contra el despido arbitrario y si, por consiguiente, puede o no retornar a su puesto de trabajo. No le pidió al Tribunal Constitucional que defina cuál es la situación laboral de todos los trabajadores públicos en el país.

10. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica

El Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que:

> La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.[25]

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede desvincularse tan fácilmente de lo interpretado y resuelto por el mismo, porque sus propias decisiones lo vinculan. En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, determina que la doctrina jurisprudencial exige que:

> Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

[25] STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12.

Podemos decir que:

> El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales.[26]

Puesto que:

> […] las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo Tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado.[27]

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

> La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (art. 51), como desde el subjetivo-institucional (arts. 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (art. 1 de la Constitución).[28]

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional no debe modificar una línea jurisprudencial continua y coherente, porque estaríamos afectando la concretización de los contenidos de la Constitución, ya que no se mantendría una interpretación perenne.

La legitimidad de un Tribunal Constitucional se obtiene a través de sus decisiones jurisdiccionales, las mismas que deben ser coherentes y generar predictibilidad para los justiciables, y sobre todo mantener la seguridad jurídica, principio que el mismo Tribunal Constitucional ha declarado que:

> […] forma parte consustancial del Estado constitucional de derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.[29]

---

[26] STC 0020-2005-PI/TC, FJ 2.

[27] STC 1333-2006-PA/TC, FJ 11.

[28] STC 0030-2005-AI/TC, FJ 40.

[29] STC 0016-2002-AI/TC, FJ 3.

11. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del *Precedente Huatuco*

En adición a las razones y fundamentos hasta aquí expuestos y desarrollados, que me llevaron a discrepar respetuosa pero decididamente de la pertinencia, sentido, contenido y alcances del *Precedente Huatuco*, debo referirme, a su vez, a otros criterios igual de errados en torno a su surgimiento. En efecto:

11.1 La posición asumida en el *Precedente Huatuco* pretendió sustentarse en lo establecido en las ejecutorias recaídas en los expedientes 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-AA/TC para alegar que, como en la comunidad jurídica, en los órganos jurisdiccionales del poder judicial e incluso, en el Tribunal Constitucional, supuestamente existían divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con las disposiciones constitucionales concernientes a la función pública y, en particular, con los artículos 4 y 77 del Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728, tal situación permitía generar un precedente constitucional vinculante; sin percatarse que tales sentencias se referían a la constatación de jurisprudencia contradictoria existente al interior de un mismo órgano jurisdiccional —en este caso, al interior del Tribunal Constitucional—, la cual no se había producido en el caso materia de análisis. No a las discrepancias doctrinales o incluso jurisprudenciales que puedan existir entre distintos órganos. Como puede colegirse, de ser cierta la tesis manejada por el *Precedente Huatuco* tendrían que generarse precedentes vinculantes todos los días, pues, como es bien sabido, las tomas de posición o las concepciones suelen ser de lo más variables o distintas cuando de la interpretación de normas se trata.

11.2 Cabe, por lo demás, puntualizar que tampoco puede aceptarse como cierta la apreciación de que había jurisprudencia contradictoria en el propio Tribunal Constitucional, porque ello no era cierto. Lo que sí había existido eran votos singulares. Empero, la eventual presencia de estos —los votos singulares— nada tienen que ver con jurisprudencia contradictoria. Es simplemente la constatación objetiva, de que algunos magistrados constitucionales, en ejercicio de su derecho, han opinado distinto sobre diversos temas de los que ha conocido el Tribunal Constitucional.

12. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición

Ha sido el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y, más propiamente, de los contenidos normativos de las

disposiciones constitucionales, el que ha efectuado toda una construcción jurisprudencial del amparo laboral, a partir de la consideración de que el derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, son derechos fundamentales protegidos por el proceso de amparo, por lo que frente a su afectación procede que la justicia constitucional retrotraiga las cosas al estado anterior a la agresión y restituya su pleno ejercicio, lo cual significa la reposición del trabajador perjudicado si este opta por reclamar dicha opción y la situación responde a las causales correspondientes.

Tal construcción jurisprudencial tiene su origen por el año 1997 —hace 20 años— al poco tiempo que el Tribunal Constitucional iniciara sus funciones, como puede verificarse revisando, entre otras, la STC 111-1996-AA/TC (caso *Hugo Pitman Rojas*), del 13 de junio de 1997, y la STC 1112-1998-AA/TC (caso *César Antonio Cossío y otros*), del 21 de enero de 1999, y se consolida en la STC 976-AA-2001-AA/TC (caso *Eusebio Llanos Huasco*), del 13 de marzo de 2013; en las que se establece claramente la posibilidad de recurrir vía amparo en los casos de despido incausado, despido nulo y despido fraudulento, cuando resulte evidente la violación del derecho constitucional y no sea igualmente satisfactoria la vía paralela, por no constituir un remedio idóneo.

Al respecto, resulta ilustrativa la afirmación del maestro argentino Néstor Pedro Sagués, quien sostiene:

> No basta, pues, que haya una vía procedimental (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría harto fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para "lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate" […].[30]

Durante el largo recorrido efectuado por el Tribunal Constitucional desde aquellos años hasta antes del *Precedente Huatuco,* como se comprueba de las sentencias referidas al mencionar su línea jurisprudencial, en el punto 6 que antecede, se había consolidado el amparo laboral frente a casos de reclamos por despidos incausados, nulos o fraudulentos de trabajadores del sector público, que no ingresaron por concurso y demostraron haber efec-

[30] Sagués, Néstor Pedro, *El derecho procesal constitucional-Recurso extraordinario,* Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 169.

tuado labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de subordinación y dependencia, por aplicación del principio de la primacía de la realidad. Lamentablemente, esa línea fue dejada de lado.

13. Aplicación y efectos en el tiempo del *Precedente Huatuco*

Como está dicho, el *Precedente Huatuco* eliminó y proscribió la reposición o reincorporación de los servidores públicos despedidos que ingresaron al servicio del Estado sin concurso público y con plaza presupuestada vacante, irradiando efectos inmediatos en el tiempo, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano,* a todos los procesos de amparo que se encontraban en trámite, cualquiera que fuese la etapa en que se hallaban, y mandó declarar improcedentes las nuevas demandas que se presentaran.

Discrepé de la aplicación y efectos en el tiempo del *Precedente Huatuco,* pues la generación de precedentes constitucionales vinculantes con incidencias retroactivas, aun cuando está permitida, pero para los casos de procurar una mayor cobertura de los derechos fundamentales, no habilita un uso indeterminado o arbitrario de dicha facultad, ya que en cualquier circunstancia ha de estarse al respeto a la propia Constitución y a su catálogo de derechos y principios constitucionales.

En efecto, si a los justiciables que iniciaron sus reclamos en una época en la que el amparo les permitía reclamar reposición se les aplica un precedente en el que se les dice que ya no hay reposición, sino solo indemnización y que esta solo se obtiene a través del proceso ordinario, dicha alternativa contraviene expresamente el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, reconocido expresamente en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993. Contraviene incluso la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en forma constante, reiterada y uniforme, ha enfatizado que "el derecho al procedimiento preestablecido por la ley [...] garantiza [...] que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba no debe ser la inmediatamente aplicable al caso [...]".[31]

Por lo demás, conviene recordar, que si el propio legislador ordinario se encuentra expresamente prohibido de emitir normas con fuerza o efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorecen al reo (art. 103 de la Constitución Política del Perú), no encuentro sustento alguno para que el

[31] *Cfr.* exps. 2928-2002-HC/TC, 1593-2003-HC/TC, 5307-2008-PA/TC, entre otros.

Tribunal Constitucional haga exactamente lo contrario, tanto más cuando el precedente en mención, lejos de favorecer, termina perjudicando o restringiendo derechos para el amparista que antes podía lograr una reposición, que la nueva regla, inusitadamente y de forma inmediata, elimina y proscribe.

14. El sentido de mi posición

Por las razones precedentemente expuestas, disentí y disiento de la aprobación del *Precedente Huatuco,* porque estimé que la posición asumida por el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia objeto de comentario, se basa en una utilización errada de la figura del precedente constitucional vinculante, que encierra una postura jurisprudencial notoriamente lesiva a los derechos de los trabajadores o servidores públicos despedidos, o que se despidan en el futuro, que no ingresaron por concurso público, con plaza vacante y presupuestada; lesionando sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución y en las normas laborales reglamentarias y complementarias, eliminando y proscribiendo su reposición o reincorporación, a contramano de la línea jurisprudencial uniforme sentada desde la creación del Tribunal Constitucional, y porque extendió sus efectos inmediatos en el tiempo a todos los procesos de amparo ya iniciados, en trámite o por iniciarse, con una evidente aplicación retroactiva de un precedente constitucional vinculante a todas luces restrictivo.

Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia peligrosamente de ella y de los derechos que por deber y convicción el Tribunal Constitucional peruano está obligado a respetar, proteger y garantizar.

Al respecto, ese distanciamiento deja de lado el desafío de los tribunales constitucionales del siglo xxi, respecto de los derechos sociales, constituyendo un accionar lamentable, que no debe de imitarse en otras latitudes en relación con los derechos sociales o a otros derechos.

15. Las reacciones frente al *Precedente Huatuco*

La prueba de lo que acabo de afirmar está en las reacciones de las comunidad académica y de la comunidad gremial, así como de otros sectores, incluyendo por cierto a los jueces del Poder Judicial del Perú, que fueron de un mayoritario rechazo; al punto que en un hecho pocas veces visto en Perú la Corte Suprema de la República emitió una sentencia restringiendo los alcances del *Precedente Huatuco*.

Vale decir, el poder judicial fue más garantista y protector de derechos que el propio Tribunal Constitucional. Algo insólito: más garantista que el Tribunal Constitucional, que es el máximo garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Felizmente, esa situación y el rechazo casi general al *Precedente Huatuco,* llevaron al Tribunal Constitucional a través de otro fallo a reducir y morigerar sus alcances.

Ciertamente, con fecha 17 de diciembre de 2015, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió la casación laboral 12475-2014 MOQUEGUA, cuyo décimo cuarto considerando señaló expresamente:

> En atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal considera que en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario conforme al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por decreto supremo 017-93-JUS, establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante 5057-2013-PA/TC JUNÍN.

Y así, restringiendo el ámbito de aplicación del *Precedente Huatuco,* estableció los siguientes casos en los que este precedente no era aplicable:

- cuando la pretensión contenida en la demanda esté referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el decreto supremo 003-97-TR, y en las leyes especiales;
- cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del decreto legislativo 276 o de la ley 24041;
- cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada;
- cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS);
- cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la primera disposición complementaria final de la ley 30057, Ley del Servicio Civil; y
- cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40 de la Constitución Política del Perú.

16. La corrección parcial del *Precedente Huatuco*

Posteriormente, el 23 de junio de 2016, como lo he adelantado, el Tribunal Constitucional restringió los alcances del *Precedente Huatuco,* mediante su STC 6681-2013-PA/TC,[32] dictada en el proceso de amparo promovido por don Richard Nilton Cruz Llamos contra la Municipalidad Distrital de Pátapo, en la cual señaló que el *Precedente Huatuco*

> […] solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

Sobre la base de lo anotado, el Tribunal Constitucional consideró conveniente explicitar cuáles son los presupuestos fácticos que permitían la aplicación de la regla jurisprudencial contenida en el *Precedente Huatuco*. Así, señaló los siguientes criterios para aplicar las reglas del citado precedente:

(a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede atarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
(b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

[32] Sentencia del Tribunal Constitucional 6681-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Richard Nilton Cruz Llamos contra la Municipalidad Distrital de Patapo, sobre alegada vulneración del derecho a la libertad de trabajo, que suscribí con los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Estinosa-Saldana Barrera, con mi fundamento de votos y los votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez. En dicho proceso el demandante solicitó que se dejara sin efecto el despido arbitrario del que había sido víctima, y que, por consiguiente, se le reincorporara como obrero. El TC resolvió declarar fundada la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso y nulo el despido arbitrario del demandante; y, además, que se lo reponga a su mismo puesto o en otro de igual o similar nivel, como trabajador a plazo indeterminado, disponible en *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06681-2013-AA.pdf*

17. Conclusiones

17.1. No obstante que los alcances y afectos del *Precedente Huatuco* han sido reducidos por el propio Tribunal Constitucional del Perú a un significativo número menor de casos, lo cual constituye una hidalga y ponderable rectificación parcial, su expedición debe llamar a la reflexión de la academia y del foro frente a la aprobación por los tribunales o cortes constitucionales de precedentes que desprotejan los derechos fundamentales y constituyan contramarchas ante los desafíos que el siglo xxi les plantea, en aras de reafirmar y garantizar el rol tuitivo y reivindicador que les corresponde.

17.2. Para que una experiencia como la comentada no se replique en otras latitudes, es menester insistir desde el punto de vista doctrinario, que es consustancial a los tribunales y cortes constitucionales el ser los garantes de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y, en ese sentido, tienen como uno de sus más grande desafíos en el siglo xxi el de preservar y mantener los derechos sociales; derechos que tanto ha costado a las sociedades lograr su reconocimiento constitucional, a partir de su paradigmática consagración en la Constitución de Querétaro de 1917.

17.3. Los tribunales y cortes constitucionales no deben abandonar, por ningún motivo ni circunstancia, su rol garantista y, en tal empeño, no cabe ceder al facilismo de confundir o distorsionar su rol esencial, o de priorizar lo cuantitativo por lo cualitativo. Es decir, establecer precedentes bajo la lógica de preocupaciones ajenas a las que les correspondan o justificándose en la necesidad de la simple descarga, buscando en este segundo supuesto, el solo aliviar el exceso de expedientes, pero desguarneciendo los derechos fundamentales de personas realmente afectadas, que recurren con esperanza a ellos persiguiendo que, como máximo órgano de la justicia constitucional, les brinden finalmente la justa protección que reclaman.

17.4. Los precedentes deben servir para reafirmar y ampliar la cobertura de protección de los derechos fundamentales; incluyendo, evidentemente, a los derechos sociales, toda vez que aquello es lo que contribuye al mantenimiento de la legitimación de los tribunales y cortes constitucionales. Máxime si se tiene en cuenta el importante y trascendente rol que detentan y al que me he referido anteriormente: ser garantes de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. No debe, pues, perderse de vista este papel fundamental que desempeñan en la forja del Estado constitucional.

18. Bibliografía

Barker, Robert S., *El precedente vinculante y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos,* Serie Cuadernos Constitucionales, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2014.

Código Procesal Constitucional del Perú, de 7 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo de 2004, disponible en *www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/institucional/normatividad/codigo_procesal.pdf*

Informe de Implementación de la Reforma del Servicio Civil. Avances y logros durante el año 2014, disponible en *http://www.servir.gob.pe*

Sagués, Néstor Pedro, *El derecho procesal constitucional-Recurso extraordinario,* Buenos Aires, Astrea, 1989.

La acción de inconstitucionalidad mexicana a la luz del derecho constitucional comparado latinoamericano

*Allan R. Brewer-Carías**

Sumario: 1. Introducción. 2. El marco general del sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad. 3. El órgano estatal al cual se atribuye la jurisdicción constitucional. 4. Los actos estatales objeto del control. 5. El carácter previo o posterior del control. 6. El carácter principal o incidental del control. 7. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. 8. Los efectos de las decisiones en materia de control concentrado de la constitucionalidad. 9. Bibliografía.

1. Introducción

Una de las innovaciones más importantes de la reforma constitucional mexicana de 1994, particularmente en materia de justicia constitucional, fue el haber introducido el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos del Estado de rango similar; lo que se hizo al atribuirse a la Suprema Corte de Justicia de la Nación competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad y para poder declarar, con efectos *erga omnes*, la invalidez de las normas que sean contrarias a la Constitución (art. 105, frac. II).

Con esta reforma, puede entonces decirse que el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en México logró zafarse, por primera vez, de la dominante y compleja estructura del juicio de amparo que en cierta forma lo había secuestrado, configurándose como un sistema de control concentrado de la constitucionalidad, adquiriendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación el carácter de Tribunal Constitucional.

Con ello, México pasó a alinearse a la tendencia general que desde el siglo XIX se había desarrollado en América Latina, donde con la excepción de

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Ponencia para el XI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, a celebrarse del 20 al 22 de septiembre en la ciudad de Querétaro, México.

Argentina —país que sigue estando aferrado al método difuso de control de constitucionalidad—, las cortes supremas o en muchos casos los tribunales o cortes constitucionales especialmente creados para tal efecto, ejercen el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos del Estado de similar rango.

El sistema adoptado, por supuesto, es radicalmente distinto al método difuso de control de constitucionalidad, que permite a todos los jueces actuar como jueces constitucionales cuando al decidir un caso concreto resuelven desaplicar la ley, con la cual deben resolver por estimarla inconstitucional, aplicando preferente la Constitución, con efectos *inter partes*.

Con la reforma de 1994, cuyas normas se reglamentaron en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1995,[1] el sistema mexicano de control de constitucionalidad puede decirse que al fin adquirió contornos precisos, lo que no se había logrado con anterioridad, y ello a pesar de que en el propio texto de la Constitución desde 1857 se había establecido el fundamento para un sistema de control difuso de constitucionalidad (art. 126), que sin embargo nunca llegó a cristalizar. Debe recordarse en efecto, la previsión del artículo 133 de la Constitución que dispone:

> Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Normas constitucionales similares fueron la base para el desarrollo de sistemas de control de constitucionalidad de carácter difuso en muchos países latinoamericanos, como fue el caso de Venezuela, donde el Código de Procedimiento Civil previó, desde 1897, que:

> Art. 10. Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán esta con preferencia.

Principio que luego se recogió en el texto de la Constitución de 1999, como fundamento del control difuso, disponiendo en su artículo 334, que:

> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

[1] Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 1 de mayo de 1995 (Última reforma publicada *DOF* 27-ene-2015), dispsonible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/205_270115.pdf*

En el caso de Colombia, en la reforma constitucional de 1910 (acto legislativo 3, 31-oct-1910), también se estableció el fundamento del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al disponer:

> Art. 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

En México, sin embargo, a pesar de la claridad del texto del artículo 133, similar a los antes mencionados, y a pesar de todos los debates que la norma suscitó durante más de un siglo, lo cierto es que el Poder Judicial de la Federación no permitió el desarrollo de dicho sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes, lo que quedó definitivamente precisado en 1995, al año siguiente de la creación del método concentrado de control de constitucionalidad en la reforma del artículo 105, fracción II de la Constitución, en decisión de la Suprema Corte considerando que:

> […] el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.[2]

Algo similar a lo de México sucedió en Honduras, donde con una norma constitucional con parecida redacción, al dictarse la Ley sobre la Justicia Constitucional, en 2004, se descartó el método difuso y se consolidó un sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad de las leyes.[3]

En todo caso, la consecuencia de esa interpretación es que en el caso de México puede decirse que hasta 1994, la única manera de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes era mediante las complejas vías del juicio de amparo, no encuadrando el sistema ni en el marco de los sistemas

---

[2] Véase en Sánchez Gil, Rubén A., "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P./J. 38/2002, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 11, México, disponible en *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486*

[3] Véase Brewer-Carías, Allan R., "El sistema de justicia constitucional en Honduras", en *El sistema de justicia constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional),* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Corte Suprema de Justicia. República de Honduras, 2004, pp. 1-148; y "La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* (directores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León), núm. 4, 2005, México, Porrúa, pp. 57-77.

concentrados ni difusos de control de constitucionalidad; siendo entonces solo a partir de 1994 que el sistema de control de constitucionalidad de las leyes de México quedó enmarcado dentro de los sistemas exclusivamente concentrados. A tal efecto, el ordenamiento constitucional confirió a un solo órgano estatal, en este caso la Suprema Corte de la Nación, el poder de actuar como juez constitucional respecto de los actos normativos de rango legal del Estado, con potestad para declararlos inválidos, es decir, de decretar su pérdida de vigencia, con efectos generales.

2. El marco general del sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad

En esta forma, en el panorama de la justicia constitucional en América Latina, México pasó a formar parte del grupo de países que han configurado un sistema exclusivamente concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde se incluye además, a Honduras, Costa Rica, Panamá, Ecuador, Bolivia, Uruguay, Paraguay y Chile.[4]

Aparte de estos países, muchos otros en América Latina también aplican el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, como es el caso de Guatemala, El Salvador, República Dominicana, Venezuela, Colombia, Brasil y Perú, pero establecido en forma combinada con el método difuso de control de constitucionalidad.

En todos los casos de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, con poderes generalmente anulatorios o invalidantes, la jurisdicción constitucional siempre se ubicó, al inicio, en las Cortes Supremas de Justicia ubicadas en la cúspide de la jerarquía judicial del país, como fue el caso ya en el siglo XIX en Colombia y Venezuela. Posteriormente en algunos casos, se atribuyó a una de las salas de la Corte, como Sala Constitucional, lo que ocurrió en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Venezuela; y en otros casos se creó una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, ubicado dentro o fuera de la jerarquía judicial para actuar como único juez constitucional, como sucedió en Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador, Bolivia y República Dominicana.

[4] Véase Brewer-Carías, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, Caracas 1994, pp. 24, 42-45, 105-113. En Bolivia, con la Constitución de 2009 se eliminó todo vestigio de control difuso de constitucionalidad; y en Honduras a pesar de lo dispuesto en la Constitución, en la Ley de la Justicia Constitucional de 2004 el método difuso no se desarrolló. Igualmente en Costa Rica, a pesar de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el control difuso nunca se ha desarrollado.

Por ello, el método concentrado de control de la constitucionalidad, el cual se adoptó en México hace 23 años, ha sido calificado en el derecho constitucional comparado como "modelo europeo" de justicia constitucional,[5] particularmente por la creación hace cien años, bajo influencia de Hans Kelsen,[6] de la Corte Constitucional en Austria, dando origen a la fórmula de los tribunales constitucionales especiales para cumplir la función de control de constitucionalidad.

Sin embargo, ello no implica que para que exista el sistema concentrado de justicia constitucional tenga que haber un Tribunal Constitucional especial, lo que quedó evidenciado históricamente en América Latina, donde el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se estableció desde 1858, atribuyéndose la jurisdicción constitucional a las Cortes Supremas de Justicia. La introducción de la fórmula de los tribunales constitucionales en los países de América Latina es realmente un fenómeno reciente, lo que ha ocurrido en Guatemala, República Dominicana, Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú y Chile.[7]

En efecto, el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, como se dijo, tiene sus raíces en América Latina en el siglo XIX, al haberse establecido por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1858, en la cual se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de la acción popular de inconstitucionalidad de los actos de las legislaturas provinciales (art. 113.8ª), a los efectos de:

> Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución.[8]

---

5 Véase Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, pp. 46, 50, 53.

6 Véase Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionelle", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, París, 1928.

7 Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 85-88, 93-113, 119-124. Sobre el sistema en la República Dominicana véase Brewer-Carías, Allan R., "El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (2011)", en *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338.

8 Veáse Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

Esta atribución de la Corte Suprema se amplió a partir de la Constitución de 1893, respecto de todas las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110.8ª) en un sentido similar al que se acogió en México en 1994, al someterse a control mediante la acción de inconstitucionalidad a toda "norma de carácter general". (art. 105, fracc. II, de la Constitución).

Después de su introducción en Venezuela, el control concentrado de constitucionalidad se estableció también en Colombia, en la Constitución de 1886, al atribuirse competencia de la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, aun cuando solo en forma limitada y preventiva cuando hubiesen sido objetados por el Gobierno (arts. 88, 90 y 151.4ª). Fue solo mediante la reforma constitucional de 1910 (acto legislativo 3, de 31 de octubre de 1910) que el sistema concentrado de justicia constitucional adquirió plena consagración en Colombia, al establecerse, en el artículo 41, la acción popular de inconstitucionalidad, para que la Corte Suprema de Justicia en el carácter de "guardián de la integridad de la Constitución", ejerciera su competencia para:

> Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Como consecuencia de estos antecedentes de Venezuela y Colombia, puede decirse que el control concentrado de constitucionalidad surgió en América Latina con la consagración de la acción de inconstitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, con el carácter de acción "popular" de inconstitucionalidad, y además, con la característica adicional de que el sistema se estableció desde el inicio, en paralelo con la consagración del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, consagrado también expresamente en Venezuela a partir de 1897 y en Colombia, en un breve periodo en 1887 y luego, a partir de 1910; configurándose así un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad,[9] al cual se han ido orientando progresivamente varios sistemas latinoamericanos, como es el caso, además de Venezuela y Colombia, de Brasil, Perú, El Salvador, Guatemala y República Dominicana.

En todo caso, como lo confirma la experiencia latinoamericana, a diferencia del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el método concentrado de control de la constitucionalidad, al tener el juez

[9] Véase Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Col. Temas de Derecho Público, núm. 39, Bogotá-Caracas, Universidad Externado de Colombia-Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 120.

constitucional en general potestades anulatorias (o de declaración de exequibilidad en Colombia; potestades derogatorias, conforme a la terminología de Honduras; o de declaración de invalidez conforme a la terminología mexicana), solo puede tener fundamento en el texto expreso de la Constitución no pudiendo desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces.

Es decir, la Constitución, como ley suprema de un país, es la única que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir cuál es la ley aplicable en cada caso; y es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes con potestades anulatorias o invalidantes con efectos generales, respecto de ciertos actos del Estado, a determinados órganos constitucionales, como la Corte Suprema o en otros casos, una Corte o Tribunal Constitucional.

En relación con el sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad que se ha establecido en México, nuestra intención en estas notas es destacar sus características fundamentales, a la luz de las regulaciones que existen en todos los otros países de América Latina que han adoptado el mismo sistema exclusivamente concentrado de justicia constitucional, analizando sucesivamente lo relativo al órgano encargado de la jurisdicción constitucional; a los actos objeto de control; al carácter previo posterior del control; al carácter principal o incidental del control; a la legitimación activa requerida para interponer la acción de inconstitucionalidad; y a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

3. El órgano estatal al cual se atribuye la jurisdicción constitucional

El primer elemento que caracteriza el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, es la atribución a un solo órgano estatal de la jurisdicción constitucional, para que en forma exclusiva ejerza el control, correspondiendo siempre o a la Corte Suprema de Justicia del país, a una de sus Salas —como Sala Constitucional—, o a un Tribunal o Corte Constitucional específicamente creado para tal fin.

En el caso de México, desde 1994 la jurisdicción constitucional se atribuyó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, la cual, por tanto, tiene la competencia para actuar como juez constitucional, aplicando el método concentrado de control de constitucionalidad en un sistema que es exclusivamente concentrado de justicia constitucional.

Esa competencia la ejerce la Suprema Corte en Pleno, y además, solo con una mayoría calificada de ocho votos aprobatorios de los once jueces

que la integran, que es el quórum decisorio impuesto para poder invalidar el acto normativo estatal cuestionado por inconstitucional. Ello lo precisa el artículo 72 de la ley reglamentaria de 1995, que dispone:

> Artículo 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

Dejando aparte esta previsión especial sobre quórum para decidir como jurisdicción constitucional, que solo se prevé en México, en los otros países de América Latina con sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes exclusivamente concentrados, la jurisdicción constitucional en algunos casos también se asigna al Pleno de la Corte Suprema de Justicia del país, como es el caso de Panamá y Uruguay;[10] en otros casos se atribuye a una Sala Constitucional de la Corte Suprema, como sucede en Costa Rica, Paraguay y Honduras; y en otros casos, se ha atribuido a un Tribunal Constitucional, como es el caso de Ecuador, Bolivia y Chile.

4. Los actos estatales objeto del control

Ahora, sobre los actos estatales sometidos a control por parte de la jurisdicción constitucional, el principio general desde sus orígenes, conforme a la idea fuerza que justificó su establecimiento de permitir el control jurisdiccional del poder legislativo y asegurar su sometimiento a la Constitución, es que los actos objeto de control son básicamente las leyes, y otros actos legislativos y de otros órganos del Estado del mismo rango, cuyo conocimiento, en contraste con los actos administrativos, se reservó a la jurisdicción constitucional.

Por ello, en casi todos los países en los cuales existe un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, este se refiere fundamentalmente a las leyes y actos estatales de similar rango, lo que implica que todos los otros tribunales continúan teniendo plenos poderes para decidir sobre la constitucionalidad de las normas aplicables en cada caso concreto, salvo respecto de las de las leyes u actos dictados en ejecución inmediata de la Constitución.[11] Por ejemplo, en materia contencioso-administrativa,

[10] Véase las referencias en Brewer-Carías, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Caracas, 1994, pp. 41 y ss.

[11] Cf. García Pelayo, Manuel, "El «status» del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, 1981, p. 19; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 65. En particular

los tribunales de la jurisdicción tienen plena competencia para declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos administrativos por razones de inconstitucionalidad o por ilegalidad.

Conforme a este esquema, por ejemplo, en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad europeos atribuidos a tribunales constitucionales, el poder de estos para declarar la nulidad de actos estatales por inconstitucionalidad solo se extiende a las leyes —o proyectos de leyes—, incluyendo las leyes aprobatorias de tratados y demás actos de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución, como los actos de gobierno y los *interna corporis* de las cámaras legislativas —es el caso, en general, con diferencias entre uno u otro país, de Alemania, Austria, Italia, España y Portugal—.

En general, debe recordarse que conforme a las orientaciones de Kelsen[12] los actos del Estado sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser considerados como actos subordinados a la Constitución de manera inmediata; por tanto, el control de la constitucionalidad aparece como la consecuencia de la expresión jerárquica del ordenamiento legal.[13] Por ello, el control de la constitucionalidad de los actos ejecutivos, normalmente subordinados a las leyes, generalmente se confiere en Europa, a la jurisdicción administrativa y no a las cortes constitucionales.[14] Sin embargo, en particular, según Kelsen, solo debían quedar excluidos de la jurisdicción constitucional los actos del Estado con efectos particulares —administrativos o judiciales—;[15] lo que implica que, por ejemplo en Austria, las normas ejecutivas o los actos administrativos con efectos generales también estén sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

---

en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, los tribunales dotados de funciones de justicia administrativa siempre tienen el poder para actuar como juez constitucional de los actos administrativos. Véase Frank, Claude, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

12 Véase Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionelle", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, París, 1928.

13 *Ibidem*, pp. 228-231.

14 No obstante, a pesar de estas directrices, el control jurisdiccional de los actos ejecutivos se confiere también, en Austria, al Tribunal Constitucional. Al respecto, Kelsen afirmaba: "Tal vez estos reglamentos no sean […] actos inmediatamente subordinados a la Constitución; su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y, de manera mediata solamente, en su inconstitucionalidad. A pesar de ello, si nos proponemos aplicarles también la competencia de la jurisdicción constitucional, no es tanto por considerar la relatividad […] de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta, sino en razón de la frontera natural entre actos jurídicos generales y actos jurídicos particulares". *Ibidem*, p. 230.

15 *Ibidem,* p. 232.

En la misma orientación, puede decirse que se fueron estructurando los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos de similar rango en América Latina, confiriendo el poder anulatorio de los mismos a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional, como juez constitucional. Dicho control, por ello, en general se refiere a las leyes o proyectos de leyes y a los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, como los decretos leyes, los actos de gobierno y los actos parlamentarios sin forma de ley; adicionalmente, en algunos países, a los reglamentos.

En ese esquema, los otros actos estatales, incluyendo los actos administrativos, no están sometidos a control concentrado de la constitucionalidad ante la jurisdicción constitucional, y desde el punto de vista de su conformación al texto constitucional están sometidos al control de los jueces respectivos, por ejemplo, los jueces contencioso-administrativos que conocen de la contrariedad al derecho —ilegalidad o inconstitucionalidad— de los actos administrativos, incluyendo los reglamentos.

En México, puede decirse que se siguió la tendencia general, al haberse definido el objeto de control mediante la acción de inconstitucionalidad, a pesar de la expresión general de "normas generales" que utiliza la Constitución, solo respecto de las leyes y los tratados internacionales; lo que sin duda deriva de la enumeración que se hace en el artículo 105, fracción II cuando se precisa la legitimación activa para accionar. Ello, en todo caso, lo aclaró la Suprema Corte de Justicia la Tesis P./J. 22/99, así:

> Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: *a)* Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces solo son procedentes contra normas de carácter general; *b)* En el propio precepto *se habla solo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general*. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de estas, sino solo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia solo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la

> propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1 de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad solo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.[16]

En ese concepto de leyes, se incluyen las que

> deriven del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, incluidas las orgánicas de los Congresos federal y estatales que tengan por objeto regular la organización, funcionamiento y atribuciones del Poder Legislativo de que se trate, así como los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado.[17]

Este control concentrado de constitucionalidad exclusivamente referido a las leyes también orienta, por ejemplo, los sistemas de Honduras, Uruguay y Paraguay. En Honduras, el artículo 184 de la Constitución de 1982, establece lo siguiente:

> Art. 184. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido.
>
> A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de lo Constitucional, tiene la potestad exclusiva de actuar como juez de la constitucionalidad de las leyes.

En igual forma, en Uruguay, la Constitución de 1989 atribuye a la Corte Suprema de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones sustantivas como formales (art. 256).

---

16 Véase en Registro núm. 194283 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* IX, abril de 1999, pág. 257, Tesis: P./J. 22/99, disponible en *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2012/CDTratados/pdf/J11.pdf*

17 Véase en Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho procesal constitucional*, disponible en *http://mexico.leyderecho.org/accion-de-inconstitucionalidad/*

Igualmente en Paraguay, la Constitución de 1992 ha mantenido el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, atribuyendo exclusivamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para decidir en cada caso concreto las acciones o excepciones que se planteen con el fin de declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de disposiciones contrarias al texto fundamental, en particular, de "las leyes y de otros instrumentos normativos", teniendo el fallo correspondiente "solo tendrá efecto con relación a ese caso" (art. 260, inc. 1)

En Bolivia, mediante la reforma constitucional de 2009, se atribuyó al Tribunal Constitucional Plurinacional la competencia para ejercer el control sobre la constitucionalidad de todas las normas jurídicas, sean estas leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales (arts. 72 y 73 del Código Procesal Constitucional de 2012), declarando su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes*, y efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso (art. 78). El objeto de control, por tanto, en Bolivia tiene una amplitud mayor a la de las solas leyes o actos de similar rango.

En Ecuador, la competencia del Tribunal Constitucional al decidir sobre la acción pública de inconstitucionalidad, que es una acción popular, tiene un objeto aún más extendido al abarcar "cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales" (art. 98, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y de Control de Constitucionalidad de 2009).

En igual sentido, en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está encargada de declarar exclusivamente la inconstitucionalidad de las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados que infrinjan por acción u omisión alguna norma o principio constitucional (art 73, Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989); es decir, se trata de un objeto muy amplio de actos estatales normativos, independientemente de su naturaleza, a excepción de los actos jurisdiccionales del poder judicial.

En esa misma línea de amplitud, una excepción extrema al principio del control relativo a la constitucionalidad de las leyes, es el caso de Panamá, donde el poder de control concentrado de la constitucionalidad atribuido a la Corte Suprema de Justicia es total, pues se refiere no solo a las leyes y demás actos estatales de rango o valor similar, sino a todos los actos estatales, abarcando no solo las leyes y demás actos de rango legal o de carácter normativo, sino incluso respecto de los actos administrativos de efectos individuales, lo que lo hace único en el mundo;[18] con lo cual ningún otro

[18] Véase Brewer-Carías, Allan R., "El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del derecho comparado", en *Revista Novum Ius,* núm. 15, editada por los miembros de la

Tribunal de la República puede hacer pronunciamientos sobre constitucionalidad respecto de los actos estatales.

A tal efecto, el artículo 206, fracción 1 de la Constitución le asigna a la Corte Suprema de Justicia, competencia exclusiva para conocer y decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, y además, de todos "los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos" estatales; o como lo precisan los artículos 2554, fracción 3, 2559 y 2561 del Código Judicial, de "las leyes, decretos de gabinete, decretos-leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad". Esta enunciación del artículo 206, fracción 1 de la Constitución, precisada por los mencionados artículos del Código Judicial, es la que conduce al amplísimo objeto mencionado de control concentrado por parte de la Corte Suprema de Justicia, que abarca, como lo destacó César A. Quintero, el control sobre:

> La constitucionalidad de leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales y actos políticos dictados por el Órgano Legislativo; de decretos-leyes y decretos de gabinete, así como de resoluciones, órdenes y otros actos administrativos dictados por el Órgano Legislativo o cualquier autoridad administrativa nacional, provincial o municipal; de sentencias u otras decisiones definitivas dictadas por cualquier tribunal judicial o especial.[19]

5. El carácter previo o posterior del control

Otro aspecto fundamental en la configuración del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes se refiere a la oportunidad en la cual se puede ejercer el control por parte de la jurisdicción constitucional; previéndose en general un control posterior, que permite anular o declarar inválidos actos estatales efectivos pero inconstitucionales, en combinación con la posibilidad de que se pueda realizar un control *a priori* que en algunos casos se ejerce a iniciativa del presidente de la República contra leyes aun no vigentes, cuando las veta.

En México, el sistema de control concentrado de constitucionalidad se estableció solamente de carácter *posteriori,* en el sentido de que solo puede y debe ejercerse una vez que la ley o acto normativo ha sido sancionado y publicado, y además, solo respecto de actos recién sancionados, de manera que solo pueden impugnarse dentro de un lapso de caducidad específico

Asociación Nueva Generación Jurídica, publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010, pp. 130-168.

[19] Véase Quintero, César A., "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Fabrega P., Jorge (comp.), *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, 1987, p. 829.

que es de "treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma" (art. 105, frac. II de la Constitución); o como lo dice el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de dicha norma constitucional de 1995, "a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial".

Esta previsión puede considerarse como absolutamente excepcional en materia de justicia constitucional en el ámbito latinoamericano, donde precisamente por tratarse de impugnación de leyes y actos normativos, la regla general es la contraria en el sentido de que no haya lapso alguno de caducidad para interponer la acción correspondiente.

Por otra parte, a diferencia del sistema mexicano, que no admite el control concentrado de las leyes antes de su promulgación, es decir, en forma previa, en el resto de los países latinoamericanos con sistemas de control exclusivamente concentrado de constitucionalidad, el mismo puede tener un carácter previo o posterior, o ambos, según que los órganos encargados de ejercer el poder jurisdiccional de control lo hagan antes de que la ley entre en vigencia, es decir, antes de su promulgación, o una vez en vigencia. Por ello, se distingue el control *a priori* del control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes.

En tal sentido, en el caso de Panamá se ha previsto un control concentrado *a priori* de la constitucionalidad cuando el presidente de la República objetare un proyecto de ley adoptada por la Asamblea Legislativa, cuando se le envía para su promulgación por razones de inconstitucionalidad, y la Asamblea insista en su adopción (art. 171 de la Constitución). En este caso, corresponde a la Corte Suprema de Justicia decidir sobre su inconstitucionalidad, de manera que si el fallo de la Corte declara el proyecto de ley como constitucional, el ejecutivo está obligado a sancionarlo y hacerlo promulgar. El mismo principio se aplica a los proyectos de reforma constitucional (arts. 2555 y 2556, Código Judicial de 2001).[20]

En Costa Rica, además de conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes y normas vigentes, la Sala Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las leyes sancionadas pero aun no promulgadas, cuando son objeto del veto presidencial formulado por razones de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución. En esos casos de ejercicio del veto, si la Asamblea no acepta las objeciones constitucionales formuladas por el presidente, el asunto debe ser sometido a la Sala Constitucional, suspendiéndose la promulgación de la ley.

[20] Véase en general González Montenegro, Rigoberto y Rodríguez Robles, Francisco, "La objeción de inexequibilidad constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* CEPC, Madrid, 2001, pp. 125 y ss.

Igualmente, también con carácter de control previo, en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley como consecuencia de las consultas que le puede formular la Asamblea Legislativa durante la discusión de las reformas constitucionales, de la aprobación de acuerdos o tratados internacionales y de proyectos de reforma de la ley de la jurisdicción constitucional; y además de proyectos de leyes ordinarias en discusión en la Asamblea, a petición de por lo menos diez diputados. En todos estos casos se trata de un medio de control de la constitucionalidad de tipo preventivo, puesto que la decisión de la Sala Constitucional se adopta antes de la sanción de la ley, siendo de naturaleza obligatoria. En estos casos, la decisión interpretativa de la Sala Constitucional tiene carácter obligatorio y efectos de cosa juzgada.

En el caso de Bolivia, el control previo de la constitucionalidad no se regula como consecuencia del poder presidencial de veto de la legislación, sino que en general, la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional competencia para absolver las consultas del presidente de la República, el presidente del Congreso Nacional y el presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto (art. 120, lit. h). En estos casos, la opinión del Tribunal Constitucional es obligatoria.

En Honduras, la Constitución dispone entre las atribuciones del presidente de la República, la posibilidad de vetar las leyes que haya recibido para su promulgación, mediante su devolución al Congreso Nacional, exponiendo las razones en que funda su desacuerdo. El Congreso puede someter la ley a nueva deliberación y eventualmente ratificarla. Sin embargo, si el veto presidencial se hubiese fundado en que el proyecto de ley es inconstitucional, no se puede someter a nueva deliberación sin oír previamente el dictamen de la Corte Suprema de Justicia (art. 216).

En Ecuador, además de haberse establecido el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (arts. 107 y ss., Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional), también se establece por parte del mismo Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes objetadas por el presidente de la República (art. 131).

En el caso de Chile, puede decirse que siempre ha sido una tradición las competencias del Tribunal Constitucional para resolver *a posteriori* cuestiones de constitucionalidad respecto de los decretos ejecutivos que tengan fuerza de ley; y conforme al artículo 82 de la Constitución, para juzgar, antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes orgánicas o las que interpretan preceptos de la Constitución. El Tribunal está igualmente autorizado para ejercer el control preventivo sobre toda cuestión que surja durante la discusión de los proyectos de ley, de los proyectos de reforma de

la Constitución y de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales sometidos a la sanción del Congreso.

En todos estos casos, el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional puede ser obligatorio o ejercido a petición de parte. En el caso de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpretan una disposición constitucional, el control preventivo realizado por el Tribunal es obligatorio, a cuyo efecto el presidente de la Cámara debe enviarle los textos dentro de los cinco días siguientes a su sanción. Dicho control preventivo, incluso, no solo es obligatorio, sino que el Tribunal puede ejercerlo de oficio, no siendo el procedimiento, en estos casos, de carácter contencioso. Si en su decisión el Tribunal considera inconstitucional una o varias disposiciones del texto impugnado, debe enviarlo nuevamente a la Cámara correspondiente, cuyo presidente, a su vez, lo debe enviar al presidente de la República a los efectos de su promulgación, con excepción de las disposiciones consideradas inconstitucionales.

En el caso de proyectos de enmienda constitucional o de los tratados internacionales, el ejercicio del control preventivo por el Tribunal Constitucional solo es posible si antes de la sanción del texto y durante la discusión del proyecto, se le formula una petición por el presidente de la República, por una de las Cámaras del Congreso o por una cuarta parte de sus miembros. Por ello, esta petición no tiene efectos suspensivos sobre el procedimiento legislativo y la acción interpuesta ante el Tribunal es de carácter contencioso, razón por la cual, en estos casos, el Tribunal debe notificar a los órganos constitucionales interesados y oír sus argumentos.

En todo caso, la decisión del Tribunal que considere inconstitucionales las disposiciones de un proyecto de ley o de un tratado, impide su promulgación.

6. El carácter principal o incidental del control

El quinto aspecto que caracteriza los sistemas de control exclusivamente concentrado de la constitucionalidad de las leyes en el continente se refiere a la vías judiciales que se establecen para requerir el ejercicio de la competencia por parte de la jurisdicción constitucional, distinguiéndose la vía principal de la acción directa intentada conforme al principio dispositivo, de la vía incidental de la remisión de la cuestión constitucional ante la jurisdicción constitucional por un tribunal inferior.

En el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos que se estableció en México con la reforma de 1994, el mismo se reguló con un carácter exclusivamente principal, en el sentido de que el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos

de igual rango, solo puede realizarlo la Suprema Corte cuando los asuntos le llegan por vía principal, es decir, con ocasión de conocer una acción de inconstitucionalidad cuya titularidad se asignó limitadamente a un conjunto de órganos estatales y a los partidos políticos. No se reguló, en forma alguna, que se pueda plantear una cuestión de constitucionalidad ante la Suprema Corte por vía incidental, a requerimiento de algún tribunal en un caso concreto.

En contraste con esta regulación mexicana, en todos los otros países de América Latina donde se ha regulado un sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, el sistema tiene un carácter dual, en el sentido de que puede ser de carácter principal y de carácter incidental, según que los asuntos lleguen a la jurisdicción constitucional mediante el ejercicio de una acción o mediante remisión del asunto ante esta por parte de un Tribunal.

En esos casos, cuando el control se ejerce por vía principal, la cuestión constitucional relativa a una ley u otro acto estatal es "la cuestión principal" y única del juicio iniciado mediante acción directa que puede ser interpuesta ante la Corte Suprema, tanto por los ciudadanos mediante una *actio popularis* o regida por reglas de legitimación particulares. En los supuestos en los cuales la cuestión constitucional se formule de manera incidental, la misma puede ser planteada ante un tribunal ordinario o puede formularse *ex officio* por el tribunal. Este tribunal es, entonces, el único que puede remitir la cuestión constitucional ante la Corte Suprema de Justicia, en cuyo caso debe suspender la decisión del caso concreto hasta que la cuestión constitucional haya sido resuelta por esta, siendo su decisión obligatoria.

En Panamá, Uruguay y Paraguay, en efecto, la cuestión constitucional puede alcanzar a la Corte, en primer lugar, de manera directa o principal mediante una acción ejercida contra la ley o el acto estatal concreto, la cual no solo se concede a quien tenga interés personal y legítimo, como sucede en Uruguay o Paraguay, o se atribuye a todos los ciudadanos, como es el caso de Panamá, donde existe la acción popular; y, en segundo lugar, de manera incidental, cuando la cuestión constitucional se plantea en un tribunal inferior con motivo de un juicio particular y concreto. En este caso, en la vía incidental, el juez debe remitir su decisión a la Corte Suprema de Justicia para luego poder adoptar la resolución final del caso, en conformidad con la decisión tomada por la Corte. En la Constitución de Panamá en esta materia, se estipula que cuando un juez, durante un procedimiento judicial ordinario, observe, *ex officio* o a instancia de una de las partes, la inconstitucionalidad de normas legales o ejecutivas aplicables al caso, debe someter la cuestión de constitucionalidad a la Corte Suprema; pudiendo el tribunal seguir el procedimiento principal solo hasta el nivel de decisión. En ambos casos de control, en Panamá, la decisión de la Corte Suprema es de efectos generales y obligatoria, y no está sujeta a ningún tipo de control.

En cambio, en el Uruguay, la cuestión constitucional también puede ser sometida a la Corte Suprema de manera incidental mediante remisión del asunto por un tribunal inferior, sea que este actúe *ex officio*, sea como consecuencia de una excepción presentada por cualquier parte en el proceso concreto. En este caso, el juez debe enviar a la Corte Suprema un resumen de la cuestión, pudiendo seguir el procedimiento hasta el nivel de decisión. Una vez que la Corte Suprema haya decidido, el tribunal tiene que tomar su propia decisión, de conformidad con lo que la aquella decida (arts. 258 y 259). A diferencia del sistema panameño, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren exclusivamente al caso concreto, teniendo, por tanto, efectos solo en los procedimientos en los que fueron adoptados.

En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, conforme a la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1990, puede ejercer el control de la constitucionalidad mediante cuatro vías judiciales distintas: la acción de inconstitucionalidad, las consultas legislativas, las consultas judiciales y la vía preventiva. En el primer caso, se trata del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales, a través de dos procedimientos: la vía incidental y la vía de acción principal o directa. La decisión de la Sala Constitucional que declare procedente la acción, anula la ley y tiene efectos *erga omnes;* y, en el tercer caso, se trata de la vía incidental.

Esta tiene como objetivo solicitar la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de constitucionalidad, puede ser utilizada por cualquier persona que sea parte de un procedimiento en curso ante los tribunales, incluso en caso de *habeas corpus* o amparo, o ante la Administración, en un procedimiento administrativo que tenga por objeto agotar la vía administrativa. En este último caso, es necesario invocar la cuestión de inconstitucionalidad de la ley, como medio razonable de protección de los derechos o intereses que se consideren afectados. En estos casos de vía incidental, la acción se presenta directamente ante la Sala Constitucional, y su novedad reside en el hecho de que es posible plantearla no solo cuando se trata de un asunto de inconstitucionalidad formulado en un procedimiento judicial, sino también en un procedimiento administrativo. En esta forma, y por razones de economía procesal, para que se pueda ejercer la acción de inconstitucionalidad, no es necesario agotar previamente el procedimiento administrativo y llegar a los tribunales.

Conforme al artículo 120 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, todos los jueces de la República pueden, asimismo, formular a la Sala Constitucional una consulta de constitucionalidad cuando duden de la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar, o de una acción u omisión que deban juzgar en un caso que les sea sometido. En estos casos, el juez que formule la consulta debe elaborar una resolución donde indique las normas cuestionadas y las razones de las dudas del tribunal

con respecto a su validez o interpretación constitucionales. En estos casos, el procedimiento judicial debe suspenderse hasta que la Sala Constitucional haya evacuado la consulta.

En Honduras, a los efectos del ejercicio del control exclusivamente concentrado de constitucionalidad que se implementó con la Ley sobre la Justicia Constitucional de 2004-2005, también se prevé como formas de acceder a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para obtener decisiones de control de la constitucionalidad de las leyes, primero, a través del ejercicio de una acción de inconstitucionalidad por el titular de un interés personal, legítimo y directo (art. 185 de la Constitución); o segundo, por vía incidental, sea como excepción que puede oponerse en cualquier procedimiento judicial; sea a instancia del juez o tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, quien puede solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución. En este caso de la vía incidental, las actuaciones se deben elevar a la Corte Suprema de Justicia, y el procedimiento debe seguirse hasta el momento de la citación para sentencia, momento a partir del cual se debe suspender en espera de la resolución sobre la inconstitucionalidad (art. 185, inc. 2, de la Constitución).

En Bolivia, la competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme al Código Procesal Constitucional de 2012, la ejerce el mismo, entre otros medios, al conocer y resolver tanto "acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto" como "acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto" sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales" (art. 73).

Finalmente, en Chile, a partir de la reforma constitucional de 2005 los poderes del Tribunal Constitucional, en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, se ejerce a través de dos vías procesales: una acción directa de inconstitucionalidad de las leyes ya promulgadas que se intenta ante el Tribunal Constitucional aun cuando solo por determinados altos funcionarios públicos (art. 82); y a través de un incidente de inconstitucionalidad planteado en los tribunales ordinarios, a requerimiento del tribunal o de las partes en el proceso, cuando su decisión depende de la constitucionalidad de la ley aplicable (art. 93). En el primer caso, la decisión del Tribunal Constitucional tiene efectos anulatorios *erga omnes,* pero en el segundo caso, los efectos de su sentencia son solo *inter partes* (art. 82, inc. 7).[21]

[21] Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, pp. 202-204.

7. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad

En cuanto al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción constitucional por vía principal, es decir, mediante el ejercicio de una acción de constitucionalidad, la diferencia que se plantea en el derecho comparado radica en la titularidad de la acción, es decir, en la legitimación activa que se regule, la cual varía desde la modalidad restrictiva, atribuida en unos casos a solo unos altos funcionarios del Estado; en otros a las personas interesadas; y en otras, a cualquier persona, como *actio popularis*.

El primer caso de legitimación restrictiva es el configurado conforme al modelo europeo, que reduce la titularidad de la legitimación activa, en general, a altos funcionarios u órganos del Estado (presidente del Gobierno, Ministerio Público, miembros del Parlamento).

Este fue el modelo que se siguió en México al prever en el artículo 105, fracción II de la Constitución que la legitimación para intentar las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, corresponde solamente:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;
b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;
e) Se deroga;
f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;
g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;

h) El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales, e

i) El fiscal general de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

Siguiendo esta misma orientación, en Bolivia, el Código Procesal Constitucional de 2012, al regular las acciones de inconstitucionalidad directas o "de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales" (art. 73, inc. 1), le atribuye la legitimación activa exclusivamente al presidente del Estado plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los órganos legislativos de las entidades territoriales autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, así como la defensora o el defensor del Pueblo (art. 74). Por su parte, la legitimación activa para interponer la denominada acción de inconstitucionalidad concreta, corresponde al "Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción" (art. 79).

Igualmente en Chile, la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes ya promulgadas que se intenta ante el Tribunal Constitucional solo puede ser formulada por altos funcionarios públicos, como el presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados o el contralor general de la República.

También en Costa Rica, en principio, la acción de inconstitucionalidad solo puede intentarse por el contralor general de la República, el procurador general de la República, el ministerio público y el defensor del Pueblo. Sin embargo, la acción también puede ejercerse de forma directa, cuando no exista, según la naturaleza del caso, ninguna lesión individual y directa, o cuando se trate de la defensa de los intereses difusos o de intereses de la colectividad en general. En este caso, la acción se ejerce contra las normas o leyes autoaplicativas, que no requieren para su ejecución de actos del Estado interpuestos, en cuyo caso, no es necesario que exista un

asunto anterior pendiente para que pueda interponerse la acción. Tampoco es necesario invocar un interés individual; pues se trata de la defensa de intereses difusos o colectivos. Por ello, puede considerarse que en estos casos, la acción de inconstitucionalidad posee un cierto carácter de acción popular.

La segunda modalidad de regulación de la legitimación activa para ejercer la acción de inconstitucionalidad, frente al esquema restrictivo de la legitimación antes mencionado, en otros sistemas de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado, prevé una legitimación más amplia a exigirse del accionante, como sucede en Uruguay, donde se exige que sus intereses personales y legítimos hayan sido lesionados por la ley impugnada (art. 258 de la Constitución). Igualmente en Paraguay, la legitimación para ejercer la acción de inconstitucionalidad corresponde a quien tenga interés personal y legítimo en la impugnación propuesta; y en Honduras, corresponde a quien haya sido lesionado por la ley impugnada en su interés directo, personal y legítimo (art. 185 de la Constitución). En consecuencia, en estos países la acción de inconstitucionalidad está sometida a una condición general de legitimación, similar a la que existe en materia de control contencioso administrativo.

En Panamá y Ecuador, por último, se ha establecido un sistema amplio de legitimación activa para ejercer las acciones de inconstitucionalidad, configurándose la acción de inconstitucionalidad como una acción popular como medio procesal para acceder a la jurisdicción constitucional, que también existe en otros sistemas que aplican el método concentrado de control aun cuando no en forma exclusiva, como es el caso de Venezuela, Colombia, Nicaragua y El Salvador.

En tal sentido, el artículo 206, inciso 1 de la Constitución de Panamá prescribe que la acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia, "por cualquier persona", por razones de fondo o de forma, contra "leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, y demás actos" estatales; lo que confirma el artículo 2550 del Código Judicial, así:

> Art. 2550. Cualquier persona por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

En igual sentido, en Ecuador, la acción de inconstitucional que se denomina en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional de 1999 como acción popular de inconstitucionalidad (art. 98) "podrá ser propuesta por cualquier persona".

8. Los efectos de las decisiones en materia de control concentrado de la constitucionalidad

El último aspecto de la racionalidad del método concentrado de control de la constitucionalidad se refiere a los efectos de las decisiones dictadas por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la ley, sea respecto al propio acto estatal impugnado, a los destinatarios de la decisión, sea respecto al tiempo.

8.1. Efectos respecto del acto estatal impugnado: la anulación

La regla general en los sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad es que dicho control tiene efectos anulatorios, en el sentido de que la ley o acto normativo declarado como inconstitucional, es anulado por el juez constitucional y, por tanto, eliminado del ordenamiento jurídico.

Este es, sin duda, el más importante aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, basado por supuesto en el principio de la supremacía de la Constitución con respecto a todos los demás actos del Estado, pero con la consecuencia de considerar que una ley contraria a la Constitución debe considerarse nula y, por tanto, debe ser eliminada del ordenamiento jurídico. Para eso, en general, es que se crea una jurisdicción constitucional.

Por ello, el principal elemento que aclara la diferencia entre los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad, el difuso y el concentrado, no es una posible concepción distinta de la Constitución y de su supremacía, sino más bien el tipo de garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía.

Por otra parte, la otra garantía de la Constitución, a saber, la anulabilidad de los actos inconstitucionales del Estado es precisamente la que conduce, en principio, al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, en los cuales la Constitución confiere el poder para anular generalmente algunos actos del Estado, cuando se juzgan inconstitucionales, a un solo órgano constitucional, sea este la Corte Suprema existente o un órgano creado especial y separadamente dentro o fuera del poder judicial, con funciones jurisdiccionales que le permiten actuar como juez constitucional.

En este caso, la garantía de la Constitución es la anulabilidad y entonces el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado

o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general.

Estos principios, se siguen, por ejemplo, en los sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad de Panamá, Bolivia, Chile y Honduras, donde la decisión de la jurisdicción constitucional al considerar inconstitucional el acto impugnado es la anulación del mismo, y por ello, los efectos *erga omnes* de la decisión.

En los casos de Paraguay y de Uruguay, la decisión de la jurisdicción constitucional es de declaratoria de inconstitucionalidad del acto impugnado, sin que ello implique la anulación del mismo, y por ello los efectos de la decisión son *inter partes*. En particular, en el sistema uruguayo, de acuerdo con la Constitución, lo que corresponde a la Corte Suprema de Justicia al controlar la constitucionalidad de las leyes es la declaración de inconstitucionalidad de la misma y su inaplicación al caso concreto.

En el caso de México, la Constitución dispuso en su artículo 105, fracción II que lo que corresponde a la Suprema Corte de Justicia cuando considere que una norma es inconstitucional, es "declarar la invalidez de las normas impugnadas", lo que significa que la norma se debe considerar como sin vigencia, no pudiendo ser por tanto, aplicada a persona alguna. Desde el punto de vista de los efectos, si bien la decisión no es de anulación o de derogación de la ley inconstitucional, la ley declarada invalida prácticamente queda eliminada del ordenamiento jurídico, pues pierde su fuerza de aplicación, lo que en definitiva no es otra cosa que una situación equivalente a la anulación del acto, particularmente por tener la decisión de invalidez efectos *erga omnes*.

En el mismo sentido, en Ecuador, el artículo 96, inciso 1 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional detalla con toda precisión los efectos del control de constitucionalidad indicando que "Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia".

8.2. Efectos respecto de los destinatarios del acto estatal anulado o invalidado

En efecto, el control concentrado de la constitucionalidad, en general, implica la atribución a un solo órgano estatal de la potestad anulatoria respecto de las leyes y actos inconstitucionales, por lo que los efectos de la decisión anulatoria son *erga omnes,* siendo excepcionales los casos de sistemas concentrados de control donde los efectos de la decisión de la jurisdicción constitucional sean *inter partes,* respecto del recurrente.

En efecto, cuando el control de la constitucionalidad se ejerce mediante una acción directa interpuesta ante la Corte Constitucional o la Corte Suprema, sin conexión con algún caso concreto contencioso, en general, la relación procesal no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una ley o acto estatal cuya constitucionalidad está cuestionada, siendo por tanto, en general, los efectos de la decisión de carácter *erga omnes*. Sobre esa característica de proceso objetivo que deriva de la acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de la Nación de México, al interpretar la fracción II del artículo 105 constitucional ha determinado, en la tesis P./J. 129/99:

> […] el carácter objetivo del proceso de control abstracto al señalar que en la acción de inconstitucionalidad la denuncia no se hace para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar la norma impugnada o su aplicación, sino para defender el principio de supremacía constitucional, ya que los efectos de la sentencia no afectan a las partes, sino a la ley impugnada y a quienes va dirigida.[22]

Por ello, fundamentalmente, en el caso del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, el objeto de la decisión acerca de la constitucionalidad de las mismas debe ser su anulación, y los efectos de la decisión son necesariamente *erga omnes*, particularmente por la ausencia de las partes propiamente dichas, en el procedimiento. Esos efectos generales, *erga omnes,* son los que tienen las sentencias, por ejemplo, en los casos de México, Costa Rica, Bolivia, Ecuador, Honduras y Panamá.

En particular, como se dijo, en el caso de México, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de declarar la invalidez de una norma impugnada por inconstitucionalidad, tiene efectos *erga omnes,* y la norma, en consecuencia, si bien formalmente no se "anula", en la práctica es equivalente en sus efectos, pues pierde vigencia. Precisamente por ello, el artículo 44 de la Ley reglamentaria de 1996, establece que:

---

[22] Citado en Brito Melgarejo, Rodrigo, *La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos*, Mexico, CNDH, 2015, p. 16; disponible en *http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH15.pdf* Sobre esto, Eréndira Salgado Ledesma ha señalado que "La Acción de Inconstitucionalidad constituye una petición —una solicitud— de control de validez normativa, más que una acción (pese a que así se denomine), pues, a diferencia del juicio de amparo y de la controversia constitucional, en ella no existe contienda entre partes propiamente dicha (no es un juicio). Por tratarse de un medio de control abstracto no exige agravio de parte, solo requiere que se tilde de inconstitucional una ley (formal y materialmente) o un tratado internacional. Tampoco se prevé la aptitud del desistimiento de parte". Véase Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho procesal constitucional,* disponible en *http://mexico.leyderecho.org/accion-de-inconstitucionalidad/*

> Dictada la sentencia, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará notificarla a las partes, y mandará publicarla de manera íntegra en el *Semanario Judicial de la Federación,* conjuntamente con los votos particulares que se formulen. Cuando en la sentencia se declare la invalidez de normas generales, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará, además, su inserción en el *Diario Oficial de la Federación* y en el órgano oficial en que tales normas se hubieren publicado.

Por otra parte, debe destacarse que en el sistema concentrado exclusivo de control de la constitucionalidad, en los casos en los cuales se inicia por el método incidental, que existe en todos los países con sistema exclusivamente concentrado de control de constitucionalidad, excepto México, y por ejemplo, como sucede en Panamá, cuando se plantea una cuestión constitucional referente a una ley en un procedimiento concreto y el tribunal inferior la remite a la Corte Suprema para que sea objeto de una decisión, dicha decisión también debe adoptarse con base en aspectos de derecho y no con respecto a los hechos, por lo que también tiene efectos *erga omnes,* es decir, no limitados al juicio concreto en el que se planteó la cuestión constitucional ni a las partes del mismo.

En contraste con los efectos *erga omnes* de las decisiones anulatorias de leyes por inconstitucionales, que como regla general tienen las que dictan los tribunales constitucionales o las cortes supremas cuando ejercen el control concentrado de la constitucionalidad, puede decirse que en todos los países en los cuales la acción o excepción de inconstitucionalidad solo puede ser ejercida por quien alegue un interés personal y directo, como sucede en Uruguay y Paraguay, los efectos de las decisiones que adopte el juez constitucional solo afectan al accionante o a las partes en el proceso; es decir, tienen efectos *inter partes.* La excepción a esta regla es el caso de Honduras, donde a pesar de la legitimación otorgada a quien tiene interés personal legítimo y directo, la decisión de la Sala Constitucional tiene efectos generales.

En concreto, en Uruguay, al contrario que en Panamá, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren exclusivamente al caso concreto, teniendo, por tanto, efectos solo en los procedimientos en los que fueron adoptados (art. 259). Obviamente, esta solución es clara con respecto a las vías incidentales de control de la constitucionalidad, pero no lo es en los casos en que el asunto constitucional se plantea como una acción directa. En este caso, la Ley 13747 de 1969, referente al procedimiento en materia de justicia constitucional, señala que la decisión puede impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales con respecto al que entabló la acción y que obtuvo la decisión, y autoriza a utilizarla como excepción en todos los procedimientos judiciales, incluyendo el control contencioso administrativo.

En el caso de Chile, cuando la decisión del Tribunal Constitucional a ejercer el control concentrado exclusivo de la constitucionalidad de las leyes se adopta mediante el método incidental, a requerimiento de un tribunal inferior o requerimiento de parte en el proceso, la decisión del Tribunal es de efectos *inter partes*.

8.3. Efectos en el tiempo: carácter constitutivo

El principio general en cuanto a los efectos temporales de las decisiones adoptadas en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, es que si estas tienen efectos generales, *erga omnes,* dado su carácter anulatorio o de declaración de invalidez, entonces en principio solo tienen efectos constitutivos, *ex nunc, pro futuro;* es decir, no tienen efectos retroactivos.

El juez constitucional, en esos casos, declara la nulidad de la ley, o la inconstitucionalidad de la ley, o la invalidez de la ley debido a su inconstitucionalidad, habiendo esta producido efectos hasta el momento en que se estableció su nulidad. De esta manera, la Corte considera, en principio, que la ley cuya nulidad ha sido declarada y establecida, ha sido válida hasta ese momento.

Así sucede también en Panamá, al establecer el Código Judicial en su artículo 2573, que:

> Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo.

Lo mismo se previó en el artículo 45 de la ley mexicana reguladora de la acción de inconstitucionalidad de 1995, aplicable en materia de acción de inconstitucionalidad, en la cual se precisó que "las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación, " agregándose que la declaración de invalidez de la ley "no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia".

En sentido similar el artículo 95 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional de Ecuador, dispone expresamente lo siguiente:

> *Art. 95. Efectos de la sentencia en el tiempo*. Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas

> constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.
>
> Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

A lo anterior, el artículo 94, inciso 6, al regular los "efectos del control de constitucionalidad" dispone que las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, y producen:

> […] efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

En general, por tanto, las decisiones de la jurisdicción constitucional son de carácter constitutivo, tiene efectos prospectivos, *ex nunc* o *pro futuro*, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional, de manera que las relaciones jurídicas consolidadas o cumplidas no pueden ser modificadas por la sentencia de inconstitucionalidad.[23] Por tanto, los efectos producidos hasta el momento de la anulación de la ley se consideran válidos. En consecuencia, la ley declarada inconstitucional por un juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, debe considerarse como un acto válido que ha producido efectos completos hasta su anulación o declaración de invalidez por la Corte.

La regla, sin embargo, tiene una excepción, y es el caso de Costa Rica, donde la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece el principio contrario, es decir, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y anulación de la ley por parte de la Sala Constitucional son *ex tunc* y, por consiguiente, declarativos y retroactivos, salvo en lo referente a los derechos adquiridos de buena fe (art. 91) o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial (art. 92).

Debe precisarse, por último, que en el caso de Panamá, como la acción de inconstitucionalidad no solo se refiere a actos normativos del Estado, sino que abarca todo tipo de acto estatal, incluyendo sentencias, los efec-

[23] Véase Rodríguez Robles, Francisco, *El proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1991, p. 113; González Montenegro, Rigoberto, La justicia constitucional en Panamá, p. 287, disponible en *http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_001_275.pdf*

tos de la anulación de estas últimas por inconstitucionales son distintos, y podría haber casos en los cuales la justicia exigiría atribuir efectos *ex tunc* a la sentencia de la Corte Suprema, por ejemplo, cuando se trata de asuntos criminales. En tal sentido, debe destacarse la doctrina de la Corte Suprema establecida en fallo de 3 de agosto de 1990, en el cual se estableció lo siguiente:

> La Corte ha sostenido en innumerables fallos que la declaratoria de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Esta posición ha sido siempre sostenida cuando la que se declara inconstitucional es una norma legal. Igualmente, el artículo 2564 del Código Judicial establece que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que las decisiones de la Corte en materia constitucional no producen efectos retroactivos. Sin embargo, la Constitución Nacional, en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales. (Salvo los fallos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de los mismos y no continúan rigiendo, como es el caso de las normas legales que mantienen su vigencia hasta que sean derogadas por los diferentes medios que la Constitución consagra.
>
> Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que solo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua. Lo que realmente ocurre es que el fallo de inconstitucionalidad de una norma legal produce una derogatoria por mandato constitucional, ya que la Constitución establece en su artículo 311 que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, y, como la Corte tiene por atribución constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, cuando declara que una norma legal es inconstitucional la deroga constitucionalmente, en virtud de lo que establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.
>
> Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, los actos jurisdiccionales deben declararse nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una nulidad constitucional, como consecuencia de la violación de normas constitucionales por un acto jurisdiccional.[24]

Por tanto, en Panamá, en los casos de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de sentencias, los efectos de la decisión de la Corte Suprema son de carácter declarativo, *ex tunc* y, por tanto, retroactivo.

Y esos efectos son, en todo caso, en contraste general, los que se producen en los casos de decisiones de declaratoria de inconstitucionalidad

[24] Fallo de 8-8-90.

de las leyes en los sistemas de control difuso de constitucionalidad, en los cuales la decisión judicial de no aplicar una ley inconstitucional a la decisión del caso concreto, al tener solo y exclusivamente efectos *inter partes,* equivale a una decisión simplemente declarativa, con efectos retroactivos, *pro praeterito* o *ex tunc*. Al ejercer este control difuso, el juez no anula la ley, sino que declara o constata únicamente una inconstitucionalidad preexistente; de forma que ignora la existencia de la ley —es decir, que la considera inexistente— y no la aplica en el caso concreto que corresponde del conocimiento del juez.

Bibliografía

Brewer-Carías, Allan R., "El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (2011)", en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011.

——, "El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del derecho comparado", en *Revista Novum Ius,* núm 15, editada por los miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica, publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010.

——, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, Caracas, 1994.

——, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Col. Temas de Derecho Público núm. 39, Bogotá-Caracas, Universidad Externado de Colombia-Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

——, *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

——, "El sistema de justicia constitucional en Honduras", en *El sistema de justicia constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional),* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia. República de Honduras, 2004.

——, "La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* (dirs. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León), núm. 4, Porrúa, México, 2005.

——, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado),* Caracas, 1994.

Brito Melgarejo, Rodrigo, *La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos*, Mexico, CNDH, 2015, disponible en *http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH15.pdf*

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

Frank, Claude, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

García Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, 1981.

González Montenegro, Rigoberto y Rodríguez Robles, Francisco, "La objeción de inexequibilidad constitucional en Panamá", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* CEPC, Madrid, 2001.

——, *La Justicia constitucional en Panamá,* disponible en *http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_001_275.pdf*

Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionelle", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger*, París, 1928.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

Quintero, César A., "La jurisdicción constitucional en Panamá", en Fabrega P., Jorge (comp.), *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, 1987.

Rodríguez Robles, Francisco, *El proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1991.

Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, diponible en *http://mexico.leyderecho.org/accion-de-inconstitucionalidad/*

Sánchez Gil, Rubén A., "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 11, México, disponible en *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486*

En la búsqueda de la humanización del Derecho Procesal Constitucional por vía de la interpretación jurisdiccional en México

*José Miguel Cabrales Lucio**

Sumario: 1. Introducción. 2. Algunos aspectos teóricos sobre la humanización del Derecho interno de naturaleza procesal constitucional por influencia del derecho internacional y la interacción de estos ordenamientos. 3. Progresiva incorporación del Derecho Internacional de los Derechos humanos en México por vía jurisprudencial. 4. Reforma constitucional en materia de derechos humanos: La interpretación conforme y el principio pro homine. 5. Progresiva y lenta humanización del Derecho hasta el Derecho Procesal Constitucional de los derechos humanos. 6. Algunos riesgos de la utilización de la interpretación conforme como principio hermenéutico para lograr la humanización del Derecho Procesal Constitucional. 7. Bibliografía.

1. Introducción

En México sin muchas dudas la reforma constitucional de Junio de 2011 en materia de derechos humanos ha sido una de las más importantes de la historia jurídica nacional. Sin embargo antes y después de la reforma textual en la Ley Fundamental, la actividad interpretativa del juzgador constitucional se ha visto marcada por una constante transformación digna de su análisis. La interpretación conforme incluida en la reforma constitucional antes mencionada se inserta en un marco mucho más amplio de transformación del sistema jurídico mexicano dirigido a la más y mejor protección de los derechos humanos. En esta transformación, principios como el de *pro homine* pretenden ser la guía teórica para sustentar todo el andamiaje jurídico constitucional en el respeto al ser humano y a sus derechos humanos. Con esta transformación predeterminada (o no) se está intentando humanizar al Derecho Constitucional con unas consecuencias innumerables e impredeci-

* Profesor investigador (SNI 1 CONACYT); coordinador de la Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico), Universidad Autónoma de Tamaulipas, México. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

bles. Es en estos términos el poder judicial el actor en el juego democrático más importante así como en la implementación de principios como el de interpretación conforme que impregna todo el quehacer jurisdiccional, que a su vez está encaminado directa o indirectamente a la protección de los derechos humanos.

Es prácticamente imposible lograr que la realidad responda fielmente a la prescripción constitucional tan exigente que en México se planteó con la reforma antes mencionada. Es también bastante complicado lograr entender y comprender que la interpretación conforme sea la única, ni menos la más efectiva forma de hacer valer los derechos humanos por vía de actuación judicial. Es aún más problemático pretender que una técnica de interpretación (como así ha sido considerada en México) responda a una lógica y dinámica para la cual no fue creada en su dimensión histórica (sistemas de justicia constitucional control de la ley en Estados Unidos de América y el sistema kelseniano europeo continental). Sin embargo la interpretación conforme es por ahora uno de los principios más importantes y con mayor proyección del sistema de justicia constitucional mexicano, que utilizado en sus racionales límites podría ayudar a consolidar el estado constitucional y democrático de Derecho y la progresión en el entendimiento de los derechos humanos con una perspectiva global.

Nos plantearemos contribuir al debate muy estimulante sobre la relación entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional y los derechos humanos, desde la perspectiva de la experiencia mexicana. Por tal motivo consideramos de indudable importancia la ubicación de estas reflexiones en el eje temático objeto de este Congreso de Derecho Procesal Constitucional en el que surge la necesidad de una nueva relación entre el derecho constitucional, el derecho internacional y los escenarios jurídico-globales que de alguna mnaera ven encumbrada dicha relación a través del Derecho Procesal Constitucional. Siguiendo con el marco contextual que nos ocupa y que se considera necesario como un debate nacional e internacional: Los nuevos modelos para comprender las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno consideramos que el Derecho Procesal viene a ser la parte del Derecho que mejor proporciona las herramientas para lograr la interacción **más o menos coherente** con algunos de los puntos concretos propuestos para su discusión, como son: La constitucionalización del derecho internacional, La internacionalización del derecho constitucional, El diálogo entre actores nacionales e internacionales como herramienta para la construcción de la nueva relación entre los dos ordenamientos, así como la implementaciòn de estas nuevas dinamicas a nivel nacional en México.

2. Algunos aspectos teóricos sobre la humanización del Derecho interno de naturaleza procesal constitucional por influencia del derecho internacional y la interacción de estos ordenamientos

En el marco de nuestro objetivo en esta ponencia, ineludiblemente tendremos que acudir a ciertas concepciones y presupuestos teóricos (breves), si quiera de manera instrumental. Es el caso de términos como humanidad, humanización.

El término humanidad tiene varias connotaciones de las cuales utilizaremos algunas para construir nuestro concepto. Por ejemplo Werner Goldsmchmidt entiende que la humanidad puede ser definida como: "aquel conjunto de caracteres comunes a todos los hombres; la naturaleza humana, o sea, la animalidad más la racionalidad.[1] Otros conceptos de humanidad que proporcionan la mayoría de los diccionarios nos llevan a su raíz etimológica y concuerdan en afirmar que humanidad se refiere al género humano.

La humanización puede ser concebida como un conjunto de valores que generalmente poseen una presunción de bondad, una inclinación hacia los valores más elementales del ser humano que posibilitan su existencia en sociedad. En este orden de ideas y sin pretender acabar el tema, en este trabajo concebimos la humanidad y la humanización como aquel proceso mediante el cual se expresan o se buscan los valores más proteccionistas, nucleares, puros, esenciales del ser humano que garantizarían su supervivencia en una sociedad generalmente llamada "humanidad".

Algunos países de nuestro entorno ya han dado pasos importantes en este camino de la humanización del Derecho Constitucional, destaca el caso de Argentina que por razones de su gran reforma constitucional de 1994 colocó los tratados internacionales sobre derechos humanos en la parte superior del vértice de la pirámide en donde se jerarquizan las normas internas, constitucionalizando estos tratados.[2]

También desde la interpretación internacional de los derechos humanos se reivindica el papel del ser humano como destinatario último de las normas internacionales,[3] pese que por mucho tiempo el Derecho Internacional

---

1 Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho. Teoria trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Edición: 4ta reimpresión. Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 411, consulta 15 jun 2015, disponible en *http://es.scribd.com/doc/136643302/INTRODUCCION-FILOSOFICA-AL-DERECHO-GOLSCHMIDT-pdf#scribd*

2 Ceserani, Luis, "La humanización del derecho privado", p. 2, consulta 2 jul 2015, disponible en *http://www.dab.com.ar/articles/23/la-humanizaci%C3%B3n-del-derecho-privado.aspx*

3 San José de Costa, Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 6 y 7 del voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. Sentencia del *Caso Castillo Petruzzi y otros*

no tenía como sujetos preponderantes a los individuos, ni mucho menos su bienestar sino los estados, entes únicos con soberanía y con personalidad jurídica internacional, desde la perspectiva de una tradicional formad e comprender al Derecho Internacional Público.

En muchos otros ordenamientos jurídicos que coexisten con otros ordenamientos de una pretendida diferente naturaleza se han resuelto de manera particular con principios interpretativos específicos, donde se incluye de manera preponderante la interpretación conforme.[4] Es el caso de España por ejemplo en relación con el Derecho Comunitario.[5] Esto prueba que el tema es sumamente discutido desde ya hace bastantes años, sin embargo en nuestra región latinoamericana no abunda el tratamiento doctrinal a estos temas.

A partir de las concepciones más o menos extrapolables y más o menos compartibles por la doctrina, es necesario plantearse las relaciones entre el Derecho Constitucional interno y el Derecho Internacional. En la medida en que este planteamiento nos sirva para continuar con el razonamiento del porqué ahora los principios jurídicos como el de interpretación conforme vienen a entrelazar más estos dos ordenamientos. Prácticamente todo el derecho interno, no solo el constitucional (aunque ahora nos avocaremos a este Derecho) parece que está transitando a un modelo de humanización en la medida en que está prácticamente todo abocado a la protección y defensa de los derechos humanos. Incluso en la interpretación, se busca ajustar tanto por abogados, operadores jurídicos y muchas otras instituciones que antes no tenían estrecha relación con la interpretación del derecho, han venido a invocar los derechos humanos en sus peticiones. La propia concepción

vs. Perú, 30 de mayo de 1999, consulta 2 jun 2015, disponible en *www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf* en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*, Sentencia de excepciones preliminares de 4 de septiembre de 1998.

4 Respecto al uso de este principio interpretativo en un ordenamiento jurídico concreto como es el español en materia de derechos humanos de naturaleza social y donde se vierten en buena medida la mayoría de las consideraciones que en esta ponencia se recogen puede verse en Cabrales Lucio, José Miguel, "Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas,* núm. 16, jul 2012, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 3-22, disponible en *http://universitas.idhbc.es/n16/16-02.pdf*

5 Hemos tenido la oportunidad de analizar este tema con bastante profundidad en otro lugar, al que remitimos en este momento para la consideración de los elementos teóricos y propositivos aplicados a los ordenamientos europeos y comunitarios puede verse en: Cabrales Lucio, José Miguel, "La interpretación por el Tribunal Constitucional español conforme al derecho comunitario en materia de derechos fundamentales", en Ugartemendia Ezeizabarrena, Juan Ignacio; Jáuregui Bereciartu, Gurutz y López Guerra, Luis (coords.), *Derecho constitucional Europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España),* Madrid, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 343-362.

material de la Constitución, el incremento de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos y la creación de lo que se ha llamado bloque de constitucionalidad de los actos internos, han propiciado la humanización del Derecho Procesal Constitucional por vía de la interpretación.

Cuando hablamos de humanización y atendiendo a los conceptos antes expuestos, hablamos de una redirección de las actuaciones sobre todo de los poderes públicos (pero no solo) hacia lo humano, hacia la defensa humana, hacia los derechos humanos y hacia la mejor protección de las personas y de sus derechos fundamentales. Es en este sentido en el que en buena medida la humanización del Derecho Procesal Constitucional pasa por la constitucionalización del Derecho Internacional en la medida en que buena aparte de los estándares más altos de protección de los derechos humanos están contemplados en tratados internacionales de derechos humanos (ya sea explícitos o implícitos), sean estos regionales y/o universales.

La adecuación entre ambos ordenamientos; el constitucional y el Internacional, podría venir muy bien desde la perspectiva interpretativa en el marco inmejorble del Derecho Procesal Constitucional, lo cual se justifica por la necesaria interacción que existe entre el ámbito interno y el internacional, así como de los tribunales encargados de preservar los respectivos derechos en ambos ámbitos. En esta relación los tribunales están llamados a mantener una continua conversación y a entenderse en la tarea de la preservación y protección de los Derechos Fundamentales. Esta aseveración habría que fortalecerla con otros argumentos, tales como la comprensión de los principios *pacta sunt servanda* que podría propiciar la construcción de lo que podríamos llamar la presunción de humanización del Derecho con proyección Internacional y sobre todo, procesal constitucional. Sobre esta presunción se podría hablar de un fin último en la integración de la sociedad global de actores jurídicos en el escenario del Derecho internacional Público y más en concreto del Derecho Procesal Constitucional de los Derechos Humanos. Una *presunción* que oriente una interpretación *pro homini,* o si se quiere aún más inclusivo, *pro humano* siempre buscando por vía interpretativa lograr la armonía entre ordenamientos jurídicos.

La idea de buscar la humanización del Derecho Procesal Constitucional por referencia al valor de lo humano y del ser humano como eje de la comprensión del Derecho no es original. Algunos otros ordenamientos y estudios concretos se han dedicado a destacar la importancia, relevancia y reivindicación de lo humano. Es el caso del Derecho Privado (en general) y del Derecho Procesal Civil por ejemaplo (en lo particular) cuyas observaciones son perfectamente coherentes con lo que hemos venido exponiendo en esta ponencia.

En el Derecho Privado (que bien podría incluír el Derecho Procesal Civil o incluso el Derecho Procesal Mercantil) para algunos autores se ha transi-

tado de una posible minusvaloración de los humanos y esencial pre preponderancia de algunos valores más relevantes en la época decimonónica, por ejemplo aspectos de naturaleza procesal como principios de contradicción, vicios de la voluntad entre otros. En la actualidad el derecho Civil progresivamente ha tenido que abordar temas y situaciones de indudable relevancia humana, en términos de genética, orientación sexual, bioética, entre otros, jerarquizando la humanidad y el valor de lo humano como nunca se había visto antes.[6] ¿Qué queremos destacar de estos estudios?: pues bien, se afirman que a lo largo de la historia, surgimiento y desarrollo del derecho privado se concebía como valores fundamentales y quizá preponderantes sobre cualquier otro aspecto, la voluntad individual, provenientes de una concepción liberal que predominaba a partir del Siglo XVIII. Aquí entraba de manera fundamental aspectos como la propiedad individual y la libertad personal, pero no para ejercer el libre desarrollo de la personalidad en todos los ámbitos, internos y externos, sino más bien para poder ejercer la economía, la contratación, en suma la autonomía de la voluntad.[7] No obstante esta afirmación, debe tenerse en cuenta que por tal motivo, podríamos decir que es a partir de las revoluciones culturales del Siglo XVIII en Estados Unidos de América y en Francia que podemos hablar de un primer intento de humanizar el Derecho, en particular con el acto de reconocimiento expreso de algunos de los derechos subjetivos públicos. Posteriormente el otro gran acontecimiento lo constituiría la segunda Guerra mundial y la evidente vulneración masiva de los derechos humanos de una gran población en el mundo. Es precisamente ese punto social de inflexión que motivo la gran codificación de los derechos humanos en el mundo occidental. Incluso hubo voces que afirmaron de manera idealista la idea de una universalización de valores e ideologías, es decir, que la problemática mundial tenía en respuestas comunes la solución.[8]

3. Progresiva incorporación del Derecho Internacional de los Derechos humanos en México por vía jurisprudencial

El punto de partida para una relación más estrecha entre el Derecho Internacional de los Derecho Humanos y la jurisdicción en México podría venir

6 Ceserani, Luis, "La humanización del derecho privado", en *Thomson Reuters*, consulta 2 jun de 2015, disponible en *http://www.dab.com.ar/articles/23/la-humanizaci%C3%B3n-del-derecho-privado.aspx*

7 *Idem*.

8 Drnas de Clément, Zlata, "La humanización del derecho internacional público", en *Academia Internacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,* consulta 30 jun 2015, disponible en *http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlaumanizacion*

de la primer Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra México (2008, *Caso Castañeda Gutman*).[9] Posteriormente en 2009 la Corte volvió a condenar a México en el famoso caso Campo algodonero relativo a la grave violación de los derechos humanos de las mujeres, esta vez de manera más contundente.[10] En el mismo año se dictó la Sentencia en el caso Radilla Pacheco (noviembre).[11] La progresiva interacción y llamadas de atención de la Corte IDH se presentaron ya recién iniciado el Siglo XXI y propició directamente uno de los pronunciamientos más importantes en el Derecho Interno en México, el expediente Varios 912/2010[12] que interpretaba la forma de cómo se implementaría una sentencia internacional en el caso Radilla Pacheco en el ordenamiento interno. En esta ocasión la Corte tuvo que pronunciarse y resolvió que las sentencias condenatorias de la Corte IDH son obligatorias para México en todos sus términos, que los criterios de la Corte IDH son orientadores (cuando México no sea parte en el asunto). Además de manera muy relevante para nuestros objetivos en la ponencia, es aquí donde se crea por primera vez la facultad-obligación de todos los jueces de realizar un control de convencionalidad ex oficio, respecto a la conformidad de la normativa interna con la Convención Americana de los Derechos Humanos. En el 2010, año en el cuál se ha condenado a México más veces que en toda la historia se dictaron 3 sentencias (caso *Fernández Ortega y otros,*[13] caso *Rosendo Cantú y otra*[14] y por último

---

9 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

10 Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205; consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

11 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

12 México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. VARIOS 912/2010. "Caso Rosendo Radilla Pacheco", Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consulta 15 jun de 2015, disponible en *http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225*

13 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

14 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

caso Cabrera García y Montiel Flores).[15] Dos de estos casos fueron revisados de nuevo por la Corte en 2011 respecto a su interpretación. La última ocasión hasta la fecha en que se condenó a México ha sido en el caso García Cruz y Sánchez Silvestre.[16]

Esta lista anteriormente mencionada solo se menciona la cronología de las veces que México ha sido condenado en el marco interamericano de protección de derechos humanos, lo que de manera muy importante vino a motivar la gran reforma constitucional que introducía de manera expresa la necesidad de interpretar los derechos humanos a nivel interno conforme a la protección más amplia cuyo origen podía incluso estar no en el derecho Interno y que analizaremos a continuación.

4. Reforma constitucional en materia de derechos humanos: La interpretación conforme y el principio pro homine.

En México el gran cambio trascendental en materia de derechos humanos se presentó con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. De toda la reforma el artículo primero podría calificarse como el de mayor trascendencia. En ese artículo se establecen dos principios.[17]

> Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

15 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

16 Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 273, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

17 Cabe hacer mención que la Corte incluso antes de la Reforma constitucional ya había resaltado el valor de lo humano, principalmente al hablar de la dignidad humana. En esta ocasión la Corte resaltaba también la importancia preponderante que debían tener los tratados de derechos humanos para garantizar la dignidad. Por ejemplo en la tesis: DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. Novena Época, 165813, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, Constitucional Tesis: P. LXV/2009, p. 8.

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

De esta adición expresa a nuestra Constitución cabe destacar el primer párrafo que prevé el aspecto más importante de generalidad, pero que a su vez limita la expansión de los derechos humanos a la propia Constitución. Lo cual, por un lado, responde lógicamente a la lógica de un ordenamiento jurídico nacional interno coherente entre sí y respetuoso de una determinada comprensión de la jerarquía normativa (interna). Es precisamente esta parte la que podría causar mayores problemas en la propia interpretación judicial al más alto nivel. En efecto, la propia Corte en una contradicción de tesis ha tenido que responder a la gran pregunta de si los tratados internacionales están por encima, en igualdad de circunstancias o por debajo de la Constitución.

En cuanto al segundo párrafo es precisamente este en el que se establecen dos de los principios de interpretación más importantes en todo el escenario jurídico constitucional global. Nos referimos al de Interpretación conforme y al llamado principio *pro homini*, también identificado como *pro libertate*. Estos dos principios hacen su aparición expresa precisamente con esta reforma, de ahí entre otras razones, que sea la más importante de todas en materia de interpretación y concepción de los derechos humanos.

En cuanto al tercer párrafo, se estipula la obligación de "todas" las autoridades de respetar, promover, proteger los derechos humanos. Esta obligación incluye de manera cualificada a los jueces, de donde los principios de interpretación se hacen aún más relevantes.

5. Progresiva y lenta humanización del Derecho hasta el Derecho Procesal Constitucional de los derechos humanos

La ciencia del Derecho y en concreto el Derecho Procesal Constitucional no deben estar tan alejadas del objetivo fundamental de todo ser humano: la convivencia en común y con felicidad. Este objetivo parece ser solo ideal y prácticamente inalcanzable, aunque todas, en un principio lo señalaban como propio. Sin embargo con el paso del tiempo muchas ciencias que nacieron con el objetivo del estudio del hombre en sociedad habían perdido este objetivo paulatinamente. En el caso del Derecho, habiendo nacido, de la necesidad de establecer reglas para la relación social, había en algún lapso de la historia dejado de tener al ser humano como centro de atención, eje de actuación, principio fundamental, vector de movimiento. Incluso esta

falta de atención al ser humano no estaba seguramente en los ideales del Derecho, sin embargo si en la realidad del Derecho. El punto álgido de esta realidad lo constituyó sin lugar a dudas la Segunda Guerra Mundial. En ese fenómeno histórico, social, cultural y económico se expresaron las más bajas y despreciables conductas del ser humano y que por tal motivo ha sido ya calificado como el momento histórico del nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuyo auxilio del Derecho Procesal Constitucional se ve cristalizado en lo que sería el Derecho Procesal Constitucional de los derechos Humanos hoy.

Algunos autores ya se han expresado sobre un tipo de "buenismo", algo que lleva a pensar cada vez que reflexionamos sobre la humanización del Derecho.[18] Este buenismo, entendido como aquella filosofía de conducta que inclina a permear todos los actos con el fin ¿ultimo de beneficiario al ser humano y ser en todo sentido y siempre "bueno" respecto a las funciones que se desarrollan y tienen repercusión en la vida de los seres humanos. El primer planteamiento fue el preguntarse si existía o debía existir el buenismo en la política, por las propias características de esta particular y especial, así como general forma de actuar del hombre, la Política. El segundo planteamiento fue avanzar y preguntarse si podía o debía existir el buenismo en el Derecho. En buena medida estas preguntas se justifican en cada momento que se revisan y se constatan leyes, disposiciones jurídicas en los países que presumiblemente son sospechosas de atender poco o nada a los seres humanos, algunas normas que parecerían deshumanizadas. Ejemplo de ellas serían las políticas migratorias que luego se convierten en leyes más o menos fuertes, enérgicas, estrictas, muy cerca de nuestro entorno y por desgracia, más allá.

En el caso concreto de México, como ya hemos adelantado, si bien es cierto existieron importantes pronunciamientos que resaltaban lo humano por parte de los tribunales y que obviamente garantizaban los derechos humanos, no es sino con la reforma que se viene a potencializar y expandir los argumentos basados en los derechos humanos, incluso y con un importante protagonismo los de naturaleza procesal constitucional. Prácticamente la totalidad de las esferas de actuación de los seres humanos están cubierta por posibles argumentaciones en perspectiva de derechos humanos. En suma, es prácticamente imposible hoy en día encontrar alguna materia que no tenga relación con los derechos humanos, y esta consecuencia en muchas ocasiones en propiciada por la propia inercia que lleva la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o más precisamente dicho; la procedimentalización de las vías jurisdiccionales para la

[18] Senent, Juan Antonio, **"¿Buenismo o humanización del Derecho?"**, en *Entre paréntesis dialogar en las fronteras,* 6 mar 2015, consulta 9 jun 2015, disponible en *http://www.entreparentesis.org/blog/229-buenismo-o-humanizacion-del-derecho*

protección de los derechos humanos y más en concreto por la humanización de las actuaciones de los juzgadores nacionales a la hora de resolver un asunto. Veamos algunos ejemplos:

En México por primera vez era posible el divorcio por simple consentimiento de uno de los contrayentes gracias a la reforma al Código Civil del Distrito Federal de 3 de octubre de 2008. Sobre esta situación ya se ha pronunciado la Suprema Corte[19] que en cuanto aquí importa viene a destacar el valor del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la libertad en su sentido más amplio, al permitir realizar la voluntad de uno de los contrayentes de no continuar en un vínculo en contra de su voluntad lisa y llana.

Ahora bien, no toda la actuación de los jueces y en particular de los más altos ministros que componen la SCJN ha sido en el camino de humanizar el Derecho constitucional. Podríamos decir que desde el 2011 los tribunales y en particular la SCJN ha transitado un importante y largo camino en materia de humanización del Derecho Constitucional por vía de la interpretación, sin embargo también hay ciertos pasos que consideramos se han dado en sentido contrario en este largo y muy loable caminar. Una prueba de ello ha sido la contradicción de tesis 293/2011 de 24 de junio de 2011 relativa a la posición de los tratados de derecho humanos en el ordenamiento jurídico interno en el que no sin razón jurídica esgrime, entre otras cosas, que; si existiese una limitación a un derecho humano por la Constitución se atenderá a esta limitación, pese a que en el tratado internacional sobre derechos humanos se prevea el mismo derecho de manera más favorable o sin dicha limitación. Con este criterio que ahora prevalece no sin polémicas, discusiones y argumentos encontrados en toda la doctrina y judicatura mexicana, diremos que se ha dado un retroceso en la búsqueda de la humanización del Derecho Constitucional en nuestro país.

Otro de los casos no muy alentadores en el proceso de humanización del Derecho Constitucional lo constituye el caso del arraigo en México. En México debido al alto índice de delincuencia se reformó (reforma a la justicia penal de 2008) la Constitución estableciéndose la posibilidad de retener privado de la libertad hasta por 40 días, prorrogables hasta 80 días a las

[19] Dentro de las últimas estaría, la que lleva por rubro: DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Décima Época, 2008492, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 15, febrero de 2015, t. II, Constitucional, Tesis: 1a. LIX/2015 (10a.), p. 1392. Y DIVORCIO. EL ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO AL EXIGIR LA ACREDITACIÓN DE UNA CAUSAL PARA DISOLVER EL VÍNCULO MATRIMONIAL VULNERA EL DERECHO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y, POR TANTO, DE LA DIGNIDAD HUMANA. Décima Época, 2009512. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 26 de junio de 2015, Constitucional, Tesis: III.2o.C.25 C (10a.).

personas involucradas en delitos graves (art. 16).[20] Posteriormente el Código Federal de Procedimientos Penales regula la materia en su artículo 133 Bis que es sometido a control constitucional y resuelto por la Corte en Pleno en una votación (6 contra 5) muy interesante en el sentido de declararlo constitucional y por ende válido.[21] Sin entrar a un estudio pormenorizado del tema tan polémico en México baste decir por ahora que en este caso se dio un paso atrás en la humanización del Derecho Procesal Constitucional por vía de la interpretación, al menos por la mayoría de los ministros del Corte, ya que no se atendió la interpretación —posible— más favorable a la persona humana, que conllevaría a un nuevo problema jurídico constitucional interno (la inconstitucionalidad-inconvencionalidad de disposiciones constitucionales en atención art. 1 de la Constitución).

Al elaborar esta ponencia, nos percatamos de un giro importante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sentido de la humanización de nuevo del ordenamiento jurídico interno en el asunto del matrimonio homosexual.[22] No vamos aquí a explicar todo el interesante debate jurídico constitucional y de derechos humanos que se ha desatado en México en los últimos años al respecto, pero si destacar la última jurisprudencia de la Corte en el sentido de homologar la necesidad de una regulación en todo el territorio nacional (considerando ya el Federalismo) de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo para evitar una posible violación de derechos como la igualdad.

6. Algunos riesgos de la utilización de la interpretación conforme como principio hermenéutico para lograr la humanización del Derecho Procesal Constitucional

Ahora bien, hemos indicado que la interpretación conforme viene a ser uno de esos principios hermenéuticos de interpretación que podrían lograr la

[20] El 5 de marzo de 2015 entró en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales que aunque no regula de manera expresa la figura del arraigo, contiene en el artículo 155 fracción VI la posibilidad como medida cautelar para el imputado de: "El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada".

[21] MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo Directo en revisión 1250/2010, promovido por Jesús Cuauhtémoc Pérez García. Sentencia de fecha 15 de abril de 2015.

[22] Para una visión panorámica mundial véase Gallo, Daniele; Paladini, Luca y Pustorino, Pietro (coords), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdiction*. Berlín, Springer, 2014. Para el caso de México véase el capítulo de nuestra autoría con datos hasta 2013 "Sex Couples before courts in México, Central and South America", pp. 93-125.

interacción positiva de los ordenamientos internacional y constitucional en Latinoamérica y sobre todo en México. Sin embargo, es pertinente también hacer un llamado a la prudencia en su uso. Este principio posee unos límites que la propia seguridad jurídica podría proporcionar. Es en definitiva la cautela en el uso y la consciente práctica del principio de interpretación que estudiamos aquí la misma base de su éxito.

No es posible tolerar que con el objetivo de lograr la unificación, o mejor dicho, la mejor protección de un derecho humano y por lo tanto lograr el nivel más alto de humanización del Derecho (norma en particular), se permita una transgresión al Estado de Derecho en su conjunto. Se manipulen las palabras, los sentidos, y los objetivos de las leyes, normas, o cualquier instrumento objeto de interpretación a nivel interno. Esto viene a solventarse con la existencia del control de convencionalidad, pero más aún con la potencial, legitima y siempre posible solución de inaplicación-desplazamiento del derecho interno cuando la contravención entre el derecho interno y el Derecho Internacional, o mejor dicho entre el Derecho Procesal Constitucional Nacional y un derecho humano previsto internacionalmente, sea insalvable, por vía interpretativa. Cabría entonces pensar si la interpretación *contra constitutionomem* tiene cabida como un límite a la interpretación conforme.

Existen algunos autores expertos en el tema que son escépticos sobre la universalización y/o globalización de ciertos valores elementales.[23] Manifiestan que aspectos tan deseables en ciertas sociedades "neoliberales" como la democracia misma son prácticamente imposibles de universalizar.[24] Aquí podríamos utilizar estas ideas para hacer el análisis propio sobre la universalización de los derechos humanos, de su concepción, de su protección y por ende de la comprensión última del valor de lo humano para lograr una pretendida humanización del Derecho y en concreto del Derecho Constitucional. Siguiendo estas mismas ideas, valdría hacerse las preguntas sobre si la propia idea de los derechos humanos con un claro sustrato occidental, liberal en mayor medida y social en menor medida sea la única y mejor vía para lograr el progreso humano en general.

Las relaciones entre Derecho Constitucional como marco general del todo el Derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos humanos puede ser considerado el verdadero y único punto de entrecruzamiento de los ordenamientos jurídicos y sus jurisdicciones. Dentro de este entrecruza-

[23] Por ejemplo: De Senarclens, profesor de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Universidad de Lausana.

[24] Drnas de Clément, Zlata, "La humanización del derecho internacional público", en *Academia Internacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. consulta 30 jun 2015, disponible en *http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlaumanizacion*

miento el núcleo duro sería esa interpretación evolutiva y favorecededora de los derechos humanos fundamentales como ideal de todos los ordenamientos internos y sobre todo del mexicano utilizando como la vía más idónea, el Derecho Procesal Constituconal.

7. Bibliografía

Ceserani, Luis, "La humanización del derecho privado", en *Thomson Reuters*, consulta 2 jun 2015, disponible en *http://www.dab.com.ar/articles/23/la-humanizaci%C3%B3n-del-derecho-privado.aspx*

Barrios Migliarini, Fernando Rafael, "La humanización del derecho internacional. Breves consideraciones respecto de los fundamentos jurídicos y de las justificaciones ético - filosóficas en lo concerniente al actual sistema de derecho internacional humanitario", Concurso de Monografías de Derecho Internacional Humanitario "Premio Gustave Moynier", ed. 2005-2006, consulta 14 jun 2015, disponible en *https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/02.pdf*

Cabrales Lucio, José Miguel, "La interpretación por el Tribunal Constitucional español conforme al derecho comunitario en materia de derechos fundamentales", en Ugartemendia Ezeizabarrena, Juan Ignacio; Jáuregui Bereciartu, Gurutz; López Guerra, Luis (coords.), *Derecho constitucional europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España),* Madrid, España: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 343-362.

_____, "Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas,* Universidad Carlos III de Madrid, núm. 16, jul 2012, consulta 15 jun 2015, disponible en *http://universitas.idhbc.es/n16/16-02.pdf*

Cabrales Lucio, José Miguel, "Mexico-Supreme Court upholds same-sex marriage and right to adopt for same-sex couples in Mexico City, General Republic Prosecutor v Local Congress, acción de inconstitucionalidad 2/2010, August 16, 2010". *Public Law,* 2011.

Drnas de Clément, Zlata, "La humanización del derecho internacional público", en *Academia Internacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,* consulta 30 jun 2015, disponible en *http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlaumanizacion*

Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho. Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes,* 4ª reimp., Buenos Aires, Depal-

ma, 1967, consulta 15 jun 2015, disponible en *http://es.scribd.com/doc/136643302/INTRODUCCION-FILOSOFICA-AL-DERECHO-GOLSCHMIDT-pdf#scribd*

Senent, Juan Antonio, "¿Buenismo o humanización del Derecho?", en *Entre paréntesis dialogar en las fronteras,* 6 marzo 2015, consulta 9 jun 2015, disponible en *http://www.entreparentesis.org/blog/229-buenismo-o-humanizacion-del-derecho*

Jurisprudencias

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos [Fecha de consulta: 10 de junio de 2015].

_____, *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

_____, *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

_____, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 273, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

_____, *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

_____, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, consulta 10 jun 2015, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú,* 30 de mayo de 1999, consulta 2 jun 2015, disponible en *www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf*

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. VARIOS 912/2010. "Caso Rosendo Radilla Pacheco". Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consulta: 15 jun 2015, disponible en *http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225*

La Constitución mexicana de 1917 y su significado para los derechos sociales

*Miguel Carbonell**

Sumario: 1. El tránsito del siglo xix al siglo xx. 2. La Constitución de 1917: continuidades, rupturas y novedades. 3. Los derechos en el régimen autoritario mexicano. 4. La garantía de los derechos. 5. ¿Qué sigue para el constitucionalismo mexicano? Bibliografía.

1. El tránsito del siglo xix al siglo xx

Parafraseando a Eric Hobsbawm, podríamos decir que el siglo xx mexicano fue un siglo "corto". Comenzó en realidad apenas en 1917, cuando da los primeros pasos un proceso de pacificación nacional, luego de la Revolución mexicana que había segado miles de vidas desde 1910.

Pero la Revolución y su producto más acabado y conocido —que es el texto constitucional promulgado en la Ciudad de Querétaro el 5 de febrero de 1917—[1] no pueden entenderse sin mirar hacia el siglo xix mexicano.

En buena medida, la Revolución mexicana de 1910 se comienza a incubar durante el prolongado mandato presidencial de Porfirio Díaz, que si bien detonó el crecimiento económico y vino a poner fin a décadas de constantes revueltas y levantamientos, no supo encauzar al país hacia una senda de desarrollo democrático. Apenas unos meses antes de que estallara el conflicto revolucionario, Díaz afirmaba ante un periodista norteamericano que México no estaba preparado para la democracia. Poco tiempo después tuvo que partir hacia el exilio en Francia, donde muere el 2 de julio de 1915.

* Investigador del IIJ/UNAM. Director del Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C.

1 Para un análisis bastante completo de la Constitución mexicana, de entre lo mucho que se ha escrito, recomiendo la obra de Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 15ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, así como la obra colectiva *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20ª ed., México, UNAM, Porrúa, 2009, 5 ts. Una visión esquemática del constitucionalismo mexicano puede verse en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 7ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2010. Un análisis de conjunto, muy completo y actualizado, en Cossío, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, 3 ts.

El levantamiento armado de 1910 tiene un origen ciertamente complejo, pero entre sus motivaciones principales se encuentra la lucha contra la injusticia que sufrían millones de mexicanos condenados, sobre todo en el ámbito rural, a pasar hambre y ver burlados día tras día sus derechos más elementales. El tema de la propiedad de la tierra y la lucha contra los latifundios tuvo un papel destacado para los diversos grupos sociales que se aglutinaron en torno al movimiento revolucionario.

La Constitución que estaba en ese entonces vigente, había sido expedida el 5 de febrero de 1857. Su aplicación práctica, sin embargo, fue en todo momento muy limitada. La dictadura de Porfirio Díaz, quien fue extendiendo su gobierno durante mucho más tiempo que el permitido por la carta constitucional, significó en la práctica su condena de muerte. Díaz es electo presidente por vez primera en 1884 y, de hecho, gobierna hasta 1910 (aunque entre 1888 y 1892 puso a uno de sus hombres de mayor confianza en la presidencia, para intentar guardar las formas respecto a lo que ordenaba la Constitución vigente).

A inicios del siglo xx, la realidad política y social de México caminaba bien lejos de los designios constitucionales. La dictadura no solamente había modificado por completo el funcionamiento de la división de poderes, sino que tampoco en materia de respeto a los derechos humanos había nada que celebrar.[2]

Es en ese contexto en el que da inicio al movimiento revolucionario, que a la postre culminaría con la expedición de la nueva carta magna de 1917 y con el surgimiento de una regulación de los derechos fundamentales que alumbraría un nuevo paradigma, o al menos, una nueva forma de concebirlos.[3]

---

[2] Hay que apuntar, pese a todo, que hubo importantes teóricos que durante esos años justificaron la dictadura, diciendo que era la única solución posible frente a las muchas limitaciones que la Constitución de 1857 le ponía al poder ejecutivo. Es el caso de Emilio Rabasa, uno de los intelectuales de mayor peso en México a inicios del siglo xx, quien sostuvo desde 1912 que la dictadura de Díaz era la respuesta natural frente a la tendencia "agresiva e invasora" del poder legislativo, permitida por la Constitución de 1857. Para Rabasa, "[l]as deficiencias de la Constitución (de 1857) colocan, pues, al país entre la dictadura presidencial y el despotismo anárquico del Congreso…". Véase su libro *La Constitución y la dictadura. La organización política de México*, México, Porrúa, 1990 (reimpresión). Hay una edición española, sin fecha, pero cuyo prólogo (que estuvo a cargo de Rodolfo Reyes) tiene fecha de 1917. En sentido parecido al de Rabasa, otro gran intelectual de esos tiempos, Andrés Molina Enríquez, no solamente defendía la existencia de la dictadura, sino que decía que esa debía ser la forma de gobierno de México durante muchos años; véase Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales* (1909), México, Era, 1983.

[3] Una visión general tanto del siglo xix como del siglo xx mexicanos en materia de derechos fundamentales puede verse en Fix Zamudio, Héctor, "200 años de evolución constitu-

Lo curioso es que, una vez que hubo que decidir sobre la nueva forma de organización institucional para el México posrevolucionario, se optó por darle la razón a los críticos de la Constitución de 1857, que avalaban de hecho la dictadura de Díaz, y se creó un poder ejecutivo muy fuerte, diseñado en sus componentes esenciales desde el nuevo texto constitucional de 1917.

Más que un régimen presidencial, lo que se creó fue un régimen presidencialista con facultades impropias para el modelo del Estado constitucional (el cual requiere y supone de un cierto equilibrio de poderes y sobre todo de la existencia de mecanismos de control y de contrapesos institucionales).[4]

Algunos diputados que concurrieron al Congreso constituyente de 1916-1917 se dieron cuenta del desbordado diseño que se estaba haciendo de las facultades del poder ejecutivo e intentaron protestar por semejante despropósito. Fue el caso del diputado Manjárrez, quien sostuvo lo siguiente:

> Estamos poniendo al Legislativo en condiciones de que no pueda ser ni con mucho un peligro; en cambio, el Ejecutivo tiene toda clase de facultades; tenemos esta Constitución llena de facultades para el Ejecutivo, y esto ¿qué quiere decir? Que vamos a hacer legalmente al presidente de la República un dictador, y esto no debe ser.

Por su parte, el diputado constituyente Pastrana Jaimes señalaba que "…en España, señores, a pesar de que hay un rey, yo creo sinceramente que aquel rey había de querer ser presidente de la República Mexicana, porque aquí tiene más poder el presidente que un rey, que un emperador".

Aunque pudiera parecer que se trata de dos temas lejanos o incluso remotos, la manera en que quedó configurado el presidencialismo mexicano en la Constitución de 1917 tuvo una enorme repercusión en el tema de los derechos fundamentales. Más adelante abundaremos sobre este aspecto. De momento, conviene hacer un repaso —aunque sea sumario— de las novedades que en materia de derechos fundamentales trajo consigo la Constitución de Querétaro.

---

cional de los derechos humanos en el derecho mexicano", en la obra colectiva *200 años de derechos humanos en México*, México, CNDH-Archivo General de la Nación, 2010, pp. 11-35.

[4] El presidencialismo mexicano ha sido objeto de innumerables análisis académicos y periodísticos. El texto clásico sigue siendo el del destacado constitucionalista Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, publicado originalmente en 1978, con múltiples reediciones posteriores (aparece bajo el sello de la editorial Siglo XXI). Véase también el completo ensayo de Orozco Henríquez, José de Jesús, "El sistema presidencial en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior" en la obra colectiva, *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, pp. 1-148.

2. La Constitución de 1917: continuidades, rupturas y novedades

Fueron muchas las novedades que resultaron del Congreso constituyente reunido en la ciudad de Querétaro a partir del 1 de diciembre de 1916. Quizá sea oportuno citar al menos las tres siguientes:

a) la ampliación del catálogo de derechos fundamentales;
b) la inclusión de los derechos de grupo o derechos de "clases sociales", y
c) el cambio de una visión iusnaturalista —originalmente recogida en la Constitución de 1857— por una más cercana al positivismo jurídico, entonces en boga. Veamos cada uno de estos aspectos.

2.1. Ampliación del catálogo de derechos

En el Congreso constituyente de 1916-1917 se enfrentaron dos distintas formas de concebir los derechos fundamentales y el papel del Estado en torno a los mismos.[5]

Por un lado, estaban los llamados "carrancistas", aliados del jefe militar que encabezaba al grupo ganador de la Revolución, Venustiano Carranza. Su idea era defender un modelo de Constitución puramente liberal, tal como había sido concebido originalmente por el Congreso constituyente de 1856-1857. Por eso es que el 1 de diciembre de 1916, en la sesión de apertura del Constituyente, Carranza presenta un proyecto de reforma a la Constitución de 1857, no un proyecto de nueva Constitución.

Por otro lado, estaban los diputados que sentían que, en honor a los muchos muertos producidos por la Revolución, el cambio constitucional no podía ser simplemente cosmético, sino que tenía que abordar cuestiones de fondo. Para ellos, el propósito del Congreso constituyente no era solo de naturaleza jurídica. Se trataba de darle forma al nuevo régimen, que tendría como principal encargo hacer realidad los ideales de la Revolución. El texto constitucional debía hacerse cargo de las reivindicaciones de las clases sociales que durante el largo periodo porfirista sufrieron exclusiones y discriminaciones mayúsculas. Había que crear un renovado compromiso político a través de un documento jurídico. Nada más, pero nada menos.

La Revolución había sido hecha por campesinos y obreros. Muchos pensaban entonces que sus reivindicaciones no podían quedarse fuera del texto

[5] Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001, pp. 80 y ss.

constitucional. La declaración de derechos contenida en la Constitución de 1857 no era suficiente.

El proyecto de Carranza, comoquiera que sea, sí proponía algunos cambios respecto a lo que señalaba la Constitución de 1857. Incluso cambios en la terminología. Mientras que la Constitución de 1857 titulaba la sección dedicada a los derechos *"De los derechos del hombre"*, el proyecto de Carranza —finalmente aprobado— proponía llamarlos *"De las garantías individuales"*, iniciando de esa forma un largo periodo de confusión entre "derechos" y "garantías" que perduró hasta el 2011.[6]

El proyecto proponía eliminar del artículo 1º la idea de que los derechos "se reconocían", para que pasase a decir que se "otorgaban". Esta propuesta también fue aprobada, tal como lo comentaremos más adelante.

Carranza también propuso recoger en el texto constitucional la educación pública laica (art. 3), la prohibición de secuestrar las imprentas en caso de delitos de prensa (art. 7), el derecho al debido proceso legal y el principio de legalidad en materia penal (art. 14), los derechos de las personas procesadas penalmente (art. 20), las libertades de religión y culto (art. 24), etcétera.

La mayor parte de las propuestas de Carranza fueron aprobadas literalmente, incluso sin mucha discusión. Sin embargo, los diputados constituyentes pensaron que el proyecto se había quedado corto al no incluir algunos temas que estaban muy presentes en el imaginario público mexicano luego de la gesta revolucionaria.

Es a partir de ese descontento que se fragua la idea de incorporar derechos fundamentales no solamente vinculados con una óptica liberal clásica, sino que dieran paso al reconocimiento de las reivindicaciones de grupos o clases sociales. De hecho, esa sería la herencia más original y conocida del Congreso constituyente de 1917, tal como se explica en el siguiente apartado.

Con posterioridad a su expedición, la Carta de Querétaro ha sufrido muchas reformas. Varias de ellas se han referido, como no podía ser de otro modo, al tema de los derechos fundamentales. Aunque a lo largo del

[6] La reforma del 10 de junio de 2011 cambia la denominación del tít. primero, cap. primero, de la Constitución mexicana, que a partir de esa fecha pasa a denominarse "De los derechos humanos y sus garantías". Como puede verse, no es el cambio ideal, pero de alguna manera ya abona en la importante distinción entre derechos y garantías. Sobre tal distinción ha insistido, con muy buenos argumentos, Luigi Ferrajoli en muchos de sus trabajos. Por ejemplo en *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 60 y ss., así como en *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. I, pp. 556 y ss.

siglo xx hubo reformas constitucionales referidas a los derechos de todo tipo —unas del todo prescindibles, otras de carácter sustantivo—, lo cierto es que siguieron con la tónica observada por el Constituyente: el catálogo de derechos fue creciendo y lo sigue haciendo incluso en la actualidad, durante los primeros años del siglo xxi.

2.2. Derechos de grupo o de clase social

La Revolución mexicana había estado animada y finalmente llevada a cabo por los grupos sociales más inconformes con el desarrollo económico, social y político durante el régimen de Porfirio Díaz. Era obvio que dicha inconformidad tenía que estar reflejada y reconocida en el nuevo texto constitucional. Quizá Venustiano Carranza no supo calcularlo bien.

Con independencia del contenido más o menos amplio del proyecto constitucional de Carranza, lo cierto es que los diputados constituyentes tenían claridad respecto a lo indispensable que resultaba plasmar normas dirigidas a regular la materia laboral y respecto a la propiedad agraria.

En materia laboral se introdujo un apartado constitucional nuevo titulado "Del trabajo y de la previsión social". No deja de resultar curioso —pero también muy indicativo de las preocupaciones de los diputados constituyentes— que ese apartado, desde el texto original de 1917 y hasta el día de hoy, esté compuesto por un único artículo: el artículo 123 constitucional.

En ese artículo se establecían cuestiones que, para su tiempo, fueron de avanzada, ciertamente progresistas. Por ejemplo, ya se hablaba de una jornada laboral máxima de ocho o siete horas —ya sea que se tratase de una jornada diurna o nocturna, respectivamente—, la prohibición del trabajo infantil, la protección a las mujeres embarazadas, un día semanal de descanso, el salario mínimo que se debía pagar a los trabajadores, la participación de los propios trabajadores en las utilidades generadas por cualquier empresa agrícola, comercial, fabril o minera, etcétera.

Para poder tener una dimensión del grado de avance que suponen todas estas cuestiones debemos considerar lo mucho que costó ganarlas en Estados Unidos, en donde la Suprema Corte durante décadas fue declarando inconstitucionales leyes que intentaban proteger a los trabajadores (en concreto, sobre temas como la jornada laboral máxima y los salarios mínimos).[7]

[7] La intervención conservadora de la Suprema Corte de Estados Unidos en temas de regulación económica y laboral tiene como caso paradigmático el de *"Lochner versus Nueva York"* resuelto en 1905. Un completo sitio de información bibliográfica sobre Lochner y su trascendencia puede encontrarse en *http://www.bu.edu/law/lochner/bibliography*.

No fue sino hasta la confrontación del presidente Franklin D. Roosevelt con la Corte y la amenaza de aumentar a 15 el número de sus integrantes,[8] que los jueces comenzaron a aceptar la legislación social que formaba parte estructural del llamado *New Deal*.[9]

El otro gran tema del Congreso constituyente de Querétaro fue la cuestión agraria, sobre todo respecto de la lucha contra los latifundios que tanto proliferaron durante el gobierno de Porfirio Díaz. El asunto fue plasmado en un prolijo artículo 27 constitucional, que establecía la propiedad comunal de la tierra bajo una institución jurídica denominada "ejido".

La propiedad privada, de acuerdo con lo que señaló ese mismo artículo 27, estaba limitada en función del interés público. Los latifundios debían ser fraccionados y entregados a los campesinos mediante un proceso de "dotación" que le correspondía llevar a cabo al presidente de la República. Sobra decir los enormes réditos políticos que esa facultad le dio al presidente y al partido en el gobierno durante décadas.

Los extranjeros tienen prohibida, desde esa época, la adquisición de aguas y tierras en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en los litorales. Suena absurda tal disposición y lo es. Lo peor es que sigue vigente en pleno siglo XXI, tal como fue redactada por el Congreso constituyente de Querétaro. Se trata de un factor que claramente inhibe la inversión extranjera que tanto necesita el país y que en la práctica da lugar a todo tipo de simulaciones y "fraudes de ley" por parte de los consorcios turísticos de otros países.

Las asociaciones religiosas, los bancos y las empresas mercantiles tuvieron en ese momento limitaciones muy claras a la propiedad de predios rústicos. En el caso de las iglesias, la prohibición fue más tajante, ya que se les impidió por mandato constitucional tener la propiedad de cualquier tipo de bien inmueble. Los templos eran propiedad del gobierno federal. Esta situación no fue modificada sino hasta 1992, cuando mediante una reforma a la Constitución se reconoce la personalidad jurídica de las iglesias.[10]

El cuadro general que queda, a la luz de las disposiciones que se han citado, es el de una honda preocupación por la lucha contra los factores

html Sobre el tema es también esencial el crítico y lúcido trabajo de Sunstein, Cass, "Lochner's legacy", en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1987.

8 Uno de los textos recomendables sobre esa etapa de la historia de la Suprema Corte es el de MacGregor Burns, James, *Packing the Court*, Nueva York, The Penguin Press, 2009.

9 Sobre el tema, de entre la inmensa bibliografía existente, puede verse por ejemplo White, G. Edward, *The constitution and the new deal*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

10 Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001.

reales de poder que habían sojuzgado a millones de mexicanos desde finales del siglo XIX: los latifundistas, la Iglesia, los bancos y las empresas. Se reivindica, desde el texto constitucional, la ideología de la Revolución y sus causas sociales más profundas.

Varios diputados lo expresaron con claridad: la Constitución mexicana había sido concebida como una Constitución para obreros y campesinos. Es el caso, por ejemplo, del diputado Cravioto, quien desde la tribuna del constituyente sostuvo: "así como en Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una constitución los sagrados derechos de los obreros". Es decir, se estaba pasando —con plena conciencia de la novedad que eso suponía— del constitucionalismo liberal —cuyo sujeto de protección y tutela era el individuo—, al constitucionalismo social. La primera Constitución con derechos para las "clases sociales" estaba naciendo.

Una cosa distinta, que habrá que analizar por separado y en otro momento, es si las decisiones que finalmente se tomaron resultaron las mejores para esos millones de personas que vivían en la pobreza antes de la Revolución y que siguieron viviendo en ese mismo estado todavía por décadas. El milagro revolucionario mexicano no arranca sino hasta mediados del siglo XX, cuando dan inicio los 40 años del llamado "desarrollo estabilizador", en los que el país crece a un ritmo vertiginoso y grandes capas de la población —sobre todo en el ámbito urbano— alcanzan niveles de bienestar desconocidos hasta entonces.

2.3. Del iusnaturalismo al positivismo en materia de derechos

El primer capítulo de la Constitución mexicana de 1857 llevaba por título "De los derechos del hombre". En su primer artículo, esa Constitución señalaba que "[e]l pueblo reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

En 1917 la denominación del capítulo inicial de la Constitución se modifica y queda como "De las garantías individuales". También cambia el contenido del artículo 1, que los constituyentes de Querétaro redactan de la siguiente manera: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restrin-

girse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Sobra decir que es muy probable que los constituyentes no tuvieran muy clara la diferencia entre "garantías" y "derechos", confusión que estuvo presente a lo largo del siglo XX entre buena parte de la doctrina constitucional mexicana y también en la jurisprudencia nacional. No hace falta abundar en tal diferencia, sobre la que mucho se ha escrito en los años recientes.

Lo que quizá pueda tener un mayor interés para este análisis de carácter histórico es el cambio operado respecto de la "fuente" de los derechos. Mientras que la Constitución de 1857 se refería al "reconocimiento" de los derechos, la de 1917 hablaba del "otorgamiento" de los mismos. Aunque seguramente no tuvo mayor relevancia práctica, durante décadas este cambio en la nomenclatura constitucional alrededor de los derechos generó profusos —y muchas veces confusos— debates entre los profesores de derecho constitucional.

En el fondo, como es evidente, lo que subyace es la disputa entre iusnaturalismo e iuspositivismo, tan presente en la literatura jurídica del siglo XX. Los constituyentes de 1857 parecían adherirse a una visión más iusnaturalista, tomada seguramente del pensamiento ilustrado europeo del siglo XVIII,[11] mientras que los que redactaron el texto de 1917 se afiliaron a una corriente más "estatalista", propia del iuspositivismo.

En fin, como ya se dijo, mediante una reforma publicada en el año 2011, la Constitución mexicana vuelve a las raíces de 1857, pues ahora el artículo 1 se refiere nuevamente al "reconocimiento" de derechos y no al "otorgamiento".[12] Con el paso del tiempo, el talante liberal e iusnaturalista de los constituyentes del 57 se terminó imponiendo.

3. Los derechos en el régimen autoritario mexicano

El siglo XX mexicano fue el siglo del Partido Revolucionario Institucional (PRI). A partir de su fundación en 1929, ocupó todo el espacio político y fue

[11] Peces Barba, Gregorio, "Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII" en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. 1, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2001, pp. 7 y ss.

[12] La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 10 de junio de 2011, contiene muy relevantes cambios, más allá de cuestiones semánticas. Para un análisis de su contenido puede verse, por ejemplo, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

el gran aparato articulador de un régimen político que se extendió durante siete décadas.

Nadie duda a estas alturas que se trató de un régimen autoritario, si bien es cierto que los gobernantes de turno por lo general no cometieron tantas atrocidades como las que se pudieron observar en otros países de la región. Fue un régimen que prefirió "comprar" a los opositores, hasta el punto de financiar ilegalmente a distintas formaciones políticas para que hubiera la ilusión de un ejercicio democrático que se oponía al partido hegemónico. Sobre este punto volveremos más adelante.

El prolongado dominio del PRI tuvo muchas consecuencias en materia de derechos fundamentales. No solamente las que podrían parecer más evidentes, como la clamorosa violación de los derechos de participación política, sino otras de muy distinto signo, que conllevaron diversas modificaciones constitucionales (la mayoría con propósitos puramente retóricos y de legitimación política, a medida en que el régimen se iba debilitando y surgía una incipiente, pero cada vez más amplia, oposición social a sus políticas) y una muy curiosa concepción de los derechos sociales. A algunas de estas cuestiones se dedican los apartados siguientes.

3.1. Derechos sociales y clientelismo político

La Constitución mexicana, a lo largo del siglo xx, fue incorporando casi todos los derechos sociales conocidos por el constitucionalismo contemporáneo. Su texto original, como ya fue mencionado, contenía previsiones específicas —y novedosas, para su tiempo— respecto a los derechos de los trabajadores, de los campesinos y en materia educativa.

Con posterioridad, se incorporaron el derecho a la vivienda, a la salud, al medioambiente, los derechos de los consumidores y, más recientemente, los derechos a la alimentación y al agua.

Sin embargo, en muy buena medida, tales derechos estuvieron privados de cualquier significado normativo. Siempre fueron vistos como simples "normas programáticas", que indicaban un objetivo público que se debía perseguir, pero que no suministraban una posición jurídica concreta para ninguna persona.

Esa explicación no la hacían solamente políticos, sino también académicos muy relevantes.[13] Infortunadamente no se trata, en el caso de Mé-

[13] Pese a sus defectos, la doctrina nacional no parece ser un caso aislado, ya que, como escriben Abramovich y Courtis al inicio de un libro indispensable sobre el tema de los derechos sociales, "[n]o es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico

xico, de una perspectiva adoptada hace cincuenta años y que ya ha sido superada, sino que estuvo en buena medida vigente en nuestros estudios constitucionales a lo largo de todo el siglo XX.

José Ramón Cossío lo explica con las siguientes palabras:[14]

> Los derechos sociales terminaron por ser considerados como *normas programáticas*, es decir, como simples directivas que realizar por los poderes públicos. Si se revisa la doctrina nacional, se encontrará que la misma postuló un concepto específico de Constitución, fundamentalmente ligado a la Revolución y a las conquistas de esta; señaló las normas de contenido social como las manifestaciones más directas de tales supuestos sociales; posteriormente, estableció que las normas sociales eran un mero programa que realizar por el Estado y, finalmente, que las normas no eran estrictamente jurídicas sino, y al igual que la Constitución, el fruto de la Revolución… una vez trivializado el sentido de los derechos sociales, el régimen podía utilizarlos como una vía privilegiada para, por un lado, incorporar los programas de campaña de los distintos presidentes de la República y, por el otro, seguir insistiendo en el carácter social del Estado mexicano.

Para ponerlo en términos muy simples, puede decirse que hubo en México dos tipos de aproximaciones al tema de los derechos sociales, las cuales son las que se han impuesto en el pasado y que, como se acaba de decir, siguen teniendo cierta hegemonía (cada vez en menor grado, por fortuna) dentro de la teoría jurídica nacional.

Para la primera de ellas, los derechos sociales tendrían por objeto regular las relaciones jurídicas entre dos clases sociales: una poderosa, que cuenta con la propiedad de los bienes de producción y que tiene recursos económicos suficientes para poder ejercer plenamente los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce, y otra caracterizada por tener escasas propiedades y medios económicos muy precarios. Uno de los autores más conocidos en la materia expone este punto de vista en los siguientes términos:

---

a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador", Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 19. Por su parte, Luis Prieto observa que "…existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y, muy particularmente, los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, lo que representa una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser la filosofía política dominante, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales", Prieto, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª ed., México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2004, p. 46.

[14] Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, *…cit.*, p. 123.

> De los antecedentes históricos que acabamos de narrar, se advierte que determinadas clases sociales, colocadas en una deplorable situación económica, exigieron del Estado la adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase social poderosa. Por ende... al establecerse las garantías sociales... se formó una relación de derecho entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y aquellos frente a los que se implantó la tutela. En vista de esta circunstancia, los sujetos del vínculo jurídico en que se traducen las garantías sociales, son, por un lado, las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria, y por otro, las castas poseedoras de la riqueza o situadas en bonacible posición económica... ante las garantías sociales y frente a los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, el Estado, por conducto de las autoridades que al efecto establece la ley..., vela por el cumplimiento de todas las modalidades jurídicas y económicas de la relación de derecho en que se ostentan las prerrogativas sociales.[15]

Una de las peores consecuencias de la forma de entender los derechos sociales que se acaba de mencionar es que sitúa a este tipo de derechos fuera del ámbito de obligaciones del Estado, ya que las relaciones jurídicas en materia de derechos sociales se establecerían solamente entre particulares. De esta manera, al Estado le correspondería un papel de vigilante o de árbitro, cuyo objetivo fundamental sería justamente el de supervisar que ninguna de las partes se excediera respecto de la otra y que ambas cumplieran con lo dispuesto por la Constitución y las leyes. Para este punto de vista, el Estado estaría por encima de las clases sociales en disputa, pero no tendría directamente obligaciones que atender en materia de derechos sociales, más allá de su papel de vigilante.

La segunda aproximación a la que se tiene que hacer referencia es la que entiende —como ya se apuntaba— que los derechos sociales son mandatos de carácter programático que la Constitución dirige a las autoridades de carácter administrativo, las cuales irán cumpliendo con esos mandatos de acuerdo con el monto de recursos económicos de que dispongan y conforme a su propia capacidad administrativa para desarrollar los servicios públicos a través de los cuales se satisfacen los derechos sociales.

Es decir, las normas constitucionales que contienen derechos sociales no son concebidas como verdaderos mandatos, vinculantes para todas las autoridades, sino que se representan más bien como recomendaciones o programas que las autoridades deben de ir observando tal como vayan pudiendo o que no deben violar de forma manifiesta y grosera.

Inclusive, el contenido de los derechos sociales no vincula a todas las autoridades, sino nada más a las de carácter administrativo, pues el legisla-

[15] Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 704 y 706.

dor no está, por virtud de esos derechos, obligado a tomar ningún tipo de medida, ni tampoco los jueces, dentro de cuya esfera de competencias no se encuentra prácticamente ninguna atribución en materia de derecho a la vivienda, a la salud o a la educación.

Un argumento que suelen esgrimir quienes defienden este segundo punto de vista es que los derechos sociales no son vinculantes, puesto que no pueden ser exigidos jurisdiccionalmente; se trata de la típica confusión entre los derechos y sus garantías, confusión que como ya hemos dicho ha sido puesta de manifiesto y refutada con contundencia por Luigi Ferrajoli en varias de sus obras.

Este punto de vista puede encontrarse, por ejemplo, en uno de los libros que se han publicado en los últimos años sobre el tema de "las garantías individuales" en México, en el que se pueden leer afirmaciones como las siguientes —que corroboran lo que se acaba de decir—: "mientras las garantías individuales son exigibles por el gobernado en forma directa y ante su violación se tiene el medio procesal idóneo para reivindicarla, que es el juicio de amparo, las garantías sociales lo son de eficacia indirecta. En efecto, este último tipo de preceptos constitucionales requieren de la expedición y puesta en vigor de leyes secundarias y, en específico, de instancias procesales donde plantear la violación a sus contenidos".[16]

A la luz de lo anterior, no es difícil suponer que los derechos sociales fueron en realidad vistos no como normas jurídicas, sino como prebendas que eran objeto de negociación política para ganar clientela por parte del partido en el gobierno. Los grupos sociales cercanos y afines al partido hegemónico recibían todo tipo de apoyos —vivienda, acceso a salud, becas, cuantiosos subsidios, etc.—, mientras que aquellos que no seguían la línea oficial eran aislados de cualquier beneficio. Al no ser vistos como verdaderos derechos, los derechos sociales quedaron librados a la lógica implacable del quehacer político y del clientelismo partidista, bajo cuyo imperio lo único que cuenta es conseguir los votos necesarios para permanecer en el poder el mayor tiempo posible.

3.2. Una democracia de papel

Es difícil saber qué derechos fundamentales fueron más violados durante el largo dominio autoritario que vivió México durante el siglo XX. En alguna medida lo fueron todos, aunque hubo casos muy clamorosos.

[16] Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, pp. 582-583.

Uno de esos casos fue el de los derechos de participación política. De hecho, se trata de un aspecto muy llamativo en la historia política de México y, naturalmente, también en la historia nacional de los derechos fundamentales.

El régimen político mexicano, articulado alrededor de un partido hegemónico (el PRI), siempre fue muy cuidadoso a la hora de guardar las apariencias:[17] nunca se dejaron de celebrar elecciones conforme al calendario establecido, nunca se dejaron de registrar candidatos, nunca faltaron partidos de oposición, casi nunca se impidió un cierto nivel de discurso crítico hacia el régimen, etc. Es decir, no se trató de una dictadura o de un régimen totalitario como el que padecieron muchos países de América Latina a lo largo del siglo xx. El dominio priista fue más *sutil* (por llamarlo de alguna manera).[18]

Ahora bien, aunque las apariencias eran las propias de una democracia más o menos normal, lo cierto es que la realidad era una cosa muy distinta: el gran elector fue durante décadas el presidente de la República, que en su carácter de líder máximo del PRI tenía la facultad —*metaconstitucional*, como con acierto la llamó Jorge Carpizo en una obra clásica—[19] de nombrar a su sucesor. Las prácticas de fraude electoral fueron abundantes y reiteradas.

Los partidos de oposición fueron financiados desde el propio poder público para que hicieran su papel, en el entendido de que la competencia real por el poder se daba dentro del PRI. La excepción a esa oposición-clientelar fue durante mucho tiempo el Partido Acción Nacional (PAN), vinculado a ciertos grupos empresariales y cercano a la Iglesia católica.

Los medios de comunicación no eran en modo alguno imparciales. Las noticias que llegaban desde las oficinas gubernamentales se transmitían como verdades absolutas (sin cambiarles ni una coma a los boletines oficiales). La profesión periodística siempre estuvo muy cercana al poder político, salvo alguna excepción muy notable como lo fue el periódico *Excélsior,* bajo la dirección del legendario periodista Julio Scherer García, desde finales de los años sesenta y hasta 1975, cuando fue depuesto y expulsado del periódico por órdenes del presidente de la República. En esa época no fueron pocos los periodistas que recibían "complementos salariales" —sobornos, para

17 Becerra, Ricardo; Salazar, Pedro y Woldenberg, José, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, 3ª ed., México, Cal y Arena, 2005.

18 Carbonell, José, *El fin de las certezas autoritarias*, México, IIJ-UNAM, 2001, quien describe con profundidad y rigor el dominio partidista ejercido por el PRI a lo largo de la mayor parte del siglo xx.

19 Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, *…cit.*

decirlo sin eufemismos—, de parte de funcionarios públicos que querían un trato favorable en los periódicos. Los medios electrónicos de comunicación —radio y TV— estaban controlados gracias al sistema de concesiones que administraba el poder ejecutivo, a partir del cual se asignaban las frecuencias y se renovaban las autorizaciones para poder seguir haciendo uso del espacio radio-eléctrico.

Lo anterior es relevante no solamente para tener claridad sobre la franca violación de los derechos más esenciales de participación política —como el derecho de votar—, sino además porque supone un entorno político poco favorable para el conjunto de los derechos fundamentales. A la luz de lo que se acaba de apuntar —y de muchas otras cosas que se podrían mencionar—, es obvio que el ejercicio de las libertades de expresión y de prensa fue muy precario. Lo mismo que el derecho de los ciudadanos a estar informados —el otro lado de la moneda de la libertad de prensa—, el derecho de asociación, el derecho a manifestarse libremente en las calles, el derecho de huelga, etcétera.

El dominio sobre lo electoral fue la puerta de entrada para que a través del partido hegemónico se pudiera controlar al conjunto del Estado. Por eso es que puede decirse que durante muchas décadas la democracia mexicana fue de papel, lo cual tuvo un profundo impacto en el régimen constitucional de los derechos fundamentales y, desde luego, en su eficacia práctica.

4. La garantía de los derechos

Durante buena parte del siglo xx, el único mecanismo de garantía de los derechos fundamentales en México fue el juicio de amparo. Se trata de una acción de carácter extraordinario que tiene sus antecedentes en el siglo xix y que fue diseñada pensando en un esquema de defensa de los derechos muy limitado.[20]

Hasta que fue publicada una importante reforma constitucional en el mes de junio de 2011, la legitimación activa para promover el ampa-

[20] Una explicación del juicio de amparo mexicano puede verse en Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011. Las reformas necesarias al amparo mexicano han sido sistematizadas y analizadas por Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2001. Un panorama muy completo del amparo tal como quedó a partir de la nueva Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* 2 de abril de 2013, puede verse en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2013.

ro era muy estrecha: se requería acreditar por parte del promovente la existencia de un interés jurídico supuestamente vulnerado por un acto de autoridad. El titular de dicho interés jurídico, además, debía resentir un agravio personal y directo para que su demanda de amparo pudiera ser procesada.

Por otro lado, el efecto de las sentencias de amparo en las que fuera declarada la inconstitucionalidad de una norma general abarcaba solamente a las partes en el juicio. Es decir, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad consistía en "inaplicar" la norma contraria a la Constitución, pero sin expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos generales hacia el futuro. Se trataba, en suma, de una muy mala copia del sistema de control constitucional de Estados Unidos.

En la práctica judicial, el amparo servía para proteger algunos derechos de forma limitada. La competencia para conocer de ese juicio correspondía exclusivamente al Poder Judicial de la Federación (esa fue una diferencia importante respecto al modelo de control constitucional estadounidense, que reconoce una competencia "difusa" para ejercer dicho control, de acuerdo con la cual lo puede ejercer cualquier juez). El amparo, en términos prácticos, era útil para proteger la libertad personal —ya que tenía entre sus funciones servir como una especie de recurso de *habeas corpus*— y como mecanismo de control de los jueces locales de las entidades federativas, a través de lo que se ha denominado como "amparo-casación".

Para enriquecer el esquema constitucional de garantía de los derechos fundamentales, en 1992 se incorpora la figura del *ombudsman,*[21] muy conocida en el derecho comparado.[22] Se ordena desde la Constitución la creación de una Comisión Nacional de los Derechos Humanos como órgano nacional y 32 comisiones locales en cada una de las entidades federativas que integran la República mexicana.

Como es tradición, tratándose de este tipo de órganos, las comisiones tienen competencia para conocer de quejas en contra de órganos de la administración pública y emiten recomendaciones que, como tales, no son vinculantes. En 1999 y en 2011 se reforma nuevamente el marco constitucional del *ombudsman* para fortalecer su autonomía y para darle mayor fuerza a las recomendaciones a través de un esquema de control parlamentario.

---

21 Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 325 y ss.

22 Fix Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, CNDH, 1999, pp. 347 y ss.

En la práctica, las comisiones han hecho una tarea impresionante y muy positiva para denunciar hechos atroces como la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, el secuestro masivo de migrantes, las condiciones deplorables de las cárceles, etc. Además, han contribuido a generar una cultura de los derechos humanos que era inexistente en México hasta hace muy poco tiempo.

Una reforma constitucional de diciembre de 1994 introdujo en la Constitución mexicana las acciones de inconstitucionalidad.[23] Tales acciones son también un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, ya que permiten que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza un control abstracto sobre las leyes federales y locales, e incluso sobre los tratados internacionales.

La legitimación activa para promover una acción de inconstitucionalidad recae en las minorías parlamentarias, las comisiones de derechos humanos —*ombudsman*—, la Procuraduría General de la República y los partidos políticos, solamente en contra de leyes electorales, en este caso. Las sentencias emitidas en los procesos de acción de inconstitucionalidad pueden tener efectos generales siempre que voten por la incompatibilidad de la norma impugnada con una norma superior, 8 de los 11 ministros que integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se trata de una mayoría calificada un tanto injustificada, que ya ha dado algunos problemas serios en el curso de los años recientes.

Lo cierto es que, pese a que el esquema de defensa constitucional de los derechos fundamentales se ha ido robusteciendo a lo largo de las últimas décadas, todavía falta mucho por avanzar. Durante mucho tiempo la tortura fue una práctica recurrente de la policía, sin que los jueces hicieran nada por inhibirla. De la misma forma, los derechos sociales han sido poco más que meras proclamaciones retóricas, como ya se ha explicado en un apartado anterior.

En el caso de México, como en buena parte de América Latina —con la excepción notable de Colombia, quizá—, las violaciones de los derechos fundamentales suelen quedar impunes. Los sistemas de protección de los derechos son todavía muy rudimentarios y los jueces encargados de velar por su defensa carecen de la debida autonomía para hacer bien su trabajo. No hay duda de que pueden reconocerse avances en la materia, pero también es necesario señalar que persisten gravísimas e impunes violaciones de la dignidad humana, totalmente incompatibles con el más elemental significado de cualquier Estado de derecho.

---

[23] Cossío, José Ramón, "Artículo 105", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, *…cit.*, t. IV, pp. 180 y ss.; Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

5. ¿Qué sigue para el constitucionalismo mexicano?

En las páginas anteriores hemos revisado, de forma desde luego somera, algunos de los aspectos a través de los cuales fue creado y ha ido evolucionando el texto constitucional de 1917. Desde su nacimiento, la Constitución mexicana tuvo como uno de sus faros principales el de la protección de las entonces llamadas "garantías sociales", que hoy seguramente pueden ser denominadas más bien como "derechos sociales fundamentales" o simplemente "derechos sociales".

Ahora bien, el noble propósito de proteger a obreros y campesinos, así como poner un gran énfasis en la tarea educativa del Estado mexicano, no se pudo materializar por muchas y muy diversas razones. Cien años después, es obvio que nuestra historia constitucional se trata, como habrá podido apreciar el lector, de una historia de claroscuros, de la que mucho podemos aprender.

Nos podrá parecer encomiable o no nuestro pasado constitucional, pero sea cual sea el balance que hagamos, lo cierto es que ya está fijo en nuestra historia. No podemos cambiarlo. Lo que sí podemos hacer es demostrar que hemos aprendido las lecciones de la historia, para escribir un futuro constitucional mejor para el país. Ese, sin embargo, tendrá que ser objeto de otro análisis, en un espacio diverso al del presente ensayo.

Servirá mucho, para ese efecto, tener presente la gravitación histórica que ha marcado a la Carta de Querétaro en sus primeros 100 años, puesto que ninguna Constitución y ni siquiera algún ordenamiento jurídico pueden construirse en el vacío. Las inercias de lo que hemos sido seguirán pesando en nuestro futuro constitucional.

Es posible que, hacia delante, nos espere un nuevo texto constitucional. O quizá sigamos la ruta de la introducción paulatina —pero imparable— de reformas constitucionales, tal como ha sucedido en los primeros 100 años de vigencia de la Carta de Querétaro. O tal ve, los legisladores acepten la propuesta que algunos de nosotros hemos hecho sobre la necesidad de establecer una especie de "moratoria constitucional" para que el texto logre cierta estabilidad y pueda ser debidamente conocido y aplicado.[24]

No sabemos qué nos espera. Lo que sí deseamos es que ese futuro sea construido entre todos y que no abandone lo mucho o poco que hemos logrado a partir del reconocimiento constitucional de los derechos sociales.

[24] Carbonell, Miguel, "¿Por qué no una nueva Constitución?", en *Nexos,* febrero de 2014, disponible en *http://www.nexos.com.mx/?p=18387*

Bibliografía

AA.VV., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2009, 5 ts.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

Becerra, Ricardo; Salazar, Pedro y Woldenberg, José, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, 3ª ed., México, Cal y Arena, 2005.

Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35ª ed., México, Porrúa, 2002.

Carbonell, José, *El fin de las certezas autoritarias*, México, IIJ-UNAM, 2001.

Carbonell, Miguel, "¿Por qué no una nueva Constitución?", en *Nexos,* febrero de 2014, disponible en *http://www.nexos.com.mx/?p=18387*

_____ y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

_____; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª ed., México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2004.

Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano,* 18ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.

_____, *La Constitución mexicana de 1917*, 15ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2009.

_____ y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 7ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2010.

Cossío, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, 3 ts.

_____, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

_____, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2013.

Fix-Zamudio, Héctor, "200 años de evolución constitucional de los derechos humanos en el derecho mexicano", en Fix Fierro, María Cristina y Quemain Sáenz, Miguel Ángel (coords.), *200 años de derechos humanos en México*, México, CNDH-AGN, 2010.

_____, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2005

_____, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, CNDH, 1999.

_____, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

_____ y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

MacGregor Burns, James, *Packing the Court*, Nueva York, The Penguin Press, 2009.

Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales (1909)*, México, Ediciones Era, 1983.

Orozco Henríquez, José de Jesús, "El sistema presidencial en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior", en AA.VV., *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988.

Peces Barba, Gregorio, "Derecho, sociedad y cultura en el siglo xviii", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: Siglo XVIII, vol. 1, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. La organización política de México*, México, Porrúa, 1990.

Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002.

Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001.

Sunstein, Cass, "Lochner's legacy", en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1987.

White, G. Edward, *The constitution and the new deal*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2001.

El gran reto de la judicatura local. Su independencia real

*Víctor Collí Ek**

Sumario: 1. Introducción. 2. Problema añejo. El Proyecto de Carranza y el Constituyente de 1917. 3. La supervivencia del prejuicio. La Reforma de amparo y la oportunidad perdida. 4. El sistema constitucional y las garantías de la IJL. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Uno de los grandes restos de la judicatura local se da en su entendido orgánico, como parte de la división de poderes al interior de las entidades federativas.

Una razón importante del gran anhelo que existe de volver dicha judicatura en órganos de definitividad como estaba considerado en la Constitución de 1824, ha sido la presunción de su falta real de independencia, especialmente frente a los ejecutivos locales. Esa es una razón poderosa por la que en modificaciones posteriores, como la del amparo de 2011, no se haya decidido retomar esa añeja definitividad del primer modelo federal mexicano.

En el presente estudio se expone el estado de la cuestión de este reto —la presunción de su falta de independencia real— desde dos ángulos. El primero de ellos, aborda la discusión, presunción y consecuencias de su falta de independencia, a partir de dos sucesos: primeramente, en el origen de nuestro constitucionalismo vigente, el discurso de Carranza y las discusiones en el Congreso Constituyente de 1916-1917; y segundo, la oportunidad perdida en la reforma de amparo de 2011, cuya iniciativa sí consideraba apoyar a la transformación de la judicatura local en órganos definitivos, cuestión que al final no sucedió.

* Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Campeche. Responsable del proyecto de investigación: "La Suprema Corte y la defensa de los Derechos Humanos en el nuevo paradigma jurisprudencia en México. Doctrina Constitucional en Serio" financiado por PRODEP-SEP, del cual el presente estudio es un producto. *www.victorcolliek.com; vimcolli@uacam.mx*

El segundo ángulo se refiere al qué dice y cómo se ha desarrollado el esquema de garantías de la independencia judicial local (en adelante IJL) en el sistema constitucional mexicano. Esto es importante, ya que si se pretende hacer un estudio pormenorizado de las razones sociales, económicas, políticas, sociológicas, etc., —cuestión necesaria pero que es no motivo del presente estudio— de por qué después de tanto tiempo se sigue pensando en que realmente los poderes judiciales locales no son lo suficientemente independientes, debemos empezar por verificar qué indica nuestro modelo constitucional vigente sobre ello, un poco responder a la pregunta: ¿apoya o garantiza la Constitución mexicana la IJL? Para ello, abordamos dos ángulos necesarios. En primer lugar, el texto constitucional y su evolución, desde 1917 a nuestros días, qué indica nuestra Carta Magna sobre las garantías de la IJL. Segundo, la interpretación constitucional de ese texto a través de nuestra Corte, o de qué manera, el Tribunal Constitucional mexicano ha defendido esa IJL.

Como se podrá observar en el estudio, existen garantías constitucionales, pero igualmente como se puede deducir, esas garantías no resultan suficientes para derribar el prejuicio de la falta de independencia judicaturas locales, como para convertirlos en tribunales con una mayoría de edad reconocida plenamente.

2. Problema añejo. El Proyecto de Carranza y el Constituyente de 1917

En el Constituyente encontramos dos intervenciones trascedentes para el tema de la independencia judicial local, que marcarán una parte importante de su desarrollo histórico. La discusión pasa por la labor de los tribunales federales en la revisión —vía Amparo— de las sentencias de los tribunales de las entidades federativas.

2.1. La ideología del proyecto de Carranza

En el proyecto del "Primer Jefe", es posible determinar una preocupación por el estado real de la IJL, específicamente cuando abordó el tema del amparo. En ese contexto, es posible ver tres líneas argumentativas entrelazadas en relación con la IJL, vía el Amparo.

> Primero, la ingente carga de trabajo.
>
> …las leyes orgánicas del juicio de amparo ideado para protegerlos, lejos de llegar a un resultado pronto y seguro, no hicieron otra cosa que embrollar la marcha de la justicia, haciéndose casi imposible la acción de los tribunales, no

> solo los federales, que siempre se vieron ahogados por el sinnúmero de expedientes, sino también de los comunes cuya marcha quedó obstruida por virtud de los autos de suspensión que sin tasa ni medida se dictaban.[1]

Segundo, la intervención de la judicatura federal en los asuntos judiciales locales.

> El recurso de amparo establecido con un alto fin social, pronto se desnaturalizó hasta quedar, primero, convertido en arma política; y, después, en medio apropiado para acabar con la soberanía de los estados; pues de hecho quedaron sujetos de la revisión de la Suprema Corte hasta los actos más insignificantes de las autoridades de aquellos.[2]

Tercero. La indubitable condición real de los jueces locales

> …en el fondo de la tendencia a dar al artículo 14[3] una extensión indebida, estaba la necesidad ingente de reducir a la autoridad judicial de los estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores, que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tantos excesos.[4]

2.2. Preocupación en el Constituyente de 1917

Lo descrito líneas arriba sería analizado en el Congreso Constituyente, a través del voto particular presentado por los congresistas Heriberto Jara e Hilario Medina, el 22 de enero de 1917. En él, solicitaron la desaparición de tal estado de cosas, donde no hubiera cabida a la intervención federal a través del amparo en los asuntos civiles y penales locales.

> Aquí el citado voto:
>
> Ciudadanos diputados:
>
> Una diferencia de apreciación sobre el papel del amparo garantizador de los derechos del hombre ha ocasionado este voto particular sobre el artículo 107 del proyecto que reglamenta los casos de procedencia de aquel juicio.

---

1 Marván Laboorde, Ignacio, *Nueva edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917,* Tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 2.

2 *Ibidem,* pp. 2 y 3.

3 "Artículo 14.- No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley."

4 Marván, Ignacio, *op.cit.*, p. 8.

A reserva de ampliar nuestros razonamientos en la discusión del artículo, exponemos sucintamente nuestra manera de ver:

I. En las reglas del artículo 107 del proyecto se establece el amparo contra sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles y en juicios penales. Esto nulifica completamente la administración de justicia de los tribunales comunes de los Estados, porque la sentencia pronunciada por estos será atacada ante la Corte mediante el amparo; y sea que este alto tribunal confirme o revoque aquel fallo, tendrá el derecho de revisión sobre la justicia local, produciendo el desprestigio de esta;

II. Los Estados, por sus tribunales, deben sentenciar definitivamente los litigios y las causas criminales de los habitantes sometidos a su soberanía y no dejar nunca su justicia en manos ajenas, porque resultaría curioso que un Estado que se llama soberano no pueda impartir justicia;

III. La Constitución de 1824 tenía un principio que parece estar de sobra en una república federal; pero que hoy sirve para mostrar lo que debe ser la justicia en un Estado. Este artículo dice así:

> Artículo 160: El Poder Judicial de cada Estado ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia.

IV. No es vano temor el de que con el sistema del artículo 107 del proyecto se nulifique la justicia local; es un hecho de experiencia que ningún litigante se conforme con la última sentencia del tribunal de un Estado y que acude siempre a la Corte. De ahí ha venido la poca confianza que se tiene a la justicia local, el poco respeto que litigantes de mala fe tienen para ella y la falta bien sentida de tribunales regionales prestigiados. Y, en efecto, en el más alto tribunal de un Estado nunca hay sentencias como definitivas, y así los juicios en realidad tienen cuatro instancias: la primera, la segunda, la súplica y el amparo.

Estas consideraciones y el afán de establecer de una manera sólida la infranqueable justicia local han obligado a los subscripto miembros de la Comisión a formular el presente voto, proponiendo a la aprobación de esta honorable Asamblea el artículo 107 en los términos siguientes:

> Artículo 107. Todos los juicios de que habla el artículo anterior, se seguirán a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará la ley. La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto a la ley o acto que la motivare.[5]

[5] Voto particular de los CC. Heriberto Jara e Hilario Medina, sobre el artículo 107 del proyecto de reformas, Diario de los Debates del Congreso Constituyente (1917), Tomo II, Número 65. Igualmente ver los números 68 y 69, donde se encuentra la discusión. CFR. Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX,* México, SCJN, 2002, pp. 37-45.

A pesar de esta importante defensa de la soberanía local, el Constituyente decidió seguir manteniendo la intervención federal, inspirado en la misma ideología carrancista de la falta de independencia de los jueces locales, lo que se traducía en falta de garantías de una justicia local plena, esto se aprobaría con 139 votos a favor del dictamen de la Comisión y 4 votos en contra y a favor del voto particular.

3. La supervivencia del prejuicio. La Reforma de amparo y la oportunidad perdida

En 2011, específicamente el 6 de junio, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, una reforma constitucional al único procedimiento de las personas para inconformarse de la violación a derechos humanos por parte de autoridades o particulares realizando actividades propias de las autoridades. Esta reforma, en su procedo de discusión de su Constituyente Permanente, tuvo una oportunidad para repensar si las circunstancias había cambiado de 1917 a la fecha, para modificar el *statu quo,* tanto de la intervención de la justicia federal sobre la local, como más de nuestro interés la presunción de que la judicatura local debía considerarse más independiente que hacía tantas décadas.

Lo anterior lo haría al analizarse el amparo directo, por lo que es importante indicar que este tipo de amparo está ligado a la intervención de la justicia federal sobre la local desde dos líneas: primero, las "violaciones directas" a la Constitución, entendidas como un daño realizado a un derecho reconocido en el texto constitucional o en la esfera de estándares internacionales legítimos en México; y segundo, "violaciones indirectas" a la Constitución —por medio de los artículos 14 y 16 constitucionales, comúnmente conocidas como "garantías de legalidad"— y que importan una violación de naturaleza legal, por parte de los jueces locales al emitir sus sentencias.

Recordemos que fue justamente esta segunda línea, la que estuvo en el centro de la discusión de Carranza y del Constituyente originario de 1917 que analizamos líneas arriba.

En ese sentido, es vía el amparo directo que se permite la intervención federal-local en la vertiente judicial, específicamente los tribunales colegiados de circuito, quienes estudian y califican las sentencias locales. A lo que dirían los constituyentes Jara y Medina, que se trata prácticamente de una exclusión de la definitividad de las sentencias locales.[6]

[6] Ejemplo de ello lo encontramos en el criterio: "AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES. De los artículos 107, fracciones III y V, de la Constitución

Es así que en el proceso de reforma constitucional al amparo de 2011, la iniciativa propuesta pretendía un cambio importante. Exponía, en primer lugar a manera de crítica, que el amparo directo se había extendido, dando como resultado un sistema complejo de la justicia federal, y que la intervención sobre la judicatura local ahora resultaba un sinsentido, porque las decisiones tomadas en esos Amparos resultaban en confirmaciones de las sentencias locales.

Es por ello que la iniciativa[7] establecía una solución: por un lado, fortalecer la autonomía de los tribunales locales, y dar a los tribunales colegiados de circuito una facultad de decisión sobre cuáles asuntos locales abordar. Esta facultad de decisión importaba dos criterios: importancia y trascendencia.[8]

Política de los Estados Unidos Mexicanos y 158 de la Ley de Amparo, se advierte que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que ponen fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que pertenezcan a cualquier orden jurídico parcial -federal, local, del Distrito Federal o municipal-, ya que estos tribunales derivan del orden jurídico constitucional y, por ende, se encuentran subordinados a él. En consecuencia, el juicio de garantías en la vía directa procede contra las sentencias dictadas en un juicio de protección de derechos humanos por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz por tratarse de un tribunal judicial, lo que se corrobora desde una perspectiva formal por lo previsto en los artículos 56 y 64, fracción I, de la Constitución Política de dicha entidad; máxime, que si bien el federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la Ley Fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional, lo que busca garantizarse tratándose de esos fallos a través del juicio de amparo directo. Por ello, los Tribunales Colegiados de Circuito, lejos de actuar como jueces del orden jurídico federal, funcionan como jueces de la Constitución General de la República en ese supuesto, salvo la materia electoral, la cual está sujeta a un sistema de regularidad constitucional especializado", Novena Época, Registro: 164177, Pleno, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXII, agosto de 2010, Tesis: P./J. 68/2010, p. 5.

7 Puede ser consultada en: Cámara de Senadores, *Gaceta del Senado*, sesión de 10 de diciembre de 2009.

8 Según la exposición de motivos del dictamen de las comisiones, implicaba la ponderación de: "a) que a juicio del Tribunal Colegiado de Circuito, la naturaleza intrínseca del caso permita que el mismo revista un interés superlativo reflejado en la gravedad del trema, es decir en la afectación o alteración de valores sociales, políticos, o en general de convivencia, bienestar o estabilidad del Estado mexicano, relacionados con la administración o impartición de justicia y b) que el caso, también a juicio del Tribunal Colegiado de Circuito, revista un carácter superior reflejado en lo excepcional o novedoso que entrañaría la fijación de un criterio jurídico trascendente para casos futuros o la complejidad sistémica de los mismos". *Ibidem,* pp. 68-69.

Con tal propuesta, indicaba la iniciativa,[9] no se buscaba eliminar el amparo directo, sino atemperar su intervención, al abordar aquellos casos que fueren de estricta constitucionalidad –violación directa- al igual que importantes y trascendentes, dejando las demás sentencias locales como definitivas.

Es claro ver que la propuesta significaba la superación del prejuicio de 1917, la emergencia de un sistema nuevo, la posibilidad, mediante un paso importante, de consolidar a los jueces locales como independientes, sin embargo, al aprobar la reforma constitucional, esta iniciativa no logró ver la luz, y dentro de sus razones vemos con claridad la falta de la independencia y autonomía judicial local, si no, ¿por qué otra razón se afirmaría la potencial afectación del derecho de acceso a la justicia en caso de aprobar esta idea? Las razones de la negativa fueron las siguientes:

> Por otro lado, estas comisiones dictaminadoras coinciden en términos generales con los argumentos contenidos en la iniciativa en el sentido de que hoy en día los poderes judiciales locales gozan de una mayor autonomía e independencia frente a los poderes legislativos y ejecutivos de las entidades federativas. Asimismo, que la confianza en ellos ha ido aumentando, sustentada principalmente en las reformas al artículo 116 constitucional y en aquellas normas y acciones que van abriendo en nuestra sociedad las puertas de un Estado de derecho, sin embargo, estas comisiones no comparten la propuesta contenida en la iniciativa en el sentido de limitar en ciertas materias la procedencia del juicio de amparo directo, fijando como criterios de admisión de la demanda de amparo directo la *importancia y trascendencia*.
>
> En efecto, si bien por un lado se reconoce la importancia de atender la problemática generada a partir del abuso de este instrumento de tutela constitucional, por otro, consideramos que es posible dar atención a dicha problemática a través de medidas diversas a las planteadas en la iniciativa con la finalidad de no afectar el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 constitucional.[10]

---

9 Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, 7 de diciembre de 2010, núm. 3156-IX, p. 28.

10 El texto de la iniciativa señalaba: 107. Fracción III, inciso a), cuarto párrafo: "El amparo a que se refiere este inciso será procedente cuando, además de los requisitos que para ello se establecen, las sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio entrañen la fijación de un criterio de importancia y trascendencia en los términos que precise la ley reglamentaria." Fracción V, último párrafo: "En todos los casos a que se refiere esta fracción, la procedencia del juicio de amparo se regirá por lo establecido el inciso a) de la fracción III del presente artículo."

4. El sistema constitucional y las garantías de la IJL

Es claro que un reto de la judicatura local es precisamente la búsqueda de la consolidación de su independencia. En ese sentido, es trascendente revisar las garantías ofrece el sistema constitucional mexicano para su consolidación. En este apartado analizaremos estas garantías desde dos perspectivas: el texto constitucional y su interpretación por el tribunal constitucional mexicano.

4.1. La Constitución en su texto

La Constitución mexicana en su texto, contiene actualmente las garantías de la independencia de los jueces locales en el artículo 116 fracción III, el cual tuvo su origen en una constitucional posterior al diseño original, ya que el texto que el Constituyente de 1917 generó, no contemplaba[11] nada sobre ello.[12]

Dos reformas constitucionales implementaron estas garantías en el texto constitucional.

La primera reforma especializó el artículo 116 en el tema de los estados y sus poderes públicos,[13] y en ese sentido implementaron una fracción —III— especializada en el poder judicial local.

La segunda reforma constitucional fue eminentemente judicial, al modificar lo relativo a los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado, al igual que determinar prohibiciones para ocupar dicho cargo.

Veamos con un poco más de detenimiento estos cambios, por sí son importantes e igualmente porque la doctrina de la Corte mexicana sobre la IJL se desarrollará a partir de estos textos.

---

11 Esta omisión constitucional, significaba una falta de definición en el Federalismo mexicano, al claramente definir en la Carta Fundamental lo relativo a la justicia federal, pero ser silente respecto de lo estatal. *Cfr. Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una Agenda para la justicia en México,* México, 2006. Concha Cantú, Hugo y Caballero Juárez, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México,* México, National Center for State Courts-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.

12 El texto original del artículo indicaba: "Los Estados pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación del Congreso de la Unión."

13 La inclusión de las previsiones constitucionales tanto del Poder Ejecutivo, como el Legislativo local, se habían realizado en reformas constitucionales previas, como la del 3 de febrero de 1983, pero al estar comprendidas previamente en el artículo 115, se decidiría que era mejor "especializar" un artículo constitucional, por lo que la reforma de 1987, decidiría hacer esto en el 116.

4.1.1. Primera reforma

Esta[14] fue publicada el martes 17 de marzo de 1987.[15] Fue una modificación sistémica a todo el aparato de justicia mexicano en general[16] que implementó garantías para la independencia judicial. Fue una iniciativa presidencial que abrevó de las observaciones generadas en el XIII Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República Mexicana, realizado en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, el día 16 de mayo de 1986.

Para lograr el objetivo de garantías la independencia judicial, se determinaron siete lineamientos: reconocimiento de la independencia del poder

[14] El nuevo texto del 116 constitucional, en cuanto a la fracción III, sería el siguiente: "Artículo 116.- III.- El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas. La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados. Los magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales deberán reunir los requisitos señalados por el artículo 95 de esta Constitución. Los nombramientos de los magistrados y jueces integrantes de los Poderes Judiciales Locales serán hechos preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica. Los jueces de primera instancia y los que con cualquiera otra denominación se creen en los Estados serán nombrados por el Tribunal Superior o por el Supremo Tribunal de Justicia de cada Estado. Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargado el tiempo que señalen las Constituciones Locales, podrán ser reelectos, y si lo fueren, solo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados. Los magistrados y los jueces percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable, la cual no podrá ser disminuida durante su encargo."

[15] *DOF* Martes 17 de marzo de 1987. Presidente Miguel de la Madrid H. Se reformó el artículo 116. Sobre ello, Cinthya Chanut Esperón ha indicado: "Con anterioridad a la reforma constitucional de 17 de marzo de 1987, no se encontraba regulada constitucionalmente la administración de justicia de los Estados, pues la organización de los tribunales se realizaba conforme a las facultades derivadas del artículo 124 de la Constitución, lo cual hizo que los justiciables optaran por la justicia federal de los Estados, lo cual a su vez generó el aumento de juicios de amparo." *El poder judicial de la Federación y la Tutela de la Independencia de los Poderes Judiciales Locales",* en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La Justicia constitucional en las Entidades Federativas,* México, Porrúa, 2006, p. 99.

[16] Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2003, p. 278. Por su parte, Ulises Schmill Ordóñez ha señalado de este cambio constitucional lo siguiente: "La característica central de las reformas promovidas por el presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, es la consistencia, la congruencia, la simetría de las normas referentes a los órganos de los poderes judiciales tanto federales y del Distrito Federal como de los estados locales" en *Las nuevas bases del sistema judicial mexicano, 1982-1987. Reflexiones, Apuntes Bibliográficos,* México, UNAM, 1987, p. 35.

judicial cuyo ejercicio debía estar regulado en el texto constitucional local y las leyes orgánicas respectivas; magistrados con los mismos *requisitos* para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia;[17] esquema de nombramiento de jueces y magistrados; *facultad de los tribunales superiores de justicia para designar a los jueces de primera instancia* o sus equivalentes; establecimiento constitucional del *tiempo* durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, reelección, valoración exclusivamente por su desempeño pudiendo ser privados en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del Estado; *remuneración* adecuada, irrenunciable, que no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

4.1.2. Segunda reforma

La segunda reforma fue publicada el 31 de diciembre de 1994.[18] Los dos elementos primordiales de esta modificación fueron, en primer lugar, ajuste a los requisitos para ser magistrado, y segundo, eliminación de la referencia a quien designaba a los jueces de primera instancia…[19]

4.3. La Constitución en su interpretación

El desenvolvimiento constitucional descrito, sería el marco que permitió a la Corte mexicana poseer los insumos adecuados para desarrollar una doctrina importante sobre la defensa de la independencia judicial local.

---

17 La Cámara de Senadores subrayó que los tribunales superiores de justicia como los máximos órganos jurisdiccionales de cada entidad federativa, deben de probar su objetividad, idoneidad profesional y moral para ocupar dichos cargos.

18 *DOF*, sábado 31 de diciembre de 1994. Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. Se reformó la fracción III, párrafo tercero y se derogó el párrafo quinto, hecho lo cual se recorre la numeración, del artículo 116. Fe de erratas publicada el 3 de enero de 1995. "Artículo 116.- I.- y II.- III.- Los Magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales, deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución. No podrán ser Magistrados las personas que hayan ocupado el cargo de Secretario o su equivalente, Procurador de Justicia o Diputado Local, en sus respectivos Estados, durante el año previo al día de la designación. Se deroga. IV. a VI."

19 En palabras de Cynthia Chanut Esperón: "La reforma del párrafo tercero tuvo como razón de ser el adecuar los requisitos e impedimentos exigidos para los magistrados locales a los consignados en el artículo 95 para los magistrados federales; y, la derogación del párrafo quinto, tuvo como finalidad el eliminar el esquema de nombramiento rígido para los jueces de los Estados a fin de que cada entidad federativa adoptara el esquema de organización judicial que estimara más conveniente", *op. cit.*, p. 99.

Tres instantes básicos[20] son lo que se han sucedido para que la Corte interpretara las implicaciones del artículo 116 fracción III, especialmente refiriéndose a las garantías de la independencia y autonomía judicial.

El primer de ellos fue la resolución del Amparo en Revisión 2021/99,[21] que daría como resultado las jurisprudencias P./J. 101/2000,[22] sobre las

[20] Tres momentos sistemáticos quiere decir aquellos donde se han definido marcos claros de desarrollo jurisprudencial, aunque no han sido los únicos, existe una doctrina rica de la independencia judicial local en México, donde se han definido tanto diversos actores a los que esta doctrina puede ser aplicada, como diversos desarrollos de los contenidos estructurales de la independencia –por ejemplo, implicaciones de la estabilidad, remuneración, evaluación de desempeño, entre otros-. CFR. Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal. Evolución, consolidación y defensa en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2010.

[21] Núm. de registro IUS 6880. Novena Época. Instancia: Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIII, Enero de 2001, pág. 497.

[22] PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. MARCO JURÍDICO DE GARANTÍAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La interpretación relacionada del texto de este precepto de la Carta Magna y el proceso legislativo que le dio origen, surgido con motivo de la preocupación latente en el pueblo mexicano del perfeccionamiento de la impartición de justicia que plasmó directamente su voluntad en la consulta popular sobre administración de justicia emprendida en el año de mil novecientos ochenta y tres y que dio lugar a la aprobación de las reformas constitucionales en la materia que, en forma integral, sentaron los principios básicos de la administración de justicia en los Estados en las reformas de mil novecientos ochenta y siete, concomitantemente con la reforma del artículo 17 de la propia Ley Fundamental, permite concluir que una justicia completa debe garantizar en todo el ámbito nacional la independencia judicial al haberse incorporado estos postulados en el último precepto constitucional citado que consagra el derecho a la jurisdicción y en el diverso artículo 116, fracción III, de la propia Constitución Federal que establece que "La independencia de los Magistrados y Jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las leyes orgánicas de los Estados". Ahora bien, como formas de garantizar esta independencia judicial en la administración de justicia local, se consagran como principios básicos a los que deben sujetarse las entidades federativas y los poderes en los que se divide el ejercicio del poder público, los siguientes: 1) La sujeción de la designación de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales a los requisitos constitucionales que garanticen la idoneidad de las personas que se nombren, al consignarse que los nombramientos de Magistrados y Jueces deberán hacerse preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que la merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica y exigirse que los Magistrados satisfagan los requisitos que el artículo 95 constitucional prevé para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que será responsabilidad de los órganos de gobierno que de acuerdo con la Constitución Estatal, a la que remite la Federal, participen en el proceso relativo a dicha designación; 2) La consagración de la carrera judicial al establecerse, por una parte, que las Constituciones y las leyes orgánicas de los Estados establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados y, por la otra, la preferencia para el nombramiento de Magistrados y Jueces entre las personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de

bases de la independencia judicial en las entidades federativas, y la P./J. 107/2000,[23] acerca de los criterios de la situación jurídica de los poderes judiciales locales.

justicia, lo que será responsabilidad de los Tribunales Superiores o Supremos Tribunales de Justicia de los Estados o, en su caso, de los Consejos de la Judicatura, cuando se hayan establecido; 3) La seguridad económica de Jueces y Magistrados, al disponerse que percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable que no podrá ser disminuida durante su encargo; 4) La estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo que se manifiesta en tres aspectos: a) La determinación en las Constituciones Locales, de manera general y objetiva, del tiempo de duración en el ejercicio del cargo de Magistrado, lo que significa que el funcionario judicial no podrá ser removido de manera arbitraria conforme al periodo señalado en la Constitución Local respectiva, siempre y cuando demuestren suficientemente poseer los atributos que se les reconocieron al habérseles designado, así como que esa demostración se realizó a través del trabajo cotidiano, desahogado de manera pronta, completa e imparcial como expresión de diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable. Esto implica la necesidad de que se emitan dictámenes de evaluación de su desempeño por los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo que concurren en la ratificación y vigilancia en el desempeño de la función, con motivo de la conclusión del periodo del ejercicio del cargo; y, c) La inamovilidad judicial para los Magistrados que hayan sido ratificados en sus puestos, que solo podrán ser removidos "en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados.". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Octubre de 2000. Página: 32, No. Registro: 190,976, Jurisprudencia., Novena Época, Pleno, Tesis: P./J. 101/2000.

[23] PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. CRITERIOS QUE LA SUPREMA CORTE HA ESTABLECIDO SOBRE SU SITUACIÓN, CONFORME A LA INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del análisis de este precepto y de las diferentes tesis que al respecto ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pueden enunciar los siguientes criterios sobre la situación jurídica de los Poderes Judiciales Locales, y que constituyen el marco que la Constitución Federal establece a los Poderes Ejecutivo y Judicial de los Estados miembros de la Federación, en cuanto a la participación que les corresponde en la integración de aquellos: 1o. La Constitución Federal establece un marco de actuación al que deben sujetarse tanto los Congresos como los Ejecutivos de los Estados, en cuanto al nombramiento y permanencia en el cargo de los Magistrados de los Tribunales Supremos de Justicia, o Tribunales Superiores de Justicia. 2o. Se debe salvaguardar la independencia de los Poderes Judiciales de los Estados y, lógicamente, de los Magistrados de esos tribunales. 3o. Una de las características que se debe respetar para lograr esa independencia es la inamovilidad de los Magistrados. 4o. La regla específica sobre esa inamovilidad supone el cumplimiento de dos requisitos establecidos directamente por la Constitución Federal y uno que debe precisarse en las Constituciones Locales. El primero, conforme al quinto párrafo de la fracción III del artículo 116 de la Constitución Federal, consiste en que los Magistrados deben durar en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las Constituciones Locales, como expresamente lo señala la Constitución Federal; el segundo consiste en que la inamovilidad se alcanza cuando, cumpliéndose con el requisito anterior, los Magistrados, según también lo establece el texto constitucional, podrán ser reelectos, y si lo fueren, solo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados. El requisito que debe preverse en las Constituciones Locales es el relativo al tiempo específico que en ellas se establezca como periodo en el que deben desempeñar el cargo. 5o. La seguridad en el cargo no se obtiene

El segundo instante se dio en la decisión de la controversia constitucional 4/2005 o caso Tlaxcala,[24] que generó la jurisprudencia P./J. 15/2006.[25]

---

hasta que se adquiere la inamovilidad, sino desde el momento en el que un Magistrado inicia el ejercicio de su encargo. Esta conclusión la ha derivado la Suprema Corte del segundo y cuarto párrafos de la propia fracción III del artículo 116 y de la exposición de motivos correspondiente, y que se refieren a la honorabilidad, competencia y antecedentes de quienes sean designados como Magistrados, así como a la carrera judicial, relativa al ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados. Si se aceptara el criterio de que esa seguridad solo la obtiene el Magistrado cuando adquiere la inamovilidad, se propiciaría el fenómeno contrario que vulneraría el texto constitucional, esto es, que nunca se reeligiera a nadie, con lo que ninguno sería inamovible, pudiéndose dar lugar exactamente a lo contrario de lo que se pretende, pues sería imposible alcanzar esa seguridad, poniéndose en peligro la independencia de los Poderes Judiciales de los Estados de la República. El principio de supremacía constitucional exige rechazar categóricamente interpretaciones opuestas al texto y al claro sentido de la Carta Fundamental. Este principio de seguridad en el cargo no tiene como objetivo fundamental la protección del funcionario judicial, sino salvaguardar la garantía social de que se cuente con un cuerpo de Magistrados y Jueces que por reunir con excelencia los atributos que la Constitución exige, hagan efectiva, cotidianamente, la garantía de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita que consagra el artículo 17 de la Constitución Federal. No pasa inadvertido a esta Suprema Corte, que este criterio podría propiciar, en principio, que funcionarios sin la excelencia y sin la diligencia necesarias pudieran ser beneficiados con su aplicación, pero ello no sería consecuencia del criterio, sino de un inadecuado sistema de evaluación sobre su desempeño. En efecto, es lógico que la consecuencia del criterio que se sustenta en la Constitución, interpretada por esta Suprema Corte, exige un seguimiento constante de los funcionarios judiciales, a fin de que cuando cumplan con el término para el que fueron designados por primera vez, se pueda dictaminar, de manera fundada y motivada, si debe reelegírseles, de modo tal que si se tiene ese cuidado no se llegará a producir la reelección de una persona que no la merezca, y ello se podrá fundar y motivar suficientemente. 6o. Del criterio anterior se sigue que cuando esté por concluir el cargo de un Magistrado, debe evaluarse su actuación para determinar si acreditó, en su desempeño, cumplir adecuadamente con los atributos que la Constitución exige, lo que implica que tanto si se considera que no debe ser reelecto, por no haber satisfecho esos requisitos, como cuando se estime que sí se reunieron y que debe ser ratificado, deberá emitirse una resolución fundada y motivada por la autoridad facultada para hacer el nombramiento en que lo justifique, al constituir no solo un derecho del Magistrado, sino principalmente, una garantía para la sociedad. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Octubre de 2000, Página: 30, No. Registro: 190,970, Jurisprudencia, Novena Época, Pleno, Tesis: P./J. 107/2000.

24 Este asunto devino de un proceso de sustitución de magistrados en el Estado de Tlaxcala, mediante una convocatoria pública expedida por el Congreso del Estado en el Periódico Oficial. Sería ponente del caso el ministro José Ramón Cossío Díaz y fue resuelta el 13 de octubre de 2005.

25 "PODERES JUDICIALES LOCALES. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON QUE DEBEN CONTAR PARA GARANTIZAR SU INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA. La finalidad de la reforma a los artículos 17 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987, fue el fortalecimiento de la independencia y autonomía de los Poderes Judiciales Estatales, al establecer que estas deberán garantizarse en las Constituciones Locales y

Básicamente, estas jurisprudencias harían aparecer la primera base sistémica de la independencia judicial local, a partir de la lectura, en dos dimensiones, que haría la Corte de las implicaciones del 116 fracción III.

Primera dimensión, las garantías constitucionales:

1. Existencia de requisitos constitucionales locales, para la designación de los Magistrados de los tribunales superiores de justicia locales.
2. Carrera judicial, que implica: ingreso, formación y permanencia de quienes servirían en los poderes judiciales y con un criterio de preferencia para los que habían ya fungido al interior de estos.
3. Garantía de seguridad económica de los jueces y magistrados: remuneración adecuada e irrenunciable, la que no podría ser disminuida durante su encargo.
4. Definición de la estabilidad o seguridad en el del cargo, a través de tres ángulos constitucionales: a) el tiempo de duración en el ejercicio del cargo de magistrado; b) posibilidad de ratificación al término del ejercicio, al demostrarse poseer los atributos reconocidos en el nombramiento, y c) categoría de inamovilidad judicial para los magistrados ratificados.

Segunda dimensión. Criterios devenidos de esas garantías:

1. Marco de actuación que vincule tanto a los congresos como a los ejecutivos locales, para nombramiento y permanencia en el cargo de magistrados.
2. Salvaguarda de la independencia judicial.

leyes secundarias. Así, para garantizar la independencia judicial en la administración de justicia local, en el referido artículo 116 se previeron diversos principios a favor de los Poderes Judiciales Locales, consistentes en: a) el establecimiento de la carrera judicial, debiéndose fijar las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de los funcionarios judiciales; b) la previsión de los requisitos necesarios para ocupar el cargo de Magistrado así como las características que estos deben tener, tales como eficiencia, probidad y honorabilidad; c) el derecho a recibir una remuneración adecuada e irrenunciable que no podrá disminuirse durante su encargo, y d) la estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo, lo que implica la fijación de su duración y la posibilidad de que sean ratificados al término del periodo para el que fueron designados, a fin de que alcancen la inamovilidad. Estos principios deben estar garantizados por las Constituciones y leyes estatales para que se logre una plena independencia y autonomía de los Poderes Judiciales Locales; sin embargo, en caso de que en algún Estado de la República no se encuentren contemplados, ello no significa que el Poder Judicial de dicho Estado carezca de principios a su favor, toda vez que al estar previstos en la Constitución Federal son de observancia obligatoria. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* núm. XXIII, febrero de 2006, Página: 1530, registro: 175,858, Jurisprudencia, Novena Época, Pleno, Tesis: P./J. 15/2006.

3. Respeto de la Inamovilidad, a través de la observación de: a) establecimiento en las constituciones locales, de la duración del cargo de magistrado y su respeto real; b) posibilidad de la reelección.
4. Definición clara de la seguridad del cargo, la cual se goza desde el momento mismo del nombramiento y no hasta la ratificación.
6. Evaluación del actuar del magistrado antes de que concluya el período de su nombramiento, para determinar si acredita el cumplimiento de los atributos exigidos en las constituciones y que le llevarían a la ratificación o no.

Ahora bien, el tercer instante se dio con la decisión de la controversia constitucional 138/2008.[26] En ella evolucionó significativamente la doctrina anterior, ya que se tradujo en la garantía jerárquica de la IJL para su respeto. Se definió qué debía contener una carta magna local, para considerarse respetuosa de los criterios y principios constitucionales y jurisprudenciales. La solución fueron 16 requisitos mínimos:

1. Previsión del órgano cúspide del Poder Judicial de los Estados.
2. Previsión del número de Magistrados del órgano cúspide.
3. Previsión del número de Magistrados, pero en el sentido de que debe ser un número determinado.
4. Previsión de los Jueces de Primera Instancia.
5. Previsión de cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del Poder Judicial del Estado.
6. Previsión del órgano del Poder Judicial del Estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del Poder Judicial del Estado, así como el garantizar las condiciones de su ingreso, formación y permanencia; aquí son dos votaciones que se fusionaron en una sola.
7. Regulación de las atribuciones esenciales del órgano cúspide.
8. Previsión sobre el o los órganos que participan en el procedimiento para nombrar Magistrados.
9. Procedimiento para el nombramiento de magistrados.
10. Previsión de los requisitos mínimos para ser nombrado juez.
11. Previsión de las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados.
12. a) El órgano u órganos competentes para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados; b) dicho órgano debe ser colegiado.

[26] Controversia constitucional 138/2008. Actor: Poder Judicial del Estado de Tlaxcala. Ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, resuelta el día 8 de noviembre de 2010. Sesionada los días 26 y 28 de octubre, 4 y 8 de noviembre de 2010.

13. Previsión de las bases generales que acotan las causas de remoción de los Jueces.
14. a) Órgano competente para resolver sobre la remoción de los jueces; b) dicho órgano debe ser colegiado.
15. El procedimiento de remoción de los jueces.
16. La previsión de un sistema que garantice la permanencia de los magistrados.

5. Bibliografía

Marván Laboorde, Ignacio, *Nueva edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, t. I.

Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX,* México, SCJN, 2002.

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, 7 de diciembre de 2010, núm. 3156-IX, p. 28.

Libro blanco de la reforma judicial. Una Agenda para la justicia en México, México, 2006.

Concha Cantú, Hugo y Caballero Juárez, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México,* México, National Center for State Courts-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.

Chanut Esperón, Cinthya, *El poder judicial de la Federación y la Tutela de la Independencia de los Poderes Judiciales Locales",* en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2003.

Schmill Ordóñez, Ulises, *Las nuevas bases del sistema judicial mexicano, 1982-1987. Reflexiones, apuntes bibliográficos,* México, UNAM, 1987.

Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal. Evolución, consolidación y defensa en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2010.

El federalismo judicial y el control de la constitucionalidad en México

*Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete**

Sumario: 1. Introducción. 2. El sistema federal. 3. El federalismo judicial. 4. El control de la constitucionalidad y el federalismo judicial. 5. La construcción de un nuevo federalismo judicial. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El presente texto pretende abordar de manera breve y general la situación y algunos de los "problemas" que presenta, y ha presentado, en los pasados 100 años y bajo la Constitución de Querétaro de 1917 en México, el tema del llamado federalismo judicial, así como la relación de este con el control de la constitucionalidad, específicamente y sobre todo en materia de Amparo, dejando también abiertas algunas interrogantes sobre el camino que parece estarse marcando para los años venideros, tratando de estimular con ello la reflexión sobre estos asuntos.

2. El sistema federal

El artículo 40 de la Constitución de 1917 expresó que: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".[1] Así como puede apreciarse se estableció la organización de nuestro país en un Estado federal, forma de Estado compuesto distinto y diverso de la llamada forma de Estado unitario o central.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; maestro en Derecho Constitucional; profesor de Posgrado de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de la Universidad Iberoamericana *Campus* León. Especialista en temas de Derechos Humanos.

1 A partir del 30 de noviembre de 2012 se estableció mediante reforma constitucional la laicidad del Estado mexicano, señalando que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, *laica,* federal… etcétera.

Dicha forma federal de Estado se caracteriza, como señala F. Jorge Gaxiola por la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos, el federal propiamente dicho y el local.[2] Por tanto, así y siguiendo a González Schmal, el federalismo hace referencia a diversas partes que se unen, que se vinculan entre sí y que por virtud de un pacto federal —Constitución— se ligan y se integran al mismo tiempo en una sola entidad o cuerpo mayor o sea en un solo Estado —país— pero sin que cada una de esas partes —entidades federativas— pierda su individualidad conservando algunas competencias y atribuciones, pero perdiendo otras para trasladarlas al cuerpo mayor.[3]

De esta manera, las entidades en esta forma de unión estatal sobreviven, permanecen y no desaparecen al crearse el nuevo Estado y además conservarán la capacidad de autonormarse dándose sus propias leyes y su propia Constitución, obviamente dentro del marco establecido por la Constitución general. Por tanto, la autonomía de los estados miembros será una característica esencial del Estado federal.[4]

Por tanto, en la forma federal de estado coexistirán tanto órganos de gobierno propios de cada una de las entidades federativas —órganos de gobierno o poderes locales—, como órganos de gobierno del todo —órganos de gobierno o poderes federales— cada cual con sus respectivas competencias y funciones previamente asignadas y determinadas por la propia Constitución en cuanto pacto federal y a las cuales unos y otros deben apegarse en virtud de ser un pacto y norma jurídica suprema.[5]

Para Burdeau el Estado federal es una asociación de estados sometidos a un poder único y que en parte conservan su independencia.[6] Para Tena Ramírez el Estado federal ocupa un sitio intermedio entre el Estado unitario y la Confederación de estados.[7]

Así como puede verse, la forma de Estado federal obedece a un criterio de descentralización del poder y, por ende, se verifica un reparto del mismo entre federación y entidades, en principio basado en competencias materia-

---

2 González Schmal, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional,* 2ª ed., México, Universidad Iberoamericana-Limusa, 2007, p. 97.

3 *Idem.*

4 Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho Constitucional,* México, UNAM, 1991, p. 99.

5 En tal sentido, el sometimiento a la Constitución general puede verse claramente en el art. 41 de la Constitución mexicana que señala que tanto los poderes de la Unión como los de los estados deben apegarse a sus competencias en los términos establecidos, respectivamente, por la Constitución federal y las particulares de los estados, las cuales no pueden contravenir las estipulaciones del pacto federal.

6 González Schmal, Raúl, *op. cit.,* p. 98.

7 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 1984, p. 112.

les pero también territoriales, siendo la Constitución la encargada de hacer dicho reparto del poder y competencias.

Por ello, señalaba Tena Ramírez que en virtud de la forma federal de Estado tienen jurisdicción distinta y casi siempre excluyente los órganos centrales, por una parte, y los estados miembros, por otra, y que la distribución de facultades entre estos dos órdenes —uno "federal" y los otros "regionales" o locales"— es de gran trascendencia para la vida del país pues esa distribución debe resolver la conveniencia de que cada una de las facultades ingrese a una u otra de las jurisdicciones y dicho reparto de competencias se hará por la ley suprema (Constitución).[8]

El reparto concreto que se haga de dichas competencias es y ha sido variable dependiendo de cada país y de cada Constitución, atendiendo a las circunstancias y necesidades propias de cada país, pero como dice González Schmal de manera general se otorga al gobierno central o federal competencia exclusiva para las cuestiones que afectan los intereses generales del país y a los gobiernos de los estados el conocimiento de las relaciones privadas de los habitantes.[9]

Este reparto competencial entre facultades asignadas a los poderes u órganos federales y las asignadas a los estados no siempre es balanceado, pues en ocasiones sigue lógicas de centralización en favor de los órganos federales y en otros casos la lógica de descentralización con amplias facultades en favor de los poderes locales.

En el caso particular de México, el sistema adoptado para el reparto competencial tiene su base en el artículo 124 que actualmente dice que: "las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias". Lo cual implica que los órganos federales actúan con base en las facultades que explícitamente les atribuye la Constitución, en tanto que los órganos locales tendrán las facultades residuales.

Ahora bien, por lo que respecta a México, cabe señalar que la forma de Estado federal no es por sí misma una novedad de la Constitución de 1917, pues dicha forma de Estado ya se había determinado en los textos constitucionales de 1824, 1847 y 1857, estableciéndose en cada uno de ellos un sistema federal con diversas características y particularidades. Igualmente es preciso mencionar que la forma de Estado federal no ha sido la única forma de organización estatal, pues durante diversas etapas

[8] *Ibidem,* p. 101.

[9] González Schmal, Raúl, *op. cit.,* p. 98.

entre los regímenes federales, nuestro país ha vivido bajo la forma de Estado central.[10]

En cuanto al proceso de surgimiento del Estado federal se habla de procesos centrípetos y centrífugos. Siendo los primeros aquellos en los que se parte de varios estados libres e independientes preexistentes para formar uno nuevo, en tanto que los segundos son aquellos en los que existiendo ya un solo Estado, este se fracciona para formar las nuevas entidades autónomas internas que lo conforman.[11] El Estado mexicano al conformarse en Estado federal, en 1824, siguió más bien el proceso centrífugo, pues un gran Estado se fraccionó para dar vida y crear a las entidades federativas.

3. El federalismo judicial

Como ya se ha señalado, el federalismo implica una coexistencia entre órganos o poderes de dos ámbitos: el federal y el local, así como una distribución de competencias entre uno y otros, existiendo como se entenderá órganos de carácter legislativo, ejecutivo y jurisdiccional —tribunales— en ambos ámbitos. Así, dicho reparto competencial, por tanto, se dará también en el ámbito legislativo, en el ejecutivo y el jurisdiccional.

Existe así en México una dualidad en materia jurisdiccional, por un lado los tribunales del ámbito federal y por el otro los tribunales locales cada uno de ellos con sus respectivas competencias asignadas, y en teoría con una relación de independencia en el ámbito su función de jurisdicción ordinaria y control de la legalidad, aunque como veremos más adelante, en el ámbito del control de la constitucionalidad se ha señalado por múltiples voces que existe *de facto* un cierto sometimiento o subordinación de la justicia local a la federal.

Es precisamente en el ámbito del reparto competencial en materia jurisdiccional que podemos hablar del llamado federalismo judicial, debiendo entenderse que este se referirá a las competencias que se establecen dentro del sistema federal en favor, tanto de los tribunales federales como de los tribunales locales de las entidades federativas —31 estados y Ciudad de México—, arrojando así la situación y estructura de la función judicial en el país, con las interacciones, relaciones y posiciones que guardan los diversos tribunales de acuerdo con lo que determina la Constitución.

---

10 Sobre las concretas formas de organización estatal en las diversas constituciones se recomienda ver la obra de Carbonell, Miguel; Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Constituciones históricas de México,* México, Porrúa-UNAM, 2002.

11 González Schmal, Raúl, *op. cit.,* p. 99.

Importante es hacer notar y distinguir que la competencia de los órganos jurisdiccionales puede dividirse en lo que es propiamente la competencia de jurisdicción ordinaria o de simple legalidad —resolución de conflictos con aplicación de las leyes ordinarias— y la llamada jurisdicción constitucional o de control de la constitucionalidad —ahora también convencionalidad—, en la cual se busca lograr la aplicación plena de la Constitución y el apego de normas generales, actos y prácticas a todo lo que ella dispone, tanto en el aspecto orgánico como en el campo de los derechos de las personas —antes en el texto original de 1917 llamados Garantías Individuales y ahora a partir de 2011 Derechos Humanos—.

Una visión interesante sobre la llamada "confusión conceptual" del federalismo judicial es la propuesta por Víctor Manuel Collí Ek, quien señala que existen diversos sentidos del concepto de federalismo judicial, los cuales aborda en un interesante texto sobre este tema, distinguiendo al efecto:

1. el federalismo judicial como casación;
2. el federalismo judicial como control de la constitucionalidad general, y
3. el federalismo judicial como control de la constitucional estadual.

Es en este último sentido en el que señala que se pone en ejercicio realmente la fórmula federal, que implica la cohabitación de un poder central, el de la unión de los estados y los poderes federados, que conservan su autonomía y precisamente uno de esos ejercicios de autonomía, está en la posibilidad de controlar su norma fundamental doméstica, no solamente con el objetivo de simple diseño, sino con el sentido de potencializar el desarrollo de cada una de ellas, a través de permitir el desarrollo de sus identidades, y es precisamente a este fenómeno al que Collí Ek denomina propiamente como federalismo judicial.[12]

Como se puede apreciar, el federalismo judicial se presenta en varios aspectos tanto estructurales, como normativos y funcionales que unidos integran el complejo entramado de la justicia mexicana con sus notas características y particularidades que la han ido definiendo a través del tiempo, y que más allá de modelos teóricos se ha ido configurando para intentar responder a las circunstancias y retos, que las necesidades específicas de la impartición de justicia en México le han ido presentando.

[12] Collí Ek, Víctor Manuel, "Lo que es el federalismo judicial. Análisis y prospección", en *Revista Mexicana de Justicia. Reforma Judicial,* núm. 12, México, UNAM, consulta 31 de mayo de 2017, disponible en *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8730/10765*

4. El control de la constitucionalidad y el federalismo judicial

La Constitución ha sido considerada como la norma fundamental y suprema de un Estado, razón por la cual debe ser cumplida y obedecida cabalmente por todos los órganos del Estado en su conjunto sin importar su tipo —ejecutivos o administrativos, legislativos o jurisdiccionales—, y su ámbito competencial o nivel (federal, estatal o incluso municipal) y es, por tanto, necesario controlar su actuación para garantizar su apego al mandato competencial, así como el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución, razón por la cual se fue haciendo necesario establecer mecanismos para garantizar de manera efectiva el cumplimiento de la Constitución en cuanto norma jurídica suprema, y realizar con ella el mandato de supremacía constitucional contenido en la propia Constitución en el artículo 133 y otros.

Fue así que en México se fueron estableciendo mecanismos de control de la constitucionalidad, primero de carácter político, asignados a los poderes legislativos o al propio ejecutivo, y finalmente tal control sería asignado al poder judicial.[13] Con la creación del juicio de amparo a mediados del siglo XIX, dicho control sería asignado por la propia Constitución expresamente a los tribunales de la federación, como lo determinaría el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, y sería reafirmado por los artículos 101 y 102 de la Constitución federal de 1857, y los artículos 103 y 107 de la actual Constitución de 1917.[14] Así, el Poder Judicial de la Federación ya en el siglo XX se haría cargo del control de la constitucionalidad por medio de la Suprema Corte, juzgados de distrito y también tribunales colegiados de circuito, mediante la utilización, primero, del juicio de amparo y, después, a través de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; estableciéndose un modelo de "control semiconcentrado" que se mantendría por mucho tiempo y que solo en fechas recientes —después del 2011— se iría transformando para dar paso poco a poco a un modelo de "control difuso", no solo de la constitucionalidad, sino también de la convencionalidad en materia de derechos humanos, permitiéndose una participación más activa en el control de la constitucionalidad a los diversos tribunales no solo federales, sino también a los del ámbito local o estatal.

[13] Vale la pena mencionar que el control de la constitucionalidad a cargo de órganos jurisdiccionales, puede darse bajo un modelo concentrado o bien difuso, así como también bajo una diversidad de variantes intermedias entre ambos modelos.

[14] Para profundizar en lo que señalaron dichos textos constitucionales históricos, véase Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (comps.), *op. cit.*

Es precisamente en el ámbito del juicio de amparo, dentro del llamado amparo judicial, amparo casación o amparo directo, donde se ha manifestado la polémica respecto del federalismo judicial, pues con la ampliación protectora del juicio de amparo a través de las garantías de los artículos 14 y 16, se fue delineando un amparo a través del cual se controló no solo la constitucionalidad sino también la legalidad, hecho que ha sido calificado por muchas voces como una violación de la autonomía e independencia judicial de los estados al revisarse y controlarse por parte de los tribunales federales la correcta aplicación de las leyes por parte de dichos tribunales locales, situación que a decir de algunos trastoca el federalismo judicial.

Es por ello que se ha dicho que el amparo, en lo que a esta modalidad se refiere —amparo directo— en la práctica ha derivado a ser más que una auténtica defensa de la constitucionalidad, una defensa de la simple legalidad a partir de la Constitución de 1857 que en su artículo 14 estableció que: "nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por leyes exactamente aplicables al hecho" y ello llevaría a través de litigios ante la Corte a que finalmente en el amparo se examinara si los jueces del orden común habían aplicado exactamente la ley, lo que equivalía a conocer de la legalidad de la actuación judicial y de las simples violaciones a las leyes ordinarias.[15]

Muchos fueron, han sido y son los opositores a tal situación y que han criticado duramente esta extensión protectora del juicio de amparo hacia la legalidad, destacando entre ellos Emilio Rabasa, quien incluso escribió un libro dedicado al tema[16] y que calificó de bastarda a la garantía de la exacta aplicación de la ley contenida en el referido artículo 14 de la Constitución de 1857, diciendo que debido a ella el amparo había dejado de ser un instrumento de control constitucional en sentido puro para adquirir, además, la función de controlador de todas las sentencias judiciales dictadas en el país.[17] Igualmente el destacado constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, también se ocupó del asunto señalando que los actuales artículos 14 y 16 de la Constitución han servido para poner en relieve la ficción de nuestro control de constitucionalidad, desenmascarando el falso papel de defensor de la Constitución a lo que es simple defensa del individuo. De esta forma, se ha señalado que dichos artículos 14 y 16 no han importado como textos sino como pretextos para hacer entrar en el amparo las violaciones a las leyes secundarias.[18] En la misma línea se han lanzado fuertes ataques y

15 Trueba, Alfonso, *Derecho de amparo,* México, JUS, 1983, pp. 82-83.

16 Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio de amparo,* México, Porrúa, 2000.

17 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo,* México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 20.

18 Trueba, Alfonso, *op. cit.,* p. 83.

duras críticas contra el carácter casacionista del amparo por parte de otros constitucionalistas como Mariano Azuela, Rodolfo Reyes, Antonio Díaz Soto y Gama, Antonio Carrillo Flores y Roberto Molina Pasquel, así como por procesalistas como los maestros Castillo Larrañaga y De Pina que se han dejado seducir por la ortodoxia encabezada por Emilio Rabasa.[19]

No obstante lo anterior, los tratadistas continúan discutiendo y no se ponen de acuerdo sobre si el amparo en materia judicial, por inexacta aplicación de la ley, es una degeneración de su naturaleza o bien una evolución natural, pero lo cierto es que sea cual sea la posición que se adopte sobre el amparo judicial se ha adentrado profundamente en la conciencia jurídica nacional y ningún esfuerzo doctrinario ha podido desarraigarlo.[20]

Una visión interesante, amplia y más abierta sobre este asunto es la asumida por el distinguido jurista Héctor Fix-Zamudio, quien desde su tesis de licenciatura en 1955, dedicó varias páginas al tema del amparo como casación señalando que: "El amparo como garantía de legalidad, especialmente en el orden jurisdiccional ha sido el más combatido, el menos apreciado convirtiéndose en el banco de las críticas más acervas y apasionadas de la corriente que podemos denominar *ortodoxa*, del proceso constitucional; que es sin duda alguna, la más numerosa y que cuenta con distinguidos partidarios; y a pesar de todo ello, es el sector, la faceta del amparo, que ha arraigado con mayor profundidad en el espíritu jurídico nacional, a tal grado que ha resistido victoriosamente todos los ataques de la doctrina, de la jurisprudencia y aún de la legislación",[21] y continúa diciendo el maestro Fix-Zamudio que la asombrosa vitalidad del amparo como garantía de la legalidad, aunque parezca extraña para un observador extranjero, tiene una fácil explicación si se atienden las razones históricas y de necesidad jurídica que determinaron su aparición y desenvolvimiento, como son la tradición histórica a la centralización —desde la organización novohispana— y la necesidad jurídica de establecer un sistema unitario de interpretación de las normas jurídicas y un tribunal regulador de la marcha de la jurisprudencia, así como también la desconfianza que existía hacia los tribunales locales que se encontraban sujetos a la influencia política en sus entidades y, por ende, no gozaban de la independencia e imparcialidad necesaria para realizar adecuadamente su función. De ahí que el foro rápidamente acogiera y utilizara el amparo para examinar no solo la

19 Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo,* México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, p. 143.

20 Trueba, Alfonso, *op. cit.*, p. 92.

21 Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del Amparo, …cit.*, p. 140.

Constitucionalidad, sino la legalidad de los actos jurisdiccionales de los tribunales locales.[22]

A pesar de todo ello, la doctrina ortodoxa, como bien dice el maestro Fix-Zamudio, no se ha dado por vencida y sigue luchando contra la "degeneración" del amparo y en favor de la "dignificación" de la función constitucional de los tribunales federales, proponiendo reformas para reintegrar su pureza al proceso constitucional, despojándolo del carácter formalista, rigorista y técnico que en su concepto deriva de la casación; afirmación que a pesar del tiempo transcurrido desde que la hizo el maestro Fix-Zamudio (1955), no ha perdido su vigencia.[23]

Continúa diciendo Fix-Zamudio que a pesar de que es cierto que el amparo ha caído en un excesivo rigorismo —amparo de estricto derecho— propio de la casación y que en sus inicios el amparo solamente tenía una función estrictamente constitucional de protector de los derechos de la persona humana y del régimen federal, no es posible aceptar que el establecimiento del control de legalidad sea una degeneración, ni que el amparo sea diverso de la casación ni menos aún que la influencia de esta última sea la culpable de la formalidad de la institución. Toda esta confusión, dice Fix-Zamudio, proviene en abordar estos problemas a través del prisma político del individualismo, del cual no ha podido despojarse por entero, nuestra ciencia jurídica constitucional.[24]

La solución para Fix-Zamudio está precisamente en el enfoque y, por tanto, hay que ver el problema desde la perspectiva de que el amparo es una institución procesal que no tiene la exclusiva función política de tutelar los derechos fundamentales, del individuo y la pureza del régimen federal, sino que también tiene la función de proteger las demás normas constitucionales a través del agravio individual, pues se trata en realidad de una garantía de la Constitución.[25]

No olvidemos que el amparo es una institución compleja que bajo su aparente unidad comprende en realidad varios instrumentos procesales con principios generales comunes. Así, el amparo en México es una institución que ha evolucionado con el paso del tiempo hasta convertirse como ha dicho Fix-Zamudio en una auténtica federación de instrumentos procesales,[26]

---

22 *Ibidem,* pp. 140-142.

23 *Ibidem,* p. 142.

24 *Ibidem,* p. 143.

25 *Ibidem,* p. 146.

26 El maestro Fix-Zamudio ha señalado que el amparo ha comprendido cinco funciones diversas: 1. Tutela de la libertad personal; 2. Impugnación de leyes inconstitucionales; 3. Impugnación de sentencias judiciales; 4. Reclamar actos y resoluciones de la autoridad

donde cada uno de ellos posee una función tutelar específica que a su vez determina ciertos aspectos particulares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo.[27] Y justamente el amparo judicial, de legalidad o amparo casación es precisamente una de estas instituciones.

Por su parte, Arturo Zaldívar ha señalado que la expansión protectora del juicio de amparo, más que degenerarlo lo ha complementado y perfeccionado ante la ausencia de un sistema federal operativo y la cuestionable independencia de los jueces locales, por lo que este proceso evolutivo, más que una solución especulativa o teórica, ha sido el resultado de un proceso eminentemente histórico y pragmático.[28]

Ante toda esta situación ha existido una confusión que ha señalado que el amparo judicial, protector de la legalidad —amparo directo— desvirtúa el federalismo judicial por causar una "subordinación" de los tribunales locales a los tribunales federales. Ante esto es preciso distinguir que toda vez que México se conforma en un sistema federal, es necesario advertir que en realidad no solo existe un orden jurídico federal y varios órdenes jurídicos locales, sino que también existe un orden jurídico constitucional común y supremo frente a los dos anteriores, orden jurídico que en ocasiones se ha pasado por alto, pues se le ha identificado con el orden jurídico federal, sobre todo debido a que las normas que lo integran se suelen aplicar en el mismo ámbito espacial que las normas federales.[29] Consecuentemente con lo anterior debe reconocerse que, por tanto, se puede hablar dentro del federalismo judicial de la existencia de órganos jurisdiccionales de carácter constitucional, de carácter federal y de carácter local o estatal, aunque como bien sabemos algunos de los órganos jurisdiccionales federales cumplen o desempeñan la función de carácter constitucional al tiempo que la propiamente federal —ejemplo juzgados de distrito—, situación que viene a agravar la confusión.

Así, el control de la constitucionalidad, como función jurídica, debe ser adscrito al orden constitucional, y no a alguno de los dos órdenes subordinados a la Constitución, como son el federal propiamente dicho y los órdenes estatales, independientemente de que dicho control sea llevado a cabo, por disposición expresa de la Constitución, por órganos que constituyen el Poder Judicial de la Federación. Por ello cuando se intente hacer

administrativa, y 5. Protección de derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria.

27 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*, p. 27.

28 Zaldívar, Arturo, *El juicio de amparo y la defensa de la Constitución,* en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución,* 5ª ed., México, Fontamara, 2015, p. 53.

29 Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano,* México, FCE, 1999, pp. 138-139.

un análisis correcto teóricamente de las funciones del Poder Judicial de la Federación, debe tenerse especial cuidado en distinguir cuándo actúa en funciones de orden constitucional, y cuándo en funciones del orden federal ordinario, ya que existe una unión personal de funciones que corresponden a ambos órdenes señalados, en el propio Poder Judicial de la Federación, que es tanto un órgano jurisdiccional constitucional, como órgano de carácter federal.[30] De lo anterior, se puede concluir que en realidad cuando un órgano jurisdiccional federal conoce, sustancia y resuelve un juicio de amparo, contra un órgano jurisdiccional local por violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución, y cuyo control le ha sido asignado expresamente por la misma Constitución, en realidad ello no constituye una violación de la autonomía estatal ni una subordinación a un órgano o al orden jurídico propiamente federal, sino que en realidad es un sometimiento al propio orden constitucional a través de un medio de control constitucional que se realiza por un órgano al que le ha sido encargada la función de la justicia constitucional. Por tanto, los tribunales federales cuando actúan en la competencia de amparo, en realidad son tribunales constitucionales más que federales —por razón de sus funciones—. De esta forma, cuando el orden jurídico constitucional interviene y se impone tanto sobre el orden jurídico federal como del local, en realidad no hay invasión de esfera competencial, ya que aquel orden jurídico —el constitucional— además de ser superior es vinculatorio y común a los otros dos.

Para acabar con tal confusión y conflicto en un Estado federal como el nuestro, podrían presentarse varias alternativas, que por cierto, no serían fáciles de implementar, pues implicaría cambiar toda una tradición jurídica sumamente arraigada. Tal es el caso de la creación de un tribunal o tribunales de carácter únicamente constitucional sin ser federales o bien permitir un control amplio y difuso de la constitucionalidad de todos los tribunales, tanto federales como locales, como en el modelo estadounidense.

5. La construcción de un nuevo federalismo judicial

Como ya se ha mencionado, mucho se ha señalado y escrito contra el amparo judicial, considerándolo como una degeneración del amparo que lesiona el federalismo y que atenta contra la autonomía estatal, situación que como ya se ha comentado también, no es del todo exacta pues se trata de una evolución de una institución compleja que realiza diversas funciones, ade-

[30] Schmill, Ulises, "Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal", en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución,* 5ª ed., México, Fontamara, 2015.

más de que al estar establecido su fundamento y competencia en la propia Constitución, no puede constituir una indebida injerencia e intromisión en la autonomía local, precisamente por estar prevista y avalada expresamente en el texto constitucional que es propiamente el pacto federal.

Ahora bien, existen diversos modelos de sistema federal, unos más centralizados y otros más descentralizados, pero igual de válidos son los unos como los otros, pues las variantes responderán a las características y necesidades de cada Estado federal en lo particular. Ciertamente podemos estar de acuerdo o no con el modelo que se ha establecido y discutir sobre sus resultados y con base en ello tratar de corregir o cambiar el modelo de federalismo judicial que hoy tenemos, mismo que de algún modo es producto de nuestra historia y realidad. Así, evidentemente, pueden hacerse e intentarse muchas cosas para tratar de implementar en México un nuevo federalismo judicial, como ya se ha venido haciendo a lo largo del tiempo, pero habrá que tener cuidado de no caer en la tentación de la "facilidad" de simplemente copiar otros modelos de otros Estados sin tomar en cuenta las particularidades, necesidades y circunstancias específicas de nuestro país así como las implicaciones, riesgos y requerimientos para su adecuada implementación, pues tales trasplantes jurídicos no siempre arrojan buenos resultados.

Otra de las cuestiones que se ha puesto de relevancia siempre, es que el amparo de legalidad ha incrementado el número de asuntos y consiguientemente el trabajo de los tribunales federales encargados de sustanciarlo, originando dilaciones excesivas y rezago, situación que evidencia más que un fallo del modelo, una necesidad de justicia en dicho ámbito y una falta de capacidad operativa institucional y humana[31] que debe ser resuelta a través de la creación de más tribunales con más personal y más recursos para llevar adelante su función.

Propuestas de cambios han habido muchas, tanto desde el ámbito académico, como también desde el ámbito judicial y legislativo y que van desde la idea de dejar a la Suprema Corte como un Tribunal Constitucional y crear paralelamente un Tribunal Superior en materia federal ordinaria, hasta la creación de un Tribunal Constitucional Autónomo, igualmente se ha propuesto el establecimiento de una justicia constitucional local en todas las entidades federativas, que se encargue del control de legalidad en cada entidad como ahora lo viene haciendo el amparo. La discusión y la polémica continúan y habrá que estar pendientes del rumbo y camino que tome la cuestión.

Lo cierto es que a lo largo del tiempo las cosas no han permanecido inmóviles ya que han venido ocurriendo cambios en lo que respecta a

[31] Mucho se ha señalado que en México, existe un rezago en la cantidad de jueces respecto de la población, señalándose, que el promedio nacional es de 3.5 jueces por cada 100 mil habitantes, mientras que el promedio global es de 16.

nuestro modelo de federalismo judicial. Parte de estos cambios han sido la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cada vez más exclusivamente como un Tribunal Constitucional, dejando la competencia del amparo directo —amparo judicial— a los tribunales colegiados de circuito,[32] la creación de otros medios de control constitucional de competencia exclusiva de la Corte como son las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (art. 105), la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y sus procedimientos jurisdiccionales respectivos, el surgimiento de la justicia constitucional local y sus respectivos procedimientos de control y, por supuesto, la gran reforma constitucional en materia de amparo, del 6 de junio de 2011, que llevaría a que en 2013 se expidiera una nueva Ley de Amparo. Igualmente es significativo para este tema el cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en los años recientes modificó el sistema de control de la constitucionalidad, permitiendo un control difuso de la constitucionalidad —y convencionalidad también—, lo cual evidentemente abona en favor de una descentralización de tal función en favor de los órganos jurisdiccionales locales, apuntando hacia un nuevo federalismo judicial. Igualmente está el tema de la creación de códigos procesales únicos —en materia penal, civil y familiar— y habrá que estar al pendiente de la reciente reforma en materia de justicia laboral con base en la cual por vez primera tendremos auténticos tribunales laborales adscritos al poder judicial.

Finalmente es preciso mencionar que avanzar hacia un nuevo federalismo judicial pasa necesaria e indispensablemente por fortalecer y dignificar a la justicia local, buscando lograr una mayor autonomía e independencia de los tribunales locales, más que ante los órganos de control constitucional —tribunales federales—, ante los propios poderes políticos —ejecutivo y legislativo— y fácticos locales. Dotándolos de los recursos infraestructura, personal y capacidades necesarias para prestar adecuadamente sus funciones.

Evidentemente el tema del modelo, el fortalecimiento y consolidación, así como el de la transformación del federalismo judicial en México es uno de los temas más polémicos, pero sin duda uno de los más importantes y de necesario análisis y discusión, mismo que tanto en los años recientes como en los años venideros ha cobrado y habrá de cobrar cada vez más relevancia, toda vez que constituye un asunto pendiente tanto en el campo del derecho constitucional —general y local— como del derecho procesal constitucional y de cuya suerte dependerá en buena medida el destino del nuevo orden jurídico mexicano en el siglo XXI.

[32] Para conocer los pormenores de esta cuestión se recomienda ver la obra de Ramos Quiroz, Francisco, *El control constitucional y la Suprema Corte de Justicia: Una perspectiva histórica,* México, UBIJUS, 2013.

6. Bibliografía

Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo,* México, Porrúa, 1988.

Cabrera Acevedo, Lucio, *Los tribunales colegiados de circuito,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

Carbonell, Miguel; Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Constituciones Históricas de México,* México, Porrúa-UNAM, 2002.

Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *"Derecho Constitucional"*. UNAM, México, 1991.

Castro, Juventino V., *Hacia el sistema judicial mexicano del xxi,* México, Porrúa, 2000.

Chávez Castillo, Raúl, *Juicio de amparo,* México, Porrúa, 2006.

Collí Ek, Víctor Manuel, "Lo que es el federalismo judicial. Análisis y prospección", en *Revista Mexicana de Justicia. Reforma Judicial,* núm. 12, México, UNAM, consulta 31 de mayo de 2017, disponible en *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8730/10765*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos), México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 180ª ed., México, Porrúa, 2017.

Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo 2013,* Tirant lo Blanch, México, 2013.

Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución,* 5ª ed., México, Fontamara, 2015.

El federalismo, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *"El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo,* México, Porrúa-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano,* México, FCE, 1999.

____, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo,* México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.

_____ y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional,* México, Porrúa-UNAM, 2013.

González Schmal, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional,* 2ª ed., México, Universidad Iberoamericana-Limusa, 2007.

La supremacía constitucional, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio de amparo,* México, Porrúa, 2000.

Ramos Quiroz, Francisco, *El control constitucional y la Suprema Corte de Justicia: Una perspectiva histórica,* México, UBIJUS, 2013.

Schmill, Ulises, *Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal,* en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución,* 5ª ed., México, Fontamara, 2015.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 1984.

Trueba, Alfonso, *Derecho de amparo,* México, JUS, 1983.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo,* México, Porrúa-UNAM, 2004.

Zaldívar, Arturo, *El juicio de amparo y la defensa de la Constitución,* en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución,* 5ª ed., México, Fontamara, 2015.

La defensa de la Constitución y el desafío de las magistraturas

*Sonia Escalante López**

Sumario. 1. Prólogo. 2. La protección de la Constitución. 3. Derecho procesal constitucional en las entidades federativas. 4. El desafío de las Magistraturas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Prólogo

La garantía constitucional es considerada como el conjunto de instrumentos procesales, ordenados en nuestra norma fundamental, con el fin de restablecer el orden constitucional cuando sea transgredido por un órgano de autoridad política.

Héctor Fix Zamudio lo describe como el derecho procesal constitucional, en el caso de Hans Kelsen, la justicia constitucional o garantía jurisdiccional de la Constitución, las que realizan el estudio sistemático de los medios de control constitucional o garantías constitucionales. En el sentido contemporáneo en el caso de México; en el ámbito federal el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad; en materia electoral, el juicio de revisión constitucional y el juicio de los derechos políticos electorales.

Las transformaciones que se han realizado al sistema jurídico mexicano, a través de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, han originado que se formen nuevos modelos en el proceso de defensa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El presente trabajo está encaminado a realizarse a través de un esquema cuantitativo, que abre la brecha para abordar a través de diversos métodos el estudio del control constitucional, convencional y el desafío que enfrentan las magistraturas en México.

* Doctora en Derecho; presidenta del Instituto Sinaloense de Profesores de Derecho Procesal, Dr. Gonzalo M. Armienta Calderón; investigadora y capacitadora en el Instituto de Investigaciones Parlamentarias del Congreso del Estado de Sinaloa; docente en la Universidad de Durango, *campus*-Culiacán.

2. La protección de la Constitución

El control de la Constitución es precisamente una función constitucional que emana de las mismas normas y su materia es tanto federal y como local, en el caso del Poder Judicial Federal, que se erige como un Tribunal Constitucional o un Tribunal de Amparo, en la obra *defensa de la Constitución,* José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha, expresan que los órdenes jurídicos positivos se presentan históricamente como un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente y que esto radica en el hecho de que las normas jurídicas son el productos de actos humanos de creación o producción,[1] como lo es el poder legislativo en su proceso de creación de leyes que construyen en el tiempo y el espacio, a través de actos jurídicos establecidos en la propia norma y cuando existe alguna laguna en ella corresponde como único órgano el Poder Judicial de la Federación que actúa como un órgano de control o Tribunal Constitucional, en cualquier situación de una inconstitucionalidad con efectos generales o *inter partes.*[2]

De hecho, en la historia los modelos de garantías constitucionales son el difuso y el concentrado, el primero, donde todos los jueces pueden desaplicar una norma y, el segundo, donde solo el poder judicial puede declarar la inconstitucionalidad de la ley. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus tribunales colegiados, ha ejercido en México el control concentrado de constitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad de alguna ley que fuere contraria a nuestra ley suprema.

Pero, como las sociedades se transforman el derecho también, es así que a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* del 23 de noviembre de 2009, párrafo 339, establece que se deberá de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* por todos los jueces en México en el ámbito de su competencia:

> En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.[…] Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.[…]

[1] Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Hacha, Luis M., *La defensa de la Constitución,* Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, 2000, p. 27.

[2] *Ibidem,* p. 30.

En otras palabras, el poder judicial

> […] debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".[3]

Esta resolución marca un nuevo paradigma para los jueces en México, ya que obliga a salvaguardar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Naciendo en esta sentencia el control de convencionalidad y, además, al señalar el control difuso de convencionalidad, también lo abarca, sin embargo, el poder judicial sigue teniendo el control concentrado en cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad, pero se le da a los jueces la facultad de desaplicar una norma que sea contraria a la Convención Americana y la propia Constitución.

3. Derecho procesal constitucional en las entidades federativas

3.1. El amparo local como medio de control constitucional

El juicio de amparo como garantía constitucional en primer lugar de todos los medios de control constitucional, el cual como un instrumento que salvaguarda la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos de las personas en nuestro país.

Y posterior a la reforma a la Constitución federal de 1994 y 1995 se realizaron otras reformas como las efectuada a las Constituciones locales en materia de justicia constitucional y garantías constitucionales, como la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, en materia electoral, el juicio de revisión constitucional, el juicio de los derechos políticos electorales y el juicio de amparo, abordando en este trabajo el estudio de este medio de control que se describen en tres Constituciones de entidades federativas, analizaremos esta figura para poder precisar si la justicia constitucional local ha tenido alguna evolución en estos 17 años a partir de la primera reforma sobre justicia constitucional en el estado de Veracruz en el año 2000, se describe en la Constitución local en el artículo 64, fracción I, el juicio de protección de los derechos humanos.

[3] Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

> […] I. Conocer y resolver, en los términos de la ley respectiva, del juicio de protección de derechos humanos, por actos o normas de carácter general que conculquen derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve y reparar, en los términos que establezca la ley respectiva, las violaciones a dichos derechos provenientes de:
>
> a) El Congreso del Estado;
>
> b) El Gobernador del Estado; y
>
> c) Los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos de Estado.
>
> […].

Como resultado, esta garantía constitucional solo protege los derechos humanos reconocidos en la Constitución local, pues la propia Ley Reglamentaria lo establece: otra de las entidades federativas que describe esta garantía constitucional es Tlaxcala (2001) en su Constitución local en el artículo 81, fracción I, su Ley Reglamentaria en el artículo 65 lo describe como juicio de protección constitucional y la última de las de las entidades federativas que la contempla en su constitución es Querétaro en el año (2008) en el artículo 29 lo hace de una forma genérica al señalar que es facultad del Pleno del Tribunal: "III. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución, mediante la interpretación de la misma, formando y sistematizando precedentes en materia de control de esta Constitución", pero es la Ley de Justicia Constitucional de marzo de 2009. "Artículo 100. El juicio de protección de derechos fundamentales, tiene como finalidad proteger los establecidos como tal en la Constitución Política del Estado de Querétaro, así como en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional". Se advierte que este artículo hace mención de los derechos humanos de rango internacional, además, los artículos 115 y 116, fracciones I y II, señalan:

> Artículo 115. El juicio de protección de derechos colectivos o difusos, tiene como finalidad proteger los derechos de tal naturaleza establecidos en la Constitución Política del Estado de Querétaro, así como en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional, contra actos de los particulares o las autoridades locales o municipales que los vulneren.
>
> Artículo 116. Tienen legitimación procesal activa para promover el juicio de protección de derechos colectivos o difusos:
>
> I. En el caso de derechos colectivos, los integrantes individuales o plurales de un grupo social, reconocidos como titulares o destinatarios de dicho derecho por la Constitución particular o el tratado internacional. También las personas jurídicas de derecho público o privado que tengan por objeto legal o social defender o salvaguardar dichos derechos, y

> II. En el caso de derechos difusos, las personas individuales que acrediten un interés simple. También las personas jurídicas de derecho público o privado que tengan por objeto legal o social defender o salvaguardar dichos derechos.

Como podemos observar que la Ley de Justicia Constitucional es una ley que está a la vanguardia de la transformación del derecho, siendo un precedente en el sistema jurídico en nuestro país.

Sin embargo, a pesar de que en nuestro país estos estados han evolucionado en su derecho interno, la justicia constitucional local se ha quedado estancada con la internacionalización del constitucionalismo de los derechos humanos, pues los establecidos en las Constituciones locales y federal resultaron insuficientes y ahora se reconocen derechos humanos en un estándar internacional, surgiendo de esta manera el derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre el derecho internacional, constitucional y procesal resulta indudable.[4]

Las decisiones de los tribunales locales para la tutela de los derechos humanos de carácter local pueden ser impugnadas ante los tribunales federales.[5] Por eso creo que la justicia constitucional local se ha quedado paralizada sin efectividad.

A pesar de que desde 2000 se realizaron reformas a las Constituciones locales, las cuales describen tribunales y salas constitucionales y diversos medios de control como el de Protección a los Derechos Humanos —juicio de amparo local— en 17 años en el estado de Veracruz se han resuelto 33 juicios,[6] en Tlaxcala se han resuelto 71.[7]

4. El desafío de las magistraturas

Es así que, con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transforma el derecho al señalar en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estado Unidos Mexicano* la obligatoriedad del control de convencionalidad *ex officio* a todos los jueces en el ámbito de su competencia,[8] la transcendencia de la resolución tiene como resultado las modificaciones a la

---

4 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 664.

5 *Ibidem,* p. 658.

6 Infomex-Veracruz-21 sep 2015.

7 Infomex-transparecia,Tlaxcala, 1 oct 2015.

8 García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio Iván del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Porrúa, 2011, p. 216.

Constitución mexicana con las reformas del 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos y la promulgación de una Ley de Amparo.

Creando con ello un nuevo sistema de derecho de amparo,[9] estimado como un juicio de derechos fundamentales. Ambas reformas, amparo y derechos humanos dieron un cambio al sistema jurídico en nuestro país, viviendo el derecho constitucional la nueva era de los derechos humanos.[10]

Tal es el caso en la reforma del 10 de junio del 2011, precisamente el artículo primero constitucional es estimado como el artículo obligatorio que se tiene que argumentar en todos los temas de derecho, pues en su primer párrafo pasa de la palabra reconocer a gozar de los derechos humanos, pero además, en su párrafo segundo, describe la interpretación conforme de la Constitución y los tratados internacionales, técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son los armonizados, con valores, principios y tratados internacionales.[11] Estimando los primeros casos de interpretación conforme en el caso *Marvury vs. Madison de (1803)* sobre decidir si algunas cláusulas de la Judiciary Act. De 1797 eran compatibles o no con las cláusulas de supremacía establecida en el artículo sexto constitucional.[12]

De aquí nace el sistema difuso americano que consiste en la obligación que tienen todos los jueces con independencia para resolver sobre la constitucionalidad de las normas. La armonización del derecho nacional e internacional es a través de la cláusula de interpretación conforme.[13] Sumado al principio pro persona que es dar la protección más amplia a los seres humanos en nuestro país.

> Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

---

9 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo,* México, Porrúa, 2013, p. 2.

10 Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo 2013,* Tirant lo Blanch, p. 9.

11 Bonilla Miranda, Haideer, "Derecho Procesal Convencional", en Cucarella Galiana, Luis Ándres (coord.), *La Interpretación Convencionalmente,* Universidad de Valencia, 2016, p. 256.

12 Fix Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Las reformas en derechos humanos procesos colectivos y amparo,* México, Porrúa, 2013, p. 3.

13 *Ibidem,* p. 698.

> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
>
> Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.[14]

Es precisamente en el juicio de amparo directo 1060/2008, de 2 de julio en el año 2009 por los jueces federales que se aplica el control convencional, por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, el cual se resolvió antes del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* que es el emblemático en el control convencional, no obstante, en este asunto se invoca el caso *Almonacid Arellano vs Chile,* entendiendo como obligatorio aplicar no solo la Constitución, sino también los estándares internacionales.

Seguidamente se tiene otro antecedente resuelto del 21 de enero de 2010, por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, invocando el control convencional que deriva del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* confirmando que el derecho interno no contravenga la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

> Artículo 29. Normas de Interpretación.
>
> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> *a)* permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

[14] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.[15]

Este tratado internacional expresa que ninguna disposición puede ser interpretada en sentido de lo que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos describe, también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala que todo pacto está obligado a cumplirse, pero además describe que el derecho local no está por encima del derecho internacional.

26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.[16]

Desde que un país suscribe un tratado internacional tiene la obligatoriedad de cumplirlo como lo señalan los artículos descritos, de inicio tenemos el principio de legalidad, la constitucionalidad y la convencionalidad, por una parte la salva guarda de la supremacía constitucional a través de las garantías constitucionales y el control difuso de convencionalidad como un instrumento para salvaguardar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, (Jurisprudencia 160482. P. LXV/2011).17 El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consi-

15 Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

16 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párrs. 26-27.

17 Décima Época, 160482. P. LXV/2011 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, pa. 556.

deraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquel. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no solo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquella, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN'," conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Este criterio describe en un apartado dejar sin efecto la tesis que describía el control concentrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para pasar a un control difuso de constitucionalidad.

Todos los jueces en el ámbito de su competencia tienen la obligación de realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de no realizarlo incurre en una responsabilidad internacional. Podemos apreciar en este criterio cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación deja sin efecto el control concentrado y dispone ejercitar el control difuso de constitucionalidad por todos los jueces en México.

En nuestro país es un nuevo paradigma para todos los que se dedican a abogacía, los académicos y los impartidores de justicia, a partir de esta sentencia de la Corte Interamericana de Radilla Pacheco la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado el control difuso de constitucionalidad, al realizar la interpretación del artículo 1° constitucional y el artículo 133. El gran desafío que enfrentan los juzgadores en nuestro país es aplicar en cada caso, el control de convencionalidad y constitucionalidad.

5. CONCLUSIONES

Las garantías constitucionales tiene como fin salvaguardar la supremacía de la Constitución en el caso del juicio de amparo, como un juicio de derechos humanos, es decir una herramienta jurídica para hacer valer los derechos humanos y la supremacía de la Constitución, empero, en esta evolución de la internacionalización de los derechos humanos el juez tiene la obligatoriedad de aplicar la convencionalidad, advertimos en párrafos anteriores que es en el juicio de amparo precisamente que el juez de amparo ejerce ese control de convencionalidad, incluso antes de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Rosendo Radilla, y la reforma del 10 de junio de 2011, ya se aplicaba el control de convencionalidad.

Los medios de control constitucional en las entidades federativas han quedado inertes, es decir, la justicia constitucional local es poco impartida ya que no hay acciones en el ámbito local, la gran mayoría prefiere la justicia federal, con la transformación del sistema jurídico en México y la internacionalización del derecho constitucional, los tribunales y jueces en nuestro país enfrenta el desafío siguiente:

PRIMERO. Los desafíos de los jueces en nuestro país es realizar el control difuso de convencional y otorgar la protección más amplia, aplicar el artículo primer constitucional para la verdadera efectividad de los derechos humanos en nuestro país.

SEGUNDO. Los jueces tienen la obligación de aplicar el bloque de constitucionalidad, control convencional, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. Bibiliografía

Cossío Díaz, José Ramón, Pérez de Hacha, Luis M., *La Defensa de la Constitución,* Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, 2000.

Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Bonilla Miranda, Haideer, "Derecho procesal convencional", en Cucarella Galiana, Luis Ándres (coord.), *La interpretación convencionalmente,* Universidad de Valencia, 2016.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica de derecho procesal constitucional y convencional,* Madrid, Marcial Pons, 2013.

_____ y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo,* México, Porrúa, 2013.

Fix Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Las reformas en derechos humanos procesos colectivos y amparo,* México, Porrúa, 2013.

_____, *Derecho constitucional mexicano y comparado,* México, Porrúa,2001.

García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio Iván del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrúa, 2011.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Jurisprudencia 160482. P. LXV/2011 (9a.), Pleno, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro III, diciembre de 2011, p. 556.

Ordemamiento jurídico

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Constitución Política del Estado de Querétaro, 2008, Querétaro.
Constitución Política del Estado de Tlaxcala, 2001, Tlaxcala.
Constitución Política del Estado de Veracruz, 2000, Veracruz.
Ley de Justicia Constitucional de Querétaro, 2009, Querétaro.

El amparo en Uruguay

*Eduardo G. Esteva Gallicchio**

Sumario: 1. Historia del amparo. 2. Regulación infraconstitucional vigente de la acción de amparo. 3. Evaluación de la regulación legal. 4. Bibliografía.

1. Historia del amparo

1.1. Las constituciones uruguayas

Desde la de 1830 incluyeron un artículo que reconoce el derecho a la protección en el goce de ciertos derechos (actualmente art. 7).[1]

Recién en la segunda mitad del siglo xx se relacionó doctrinalmente esta previsión con la acción de protección o amparo.[2]

Desde la de 1918 fue adicionado el actualmente numerado 72, que preceptúa el carácter no taxativo de la enumeración de derechos y garantías.[3] También en la segunda mitad del siglo xx se consideró que da fundamento constitucional a la acción de amparo.[4]

1.2. Proyectos de reforma constitucional

En diciembre de 1916, seguramente inspirado en la trascendencia del instituto mexicano y por las noticias del Constituyente de Querétaro, Horacio Ji-

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; profesor de posgrado en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay; director general del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay; miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. cedecu@movinet.com.uy

1 "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general".

2 Véase *infra,* E) La doctrina uruguaya hasta 1984.

3 "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

4 *Ibidem,* nota 2.

ménez de Aréchaga presentó a la Comisión de Constitución de la Convención Constituyente uruguaya, un proyecto de reforma constitucional que incluía la previsión de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales,[5] como una modalidad de acción de protección o amparo, que en definitiva no prosperó.

En el año 1966, dos proyectos de reforma constitucional, los formulados por el Partido Colorado y por el Movimiento de Trabajadores y Sectores Populares pro Reforma Constitucional, apoyado políticamente por el Frente Izquierda de Liberación (FIDEL), procuraron infructuosamente incorporar al artículo 17 constitucional, que prevé el "recurso" de *habeas corpus*, un inciso relativo al amparo.

El proyecto del Partido Colorado, preceptuaba: "Para la protección de los demás derechos fundamentales procederá el recurso de amparo, sujeto a los mismos trámites sumarios que el de *habeas corpus*…".[6]

El proyecto impulsado por el FIDEL rezaba: "Para la protección de los otros derechos consagrados y reconocidos por esta Constitución procederá el recurso de amparo…".[7]

El proyecto de reforma constitucional presentado en la Cámara de Senadores en marzo de 1996, agregaba un inciso al artículo 17, que expresaba: "Cualquier persona podrá ejercitar la acción de amparo en los términos y condiciones que establecerá la ley".[8] El texto no fue finalmente incluido en la reforma constitucional parcial perfeccionada en el plebiscito de ratificación de 1996.

1.3. Derecho positivo transitorio: del régimen *de facto* al *de jure* (1984-1985)

El llamado Acuerdo o Pacto del Club Naval, celebrado en agosto de 1984 entre los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y los representantes del Partido Colorado, de la coalición política conocida como Frente Amplio, del Partido Unión Cívica y del Partido Laborista, además de los tópicos que

5 *Proyectos de reforma presentados y sometidos a la Comisión de Constitución*, Convención Nacional Constituyente, pp. 159-160, art. 125, Montevideo, 1917.

6 Bandera, Manuel M. de la, *La Constitución de 1967*, Montevideo, Secretaría del Senado, 1969, p. 1026.

7 Bandera, Manuel M. de la, *op. cit.*, p. 1063.

8 Sobre el alcance del texto proyectado, *cfr.* Esteva Gallicchio, Eduardo G. y Risso Ferrand, Martín J., *Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional presentado en la Cámara de Senadores en el mes de marzo de 1996*, Montevideo, Ingranusi, 1996, pp. 51-56, 101-102.

constituyeron su principal objeto —convocatoria a elecciones generales en noviembre de 1984, restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1967 y previsión del tránsito entre los regímenes *de facto* y *de jure*—, comprendió la regulación del amparo.

El gobierno *de facto* expidió el denominado acto institucional o decreto constitucional 19, el 15 de agosto de 1984, cuyo artículo 6, literal E) rezó:

> Cualquier persona podrá deducir la acción de amparo contra todo acto u omisión de las autoridades o de particulares que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan o alteren, con ilegitimidad manifiesta, cualesquiera de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, con excepción de los amparados por el *habeas corpus*.
>
> La ley establecerá el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción, regulará el procedimiento —que será sumario y predominantemente oral—, determinará la procedencia de la acción y fijará el alcance y contenido de la sentencia.[9]

Esta previsión, para los que aceptaron su vigencia,[10] se agotó el 24 de noviembre de 1985,[11] al no haber sido convocada la Asamblea General, cuyos soportes fueron electos en noviembre de 1984, para que actuara en función preconstituyente.

Posteriormente, el decreto ley 15.672, de 9 de noviembre de 1984, reguló la acción de amparo referida a los medios de comunicación.[12] La vigencia de esta previsión se extendió hasta la entrada en vigor de la ley 16.099, de 3 de noviembre de 1989.

1.4. Derecho positivo con valor y fuerza de ley ordinaria vigente

Al finalizar el periodo *de facto*, el 1 de marzo de 1985, tomó posesión del cargo el presidente de la República electo por el cuerpo electoral en noviem-

---

9 Sobre el alcance del texto, véase Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Introducción al estudio del decreto constitucional N° 19", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núm. 1, Montevideo, 1984, pp. 16-18.

10 Por estar incluida en una norma que, aunque negociada con los partidos políticos mencionados en el texto, fue expedida por el gobierno *de facto*.

11 Decreto constitucional 19, de 15 de agosto de 1984, arts. 3 a 6.

12 Sobre su alcance, véase Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núm. 6, Montevideo, 1985, pp. 260-261.

bre de 1984. Ese mismo día envió a la Asamblea General un proyecto de ley reglamentario de la acción de amparo, que con diversas modificaciones,[13] finalmente quedó perfeccionado como ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, que es la ley ordinaria reglamentaria de la acción de amparo, vigente en Uruguay.

Por el llamado Código de la Niñez y de la Adolescencia, ley 17.823, de 8 de diciembre de 2004, artículo 195, se adicionaron algunas previsiones a las de la ley básica individualizada en el número anterior.

Más tarde, diversas leyes han hecho aplicables a otros supuestos,[14] las previsiones de la ley 16.011.

1.5. La doctrina uruguaya hasta 1984

Entre las principales aportaciones doctrinales nacionales relativas a la acción de amparo, en la segunda mitad del siglo xx, destacaron:

- Las de Héctor Gros Espiell y Horacio Cassinelli Muñoz, en la Décima Conferencia de la *Inter American Bar Association*.[15]
- La de los relatores uruguayos en las Primeras Jornadas de Derecho Comparado Platense-Uruguayas —Aníbal Barbagelata, Héctor Gros Espiell, Alberto Ramón Real y Enrique Sayagués Laso— que sostuvieron que "las garantías como la acción de amparo y similares deben reputarse incluidas entre las que derivan" de los artículos 7, 72 y 332[16] de la Constitución uruguaya.[17]

---

13 Acerca del trámite del proyecto de ley, véase: Semino, Miguel A.: "El proyecto del Poder Ejecutivo del 1-III-1985", en *La acción de amparo*, Montevideo, Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, 1989, pp. 7-10; Martins, Daniel H., "Historia de la sanción de la ley de amparo n° 16.011", en *La acción de amparo*, Montevideo, Presidencia de la República, 1989, pp. 19-23.

14 Véase *infra*, párrs. 39 y 40.

15 "Recurso de amparo", en *Décima Conferencia Inter American Bar Association*, Buenos Aires, 1957, t. I.

16 Art. 332: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

17 Véase el texto en Real, Alberto R., "La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el Derecho uruguayo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, t. XIV, núm. 1, 1963, pp. 146 y 147.

- La fundamentación de Alberto R. Real, en base, preferentemente al artículo 72 de la Constitución,[18] incorporado por la reforma constitucional de 1918. Este autor puso de resalto la dificultad existente en Uruguay para coordinar la regulación de la acción de amparo con el sistema adoptado por la Constitución respecto del contencioso administrativo.
- La sugerencia de Miguel A. Semino, de instituir el amparo "…para lograr una protección eficiente y rápida de los derechos no cubiertos por el ámbito de aplicación del *habeas corpus*".[19]
- La aportación de Cassinelli Muñoz, que halla el fundamento del amparo en el artículo 7 de la Constitución.[20]

1.6. La doctrina uruguaya posterior a la ley 16.011

Por regla general, la doctrina contrasta la acción de amparo instituida por la ley 16.011 con el fundamento constitucional del instituto, extremo que posibilita, ora examinar la constitucional o inconstitucionalidad de algunos tópicos regulados por la ley de marras, ora resolver importantes problemas interpretativos.

En lo que atañe a estos puntos, el análisis de Cassinelli Muñoz[21] es profundo y sugerente.

2. Regulación infraconstitucional vigente de la acción de amparo[22]

2.1. Tribunales competentes

En lo que atañe a la acción de amparo regulada por la ley 16.011, la competencia está asignada, por el artículo 3, a "los Jueces Letrados de Primera

18 *Ibidem,* pp. 141-146.

19 Semino, Miguel A., "Bases para la reforma constitucional", en *Revista del Centro Estudiantes de Derecho*, Montevideo, t. XXI, núm. 91, 1965, p. 232.

20 Cassinelli Muñoz, Horacio, "Confrontación entre los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y en Uruguay", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 66, núms. 7-8, 1968, p. 161, nota 16; y "Fundamentos y alcances constitucionales de la acción de amparo", en *La acción de amparo*, Monteviudeo, Presidencia de la República, 1989, pp. 24-32.

21 Especialmente en Cassinelli Muñoz, Horacio, "Fundamentos y alcances", *…cit.*

22 Hago remisión a Esteva Gallicchio, Eduardo G.: "Estudio nacional sobre el sistema de justicia constitucional/Uruguay", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núms. 67-72, 1996, pp. 185 y ss., especialmente, 229-236.

Instancia de la materia que corresponda al acto, hecho u omisión impugnados y del lugar en que estos produzcan sus efectos".

Todo ello, se agrega, "de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Judicatura, 15.750, de 24 de junio de 1985".

El artículo 320 de la ley 16.226, de 29 de octubre de 1991 introdujo una modificación parcial, al expresar que los juzgados letrados de primera instancia en lo contencioso administrativo, con sede en Montevideo:

> […] también entenderán […] de la acción de amparo, ya sea por actos, hechos u omisiones de las autoridades estatales.
>
> Los Juzgados letrados de Primera Instancia del interior salvo los de competencia especializada, tendrán, en su jurisdicción, igual competencia que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la competencia por razón de materia fue precisada, respecto de la protección de los derechos de los niños y adolescentes, por el artículo 195, inciso final del Código de la Niñez y la Adolescencia, ley 17.893, haciendo competentes por dicha razón a los jueces letrados de familia.

En suma, si se trata de acciones de amparo que tienen por objeto actos, hechos u omisiones de autoridades estatales, en el departamento de Montevideo, son competentes los juzgados letrados de primeras instancia de lo contencioso administrativo; y en los restantes dieciocho departamentos, los juzgados letrados de primera instancia no especializados.

Y si se trata de actos, hechos u omisiones de particulares, serán competentes los juzgados letrados de primera instancia de la materia que corresponda —Civil, Penal, de Familia, del Trabajo, etc.—.

En segunda instancia conocen los respectivos tribunales de apelaciones competentes por razón de materia —Civiles, Penales, del Trabajo, de Familia, etc.—.

La Suprema Corte de Justicia, a la que en Uruguay compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en materia de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos en sentido orgánico formal —leyes y decretos de los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción—, no ha admitido en su jurisprudencia el amparo contra actos legislativos formales, pero ha entendido que cabría la posibilidad de suspender los efectos de dichos actos, en carácter de medida cautelar.

2.2. Legitimados para la interposición de la acción de amparo

Según el artículo 1 de la ley 16.011, la acción de amparo puede ser deducida por "cualquier persona física o jurídica, pública o privada".

La legitimación requerida resulta del artículo 4: "deberá ser deducida por el titular del derecho o libertad lesionados o amenazados…".

Al respecto, el artículo 1 precisa que debe tratarse de "…cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de habeas corpus".

Se han expuesto opiniones diversas acerca de si el promotor de la acción de amparo debe ser titular de derechos subjetivos o si es suficiente con la titularidad de un interés legítimo, que es una de las situaciones jurídicas subjetivas garantida por la Constitución.[23] La jurisprudencia ha mostrado oscilaciones, pero la doctrina ha entendido que es posible la deducción por el titular de un interés legítimo.

Conforme al artículo 4, si el titular "…estuviera imposibilitado de ejercerla podrá, en su nombre, deducirla cualquiera de las personas referidas en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil (CPC),[24] sin perjuicio de la responsabilidad de estas, si hubieren actuado con malicia o con culpable ligereza".

El artículo mencionado del Código de Procedimiento Civil, fue sustituido por el artículo 41[25] del Código General del Proceso (CGP), ley 15.982, de 18 de octubre de 1988.

Existe un interesante problema técnico jurídico en lo que atañe a la acción de amparo, debido a que la ley 16.011 es posterior a la 15.982 (CGP), pero la última entró en vigencia después de la primera en virtud de la

[23] Constitución, especialmente arts. 258 y 309.

[24] El art. 158 del Código de Procedimiento Civil de 1878 refería a la procuración oficiosa.

[25] "Procuración oficiosa. Podrá comparecerse judicialmente a nombre de una persona de quien no se tenga poder siempre que se den las siguientes condiciones:
— Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo o ausente del país.
— Que quien comparezca sea su ascendiente, descendiente, pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, socio o comunero o que posea algún interés común que legitime esa actuación.
— Que si la parte contraria lo solicitare, preste caución suficiente de que su gestión será ratificada por el representado o pagará los daños y perjuicios en el caso contrario y si así correspondiere".

vacatio legis establecida, al tiempo que no derogó *in totum* el Código de Procedimiento Civil.[26]

La ley 17.684, de 29 de agosto de 2003, artículo 2, literal I), confiere al Comisionado Parlamentario, que asesora al Poder Legislativo en materia de personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial, la atribución de interponer el "recurso" (*sic*) de amparo.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia —ley 17.823, de 8 de diciembre de 2004—, por el artículo 195, preceptúa que la acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes se regirá por la ley 16.011, pero "podrá ser deducida *también* por el Ministerio Público, cualquier interesado, las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del Tribunal, garanticen una adecuada defensa de los derechos comprometidos" (las cursivas son nuestras).

La ley 18.446, de 24 de diciembre de 2008 creó la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, haciéndola competente para promover acciones de amparo (arts. 24, 35, 67 y concordantes).

Es menester señalar que la doctrina ha admitido la tutela, en vía de amparo, de intereses difusos. Al respecto el Código de la Niñez y de la Adolescencia dispuso por el artículo 196: "Amplíase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del artículo 42[27] del Código General del Proceso".

2.3. Actos, omisiones y hechos impugnables

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1 de la ley 16.011, es posible deducir la acción de amparo "contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales,[28] así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de *habeas corpus*".

[26] Véase CGP, art. 544.1 y 544.2.

[27] Art. 42: Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

[28] En verdad refiere a las personas jurídicas públicas no estatales, que aunque no integran el Estado, se rigen por el derecho público.

El "recurso" de *habeas corpus* procede, conforme al artículo 17 de la Constitución en los casos de prisión indebida.[29]

Conforme al artículo 8 de la referida ley, "la circunstancia de no conocerse al responsable del acto, hecho u omisión impugnados, no obstará a la presentación de la demanda, en cuyo caso el Juez se limitará a la eventual adopción de las medidas provisorias previstas en el artículo 7,[30] siempre que se hayan acreditado los extremos referidos en dicha norma".

Según el artículo 1 de la ley 16.011, "la acción de amparo no procederá en ningún caso": "A) Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Por lo que refiere a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los actos dictados por los Jueces en el curso de los procesos contenciosos; B) Contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza; C) Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción".

En doctrina se han analizado las exclusiones consagradas por la ley ordinaria reglamentaria, a la luz del fundamento constitucional del amparo.[31]

Conforme al artículo 3 de la pluricitada ley, la acción de amparo "solo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal *b* del artículo 9[32] o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones".[33]

Al respecto, el artículo 195 del Código de la Niñez y la Adolescencia, ley 17.823, inciso 3, dispuso que tratándose del amparo de derechos de niños

---

29 Véase *infra,* párr. 40.

30 Art. 7: Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados.

31 A vía de ejemplo: Esteva Gallicchio, Eduardo G., "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 901 y ss., especialmente, 922; Ochs Olazábal, Daniel, *La acción de amparo*, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2013, pp. 163-176.

32 Art. 9, lit. *b)*: La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo.

33 El problema se ha planteado reiteradamente cuando se demanda el amparo contra actos administrativos: véase: Esteva Gallicchio, Eduardo G., "La acción de amparo y los actos administrativos", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núms. 31-32, Montevideo, 1989, pp. 109-118, *in totum*.

y adolescentes, "procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces".

Se estableció por el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 16.011 un término de caducidad de la acción: "en todos los casos deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el artículo 1. No le correrá el término al titular del derecho o libertad lesionados si estuviere impedido por justa causa".

En el mismo sentido, el artículo 195 de la ley 17.823, reiteró que "deberá ser promovida dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre".

2.4. Aspectos procedimentales

Por ley 16.995, de 26 de agosto de 1998, se dio nueva redacción al artículo 294 del CGP, quedando exceptuados del requisito de la conciliación previa los procesos de amparo.

La ley reglamentaria dispone que la demanda deberá ser "presentada con las formalidades prescriptas en el Código de Procedimiento Civil,[34] en cuanto corresponda, indicándose, además, los medios de prueba a utilizar".

"La prueba documental se acompañará necesariamente con la demanda" (art. 5).

Salvo en el caso de ser notoriamente improcedente la demanda (art. 2, oración final), el juez "…convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda" (art. 6). De acuerdo con este artículo:

> En dicha audiencia se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos. El Juez, que podrá rechazar las pruebas manifiestamente impertinentes o innecesarias, presidirá la audiencia so pena de nulidad e interrogará a los testigos y a las partes, sin perjuicio de que aquéllos sean, a su vez, repreguntados por los abogados. Gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia.
>
> En cualquier momento podrá ordenar diligencias para mejor proveer. La sentencia se dictará en la audiencia o, a más tardar, dentro de las veinticuatro horas de su celebración. Solo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días (art. 6).

[34] Téngase presente que el CPC fue sustituido por el CGP.

El artículo 12 de la ley reglamentaria dispone que

> En los juicios de amparo no podrán deducirse cuestiones previas, reconvenciones ni incidentes. El Juez, a petición de parte o de oficio, subsanará los vicios de procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumaria del proceso, la vigencia del principio de contradictorio.
>
> Cuando se planteare el recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (ley 13.747, de 10 de julio de 1969)[35] se procederá a la suspensión del procedimiento solo después que el Magistrado actuante haya dispuesto la adopción de las medidas provisorias referidas en el artículo 7 de la presente ley o, en su caso, dejando constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.

Por último, el artículo 13 preceptúa que "las normas procesales vigentes tendrán el carácter de supletorias en los casos de oscuridad o insuficiencias de las precedentes".

2.5. Medidas cautelares y provisionales

Este es uno de los tópicos de mayor importancia, sin embargo, ha sido analizado someramente por la doctrina.[36]

La ley 16.011, menciona en tres oportunidades las medidas provisionales o cautelares.[37]

Es posible caracterizar el amparo provisional en la forma que sigue:

---

35 La ley 13.747 fue sustituida por el CGP, arts. 508 a 523.

36 Véase con mayor amplitud: Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Las medidas provisionales y las medidas cautelares en el proceso de amparo según el derecho uruguayo/reflexiones a los efectos comparativos", *III Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,* ed. en CD, Antigua Guatemala, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2005.

37 Art. 7: Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados.
Art. 8: La circunstancia de no conocerse al responsable del acto, hecho u omisión impugnados, no obstará a la presentación de la demanda, en cuyo caso el Juez se limitará a la eventual adopción de las medidas provisorias previstas en el artículo 7º, siempre que se hayan acreditado los extremos referidos en dicha norma.
Art. 12, inc. 2: Cuando se planteare el recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (ley 13.747, de 10 de julio de 1969) se procederá a la suspensión del procedimiento sólo después que el Magistrado actuante haya dispuesto la adopción de las medidas provisorias referidas en el artículo 7 de la presente ley o, en su caso, dejando constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.

- Las medidas provisionales pueden ser dispuestas de oficio (este es uno de los ejemplos de excepción al principio general)[38] o a petición de parte, lo que condujo a Adolfo Gelsi Bidart a estimar que en cuanto a la iniciativa, concuerdan más con las facultades del juez en materia penal que en materia civil.[39]
- Son medidas provisorias o anticipadas (argumento del artículo 8 de la ley). Como expresa Gelsi:[40] "…es una medida anticipada, pero que se adopta con carácter de primaria (por la duración del proceso) y cautelar (para asegurar la resolución definitiva y a ser confirmada o dejada sin efecto por ésta)".
- De acuerdo con la opinión de Gelsi Bidart,[41] son medidas "…que se rigen, por analogía, por las disposiciones relativas a las medidas cautelares".

La ley 16.011, reglamentaria de la acción de amparo, es posterior al Código General del Proceso (CGP, 15.982, de 18 de octubre de 1988) y dispone por el artículo 13 que "las normas procesales vigentes tendrán el carácter de supletorias en los casos de oscuridad o insuficiencia de las precedentes".

Por ello, la doctrina uruguaya que se ha ocupado del punto, estima que corresponde acudir, básicamente a lo preceptuado por el artículo 317 del CGP "Medidas provisionales y anticipadas" y a la remisión a los artículos 311 a 316.

No es habitual hallar pronunciamientos de los jueces en materia de acogimiento de amparos provisionales o de adopción de medidas cautelares ínterin tramita una acción de amparo.

2.6. La sentencia

El artículo 9 de la ley reglamentaria dispone sobre el contenido de la sentencia que haga lugar al amparo.

> …A) La identificación concreta de la autoridad o el particular a quien se dirija y contra cuya acción, hecho u omisión se conceda el amparo;

---

38 Art. 311.3 del CGP: Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, *salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio* y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite. (las cursiva son mías).

39 "Proceso de amparo en la ley de Uruguay", en *La acción de amparo*, Presidencia de la República, *op. cit.*, p. 65.

40 *Idem*.

41 *Idem*.

B) La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo;

C) El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podrá exceder de veinticuatro horas contínuas a partir de la notificación.

Sin perjuicio de lo establecido la sentencia podrá disponer las sanciones pecuniarias conmutativas [*sic*: conminativas] dispuestas por el decreto ley 14.978 de 14 de diciembre de 1978.

2.7. Medios impugnativos

Las providencias que se expidan en el proceso de amparo son susceptibles de los llamados pedimentos o recursos de aclaración y de ampliación (arts. 486 y 487 del CPC; 244 del CGP).

Los plazos para interponer los otros recursos se cuentan a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución que recaiga sobre la aclaración o ampliación (art. 244.3 CGP).

Las providencias de trámite y las sentencias interlocutorias son susceptibles del recurso de reposición (art. 245 CGP), a fin de que el propio tribunal, advertido de su propio error, pueda modificarlas por contrario imperio.

El artículo 10 de la ley 16.011 establece que en el proceso de amparo solo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El juez elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El Tribunal de Apelaciones correspondiente resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación.

La procedencia del recurso de casación[42] ante la Suprema Corte de Justicia ha sido objeto de diversas opiniones en la doctrina, pero la jurisprudencia ha sido negativa.

[42] CGP, arts. 268 a 280 y concordantes.

El artículo 11 de la ley 16.011 dispone que "la sentencia ejecutoriada hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieren corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo". La doctrina ha examinado el complejo tópico de la cosa juzgada en el amparo, en sus proyecciones formal y material y en función de que se trate de amparo contra actos, omisiones o hechos.[43]

2.8. Extensión de la aplicación de la normativa procedimental de la ley 16.011 y ampliación del concepto de amparo

Ejemplos. En los últimos años fueron expedidas en Uruguay diversas leyes que extienden la normativa precedentemente reseñada.[44] En ocasiones lo hacen con expresa remisión a la ley 16.011, otras veces, mediante reiteración total o parcial de textos.

A continuación, mencionaré las principales leyes, que se adicionan al amparo regulado por el Código de la Niñez y la Adolescencia:

- La primera acción de protección de datos personales o *habeas data*. Por ley 17.838, de 24 de setiembre de 2004, se reglamentó en Uruguay, parcial e imprecisamente, una acción de *habeas data*.
- La acción de tutela especial en materia de derechos y libertades sindicales. La ley 17.940, de 2 de enero de 2006, reguló la protección de la libertad sindical.
- La acción de protección de datos personales o *habeas data* vigente. La ley 18.331, de 11 de agosto de 2008, reguló nuevamente una acción de protección de datos personales, aunque otra vez, en forma imprecisa.
- La acción de acceso a la información pública. La ley 18.381, de 17 de octubre de 2008, reglamentó el acceso a la información pública.
- Las acciones previstas en materia de prevención y sanción del acoso sexual. Por ley 18.561, de 11 de setiembre de 2009, se reguló la

[43] *Cfr.*, por todos, el análisis de Ochs Olazábal, Daniel, *op. cit.*, pp. 46-50.

[44] Véase con mayor amplitud: Esteva Gallicchio, Eduardo G., "El amparo en Uruguay", en Manilli, Pablo Luis (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional,* Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, pp. 315-339. También de mi autoría: "El amparo en Uruguay", en Naveja-Macías José de Jesús (coord.), *Génesis, desarrollo y actualidad del amparo en América Latina,* Tijuana, México, Ediciones ILCSA, 2011, t. I, pp. 45-62; y "Notas para un estudio comparativo acerca de la acción de amparo en Uruguay y en República Dominicana", en *Memorias del VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Santo Domingo, República Dominicana, 2011, t. II, pp. 57-68. Véase asimismo: Gros Espiell, Héctor: "El derecho de amparo en el Uruguay", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa, 2006, pp. 633-648.

> prevención y sanción del acoso sexual, así como la protección a las víctimas del mismo, en tanto forma grave de discriminación y de desconocimiento del respeto a la dignidad de las personas que debe presidir las relaciones laborales y de docencia.

También se advirtió el empleo de la expresión "amparo" con un alcance más amplio que el habitual hasta la entrada en vigor de la ley 16.011.

Un primer ejemplo fue el Código del Proceso Penal que fuera aprobado por ley 16.893 de 16 de diciembre de 1997, que tuvo su vigencia suspendida durante varios años y no llegó a entrar en vigor.

Se inició con este Código, una tendencia a calificar como acciones de amparo o de protección, las que refieren a otros procesos constitucionales.

Por su parte, el futuro —está prevista su entrada en vigor para el 16 de julio de 2017— Código General del Proceso —ley 19.293, de 19 de diciembre de 2014—, reiteró por el artículo 351 el significado amplio de amparo.

3. Evaluación de la regulación legal de la acción de amparo

Probablemente por la mayor facilidad de acceso a los textos legales y a la doctrina argentina, la reglamentación por la ley ordinaria en Uruguay, se inspiró en los principales tópicos en ellos. Posteriormente, la jurisprudencia fue también recibiendo las grandes líneas de la argentina.

Uno de los tópicos en el que, en mi opinión, es posible advertir carencias en Uruguay, es en materia de medidas provisionales en el amparo.[45]

En efecto, no obstante la expresa admisión del amparo provisional por la ley reglamentaria vigente en Uruguay, como posible medida anticipada o cautelar, o provisoria, ínterin se expide la sentencia definitiva en el respectivo proceso,[46] no forma parte de la práctica judicial.

La reticencia puede ser consecuencia de varios factores, entre ellos: el original empleo abusivo del amparo por los demandantes; la relativamente[47] corta experiencia existente en Uruguay en la materia; la escasa atención dedicada por la doctrina procesal constitucional vernácula a este tópico; la

---

45 Existió un interesante avance en la regulación de las medidas provisionales que puede y debe expedir la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (ley 18.446, arts. 4, 24, 67).

46 Coincide, pues, con el significado natural y obvio del vocablo provisional en idioma español: "que se hace, se halla o se tiene temporalmente".

47 Apenas un cuarto de siglo.

solo excepcional formulación por los demandantes de solicitudes de amparos provisionales; las cortapisas legalmente impuestas a la acción de amparo regulada por la ley 16.011 que excluyen materias en las que, frecuentemente, se expiden en otros Estados amparos provisionales y el escaso conocimiento de las proyecciones del amparo fundamentado en la Constitución (*v. gr*., arts. 7 y 72 de la *lex legum*, inmediatamente aplicables por el art. 332) y no en la ley ordinaria reglamentaria, 16.011.

Considero que también puede ser consecuencia de la relativa difusión que se ha dado en Uruguay a soluciones del derecho positivo de otros Estados y hasta de las previsiones de los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.[48]

La expresa previsión desde hace poco más de medio siglo[49] de la suspensión de la ejecución del acto administrativo como competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,[50] si bien constituye en sustancia una forma de amparo provisional, es prácticamente ineficaz como consecuencia del requisito de ser presentada la solicitud con la demanda y como esta es ingresada una vez agotada la vía administrativa, lo que puede implicar un extenso lapso, según los recursos administrativos[51] que corresponda interponer. A ello se adiciona la desmesurada duración del incidente de suspensión de la ejecución, que en la práctica puede hasta significar el transcurso de algunos años. Asimismo, la tentativa realizada por los litigantes de presentar demandas anticipadas respecto del momento en que opera el agotamiento de la vía administrativa, para obtener con mayor celeridad un pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución, ha sido prácticamente aventada por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Corresponde destacar, por último, que la jurisprudencia del Tribunal al

48 Artículo 74 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "1. La Comisión podrá solicitar a la Corte la adopción de medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar un daño irreparable a las personas, en un asunto no sometido aún a consideración de la Corte. 2. Cuando la Comisión no se encontrare reunida, dicha solicitud podrá hacerla el Presidente o, en ausencia de éste, uno de los Vicepresidentes, por su orden), artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión) y normas concordantes.

49 Ley 13.318, de 1964, de 28 de diciembre de 1964, arts. 347 y 348. Actualmente rige la regulación dada por los arts. 2 y 3 de la ley 15.869, de 22 de junio de 1987.

50 En Uruguay es un órgano instituido por la Constitución, que aunque ejerce función jurisdiccional, no integra el Poder Judicial. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene asignada una posición institucional similar a la de la Suprema Corte de Justicia.

51 Constitución, arts. 317 y concordantes y leyes reglamentarias.

sentenciar sobre la petición de suspensión de la ejecución ha sido tradicionalmente restrictiva.

Ante este panorama tan poco halagüeño, es deseable que prontamente se realice en Uruguay una revisión del instituto del amparo provisional que logre sistematizarlo como garantía constitucional y suprima las ilogicidades que someramente he mencionado.

La proliferación de remisiones parciales o totales a la ley reglamentaria de la acción de amparo o la transcripción total o parcial de normas procedimentales propias del amparo sin decirlo expresamente, realizada por las leyes mencionadas en los párrafos 39 y 40, ponen de resalto problemas de técnica legislativa no deseable en materia de garantías de los derechos.

Y sugieren la conveniencia de pensar en la elaboración en Uruguay de un Código Procesal Constitucional,[52] que reestructure las aspectos procedimentales y sistematice los subtipos de amparos: típico, atípicos, etc., con las demás acciones constitucionales: *habeas corpus, habeas data,* etcétera.

Considero que en las casi tres décadas transcurridas desde la entrada en vigor de la ley 16.011, se ha advertido la conveniencia de profundizar aspectos de la cultura jurídica nacional, para evitar, por parte de los litigantes, el uso abusivo del instrumento o su empleo por razones meramente abogadiles y, por parte de los jueces, una mayor concientización en el sentido que, al resolver acciones de amparo, están desempeñando el rol de jueces constitucionales.

En los últimos años se ha colocado en Uruguay, en calidad de vedete entre estas acciones, el llamado amparo sanitario, que ha generado la máxima expresión vernácula de uno de los neoconstitucionalismos[53] de lo que conforman hitos las sentencias 396/2016, sobre inconstitucionalidad, de la Suprema Corte de Justicia y 396/2016, sobre acción anulatoria, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.[54]

---

52 Remito a Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Código Procesal Constitucional", ponencia en Jornadas Peruanas de Derecho Procesal Constitucional, Huancayo, 2004.

53 *Cfr.* Barnech, Cecilia: "El juez como garante último de la protección de los derechos humanos. Panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo", tesis inédita correspondiente a la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay, inédito, Montevideo 2017, *in totum*; Rojas Rodríguez, Mathías Nicolás, "Un estudio de la jurisprudencia en materia de amparo sanitario", en "Revista de Derecho y Tribunales", Nº 31, Montevideo, 2017, AMF, pp. 175-192. En otra perspectiva: Esteva Gallicchio, Eduardo G.: "Algunos tópicos de la problemática constitucional de la salud y la reciente jurisprudencia uruguaya", XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2017, publicado en CD por el IIDC en enero de 2017 y *on line* por *Derecho y Debate*, Lima, Perú, marzo 2017, especialmente capítulos IV y V.

54 *Cfr.* Esteva Gallicchio, "Algunos tópicos de la problemática constitucional de la salud y la reciente jurisprudencia uruguaya", *op.* y *loc cit.*

4. Bibliografía

Bandera, Manuel M. de la, *La Constitución de 1967*, Montevideo, Secretaría del Senado, 1969.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "Confrontación entre los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y en Uruguay", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 66, núms. 7-8, 1968.

_____, "Fundamentos y alcances constitucionales de la acción de amparo", en *La acción de amparo*, Monteviudeo, Presidencia de la República, 1989.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núm. 6, Montevideo, 1985.

_____, "El amparo en Uruguay", en Manilli, Pablo Luis (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional,* Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II.

_____, "El amparo en Uruguay", en Naveja-Macías, José de Jesús (coord.), *Génesis, desarrollo y actualidad del amparo en América Latina,* Tijuana, México, Ediciones ILCSA, 2011, t. I.

_____, "Introducción al estudio del decreto constitucional N° 19", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núm. 1, Montevideo, 1984.

_____, "La acción de amparo y los actos administrativos", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núms. 31-32, Montevideo, 1989.

_____, "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

_____, "Notas para un estudio comparativo acerca de la acción de amparo en Uruguay y en República Dominicana", en *Memorias del VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Santo Domingo, República Dominicana, 2011, t. II.

_____, "Estudio nacional sobre el sistema de justicia constitucional/Uruguay", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núms. 67-72, 1996.

_____ y Risso Ferrand, Martín J., *Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional presentado en la Cámara de Senadores en el mes de marzo de 1996*, Montevideo, Ingranusi, 1996.

Gros Espiell, Héctor: "El derecho de amparo en el Uruguay", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa, 2006.

Martins, Daniel H., "Historia de la sanción de la ley de amparo n° 16.011", en *La acción de amparo*, Montevideo, Presidencia de la República, 1989.

Ochs Olazábal, Daniel, *La acción de amparo*, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2013.

Real, Alberto R., "La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, t. XIV, núm. 1, 1963.

Semino, Miguel A., "Bases para la reforma constitucional", en *Revista del Centro Estudiantes de Derecho*, Montevideo, t. XXI, núm. 91, 1965.

_____, "El proyecto del Poder Ejecutivo del 1-III-1985", en *La acción de amparo*, Montevideo, Presidencia de la República, Oficina Nacional del Servicio Civil, 1989.

La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: El bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿Estamos ante un *ius constitutionale commune* latinoamericano?*

*Gerardo Eto Cruz***

Sumario: 1. Presentación. 2. El *ius costitutionale commune* latinoamericano. 3. El Bloque de Constitucionalidad en Francia. 4. El bloque de constitucionalidad en España. 5. El bloque de convencionalidad. 6. Algunos cabos sueltos que presentan los bloques de constitucionalidad y convencionalidad. 7. Bibliografía.

1. Presentación

En el mundo de las ciencias,[1] los conceptos y categorías no tienen fronteras, si bien pueden ser acuñadas, creadas o desarrolladas en algún país; luego este mundo cognitivo[2] pertenece al mundo globalizado del saber y se utiliza para los fines pertinentes que, al fin y al cabo, son de beneficio y de utilidad.[3] Esto ocurre, epistémicamente en todas las áreas del saber.[4]

---

* Ponencia presentada al *XI Encuentro Iberoamericano y el VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*: *La Constitución y sus garantías, a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, el Gobierno del Estado de Querétaro – Instituto de Estudios Constitucionales y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, con el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a realizarse en el Teatro de la República en la ciudad de Querétaro, del 20 al 22 de septiembre del 2017.

** Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo y en la Universidad de San Martín de Porres. Ex-magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Correo: gerardoeto@gmail.com.

1 Sánchez Meca, Diego, *Teoría del conocimiento*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2012, pp. 623 y ss.

2 Hessen, Johannes, *Teoría del conocimiento*, 17ª ed., Bogotá, Panamericano, 2013, pp. 16-17.

3 Sánchez Ron, José Manuel, *El poder de la ciencia, historia social, política y económica de la ciencia (Siglo XIX y XX)*, Barcelona, Crítica, 2011.

4 Grayline, A. C., *El Poder de las ideas. Claves para entender el siglo XXI,* trad. por Francisco J. Ramos, Ariel, Barcelona, 2010.

En los escenarios de la posmodernidad,[5] se han derrumbado una serie de mitos y dioses de pies de barro han caído estrepitosamente; y los horizontes contemporáneos contemplan nuevos paradigmas en el marco de los *corsi e ricorsi* que atalayaba Giambattista Vico; es decir este acontecer histórico que no es lineal sino que tiene sus marchas y contramarchas.

Viene a colación este breve excurso introductorio para abordar en periplo paralelo dos temas que ciertamente no son pacíficos, pero que se han convertido en principios más que de interpretación en cánones, de cómo controlar el ordenamiento jurídico cuando eventualmente se presentan conflictos, y aquí los jueces tienen que tener un *parámetro* de referencia a fin de verificar si un producto normativo (norma, sentencia, etc.) logra "compatibilizar" con otro que precisamente está en mayor jerarquía. Eventualmente, si ese producto normativo es sometido a control, dicho control puede ser de constitucionalidad o de convencionalidad. Sin embargo, ambos controles deben ser mirados desde una perspectiva que se viene impulsando en el proyecto de lo que hoy debe convertirse en conceptos que deben formar parte del *ius costitutionale* común latinoamericano: el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad. Hoy por hoy, no puede existir un verdadero Estado Constitucional en la perspectiva del mundo globalizado del derecho occidental, si en la teoría se predica dichos conceptos, pero los jueces no se atreven a aplicarlo por complejas razones, que ya en algún momento nos hemos pronunciado.[6]

Por lo pronto, no cabe dudas que este es uno de los retos que tienen que asumir los jueces de Latinoamérica; aplicar los estándares del actual cosmopolitismo constitucional contemporáneo: el *ius costitutionale commune* latinoamericano. Aclaramos, desde ya, que el desarrollo teórico y su aplicación práctica hoy enfrenta desde una perspectiva inusitada consecuencias radicales. En un primer momento, ha venido primando la sempiterna tesis de la supremacía de la Constitución, concepto en el que gira, a la larga el *bloque de constitucionalidad*; pero a esa categoría, ha venido evolucionando otra análoga que está por encima del bloque constitucional: el *bloque convencional*. Este desarrollo, como se apreciará en este trabajo, viene teniendo efectos demoledores hoy en el Derecho Público, a nivel de los Estados Constitucionales.

De entrada ambos conceptos tienen en parte un origen pretoriano; así, el término *bloque de constitucionalidad* si bien lo divulga el profesor francés

[5] Habermas, Jürgen, Braudillard, J., Said, E., Jemson, J., y otros, *La posmodernidad*, 7ª ed., a cargo de Hal Foster, Kairós, Barcelona, 2007.

[6] Eto Cruz, Gerardo, "El comportamiento judicial tras las decisiones del Tribunal Constitucional", en *Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional*, t. I, Lima, CEC, 2013, pp. 47-52.

Louis Favoreau, en estricto fue desarrollado por el *Conseil Constitutionnel* en 1971 en cuya decisión incorpora el bloque de constitucionalidad. En realidad, se trató como lo calificó el citado profesor Favoreau y Loïc Philip una de las grandes decisiones del "*Conseil Constitutionnel*".[7] Y es que el derecho constitucional francés, luego de una irradiante presencia en el pasado siglo, con nombres emblemáticos como León Duguit, R. Carré de Malberg y Maurice Hauriou, entre otros, su desarrollo y su pensamiento habían entrado en franco declive.[8] Y ello por el concepto político de Constitución que no permitía controlarlo jurisdiccionalmente. Fue precisamente ya en 1975 en donde el Consejo Constitucional francés asume una posición más activista y marcaría el alfa y omega de un verdadero control jurisdiccional como los demás Tribunales Constitucionales del mundo. A ellos se suma la reforma constitucional de 1974 que extiende las competencias al Consejo Constitucional para conocer recursos contra leyes ordinarias y tratados internacionales. A partir de esta situación, diría en su momento Eduardo García de Enterría que Francia con su reforma constitucional de 1974 sobre la justicia constitucional es que se produce una recuperación del derecho constitucional y cierra en parte la crisis definitiva del duvergerismo.[9]

Por lo pronto cabe señalar que existen dos grandes modelos del llamado "bloque de constitucionalidad", uno el primigenio, versión francesa y el segundo, la versión española. Veamos cada una de ellos en líneas generales, pero antes, pasemos revista al proyecto del derecho constitucional común latinoamericano, contexto en el cual ubicamos ambos conceptos que hoy deben ser objeto de una práctica cotidiana en los jueces.

2. El *ius costitutionale commune* latinoamericano

En los últimos lustros del siglo xxi se ha venido gestando una serie de diálogos en dos grandes niveles: a) *en el académico*, siendo éste a partir del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que desde 1974 en que se fundara hasta el último Congreso realizado en México, a propósito del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos de Méxi-

[7] Aragon, Manuel, "Las grandes decisiones del "Conseil Constitutionnel", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 10, núm. 30, sep-dic, 1990, pp. 229-232.

[8] Prólogo a su obra: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 31.

[9] El concepto "político" de Constitución tuvo mucha influencia en Latinoamérica a través del pensamiento del politólogo francés Duverger. Véase al respecto: Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados, *Presencia de Maurice Duverger en México*, México, Porrúa, 1998, pp. 97 y ss.

co.[10] El IIDC ha impulsado casi cada cuatro años, un Congreso Iberoamericano, hoy con XIII eventos en su haber; desde sus inicios el IIDC ha tenido como norte la afirmación y consolidación de la democracia, la gobernanza, la protección y tutela de los derechos humanos en nuestra región. En este contexto es que ríos de tinta se ha estampado en libros, ponencias, ensayos; el grueso hoy incluso con acceso a internet. En esta heterodoxa y transversalizada reflexión se ha venido gestando una serie de ideas y conceptos que hoy son de indiscutible presencia, no sólo en el ámbito de una comunidad de académicos; sino que estos conceptos y principios, hoy forman parte del bloque cognitivo que debe estar en los jueces y aplicarlos en los conflictos, sobre todo donde está en juego el control del poder, por un lado; y por otro, la tutela de los derechos básicos de las personas.

El otro nivel, en donde se ha venido gestando y produciendo este diálogo es, en b) el jurisdiccional de los diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas resoluciones a partir de sus complejas estructuras de *obiter dicta*, de su razón suficiente o invocación preceptiva, en suma, a partir de las sentencias que se vienen emitiendo, se ha empezado a gestar un *diálogo jurisdiccional*,[11] el mismo que hoy se manifiesta en dos niveles: una suerte de *diálogo vertical* y que proviene de la Corte IDH y que es, sin duda alguna, recepcionado por las Salas, Tribunales o Corte Constitucionales, y es aquí donde se produce la aplicación de la *interpretación convencional* emitida por una jurisdicción internacional a la jurisdicción interna; y el "otro" diálogo es el *diálogo horizontal* —si se nos permite la expresión— donde se presenta la recepción de un fallo que tiene una riqueza de aporte en la construcción de estos dos nortes señeros: la afirmación y tutela de los derechos fundamentales y el control del poder. Este diálogo es de Tribunal Constitucional a Tribunal, Sala o Corte Constitucional. Aquí hay una aplicación del "*principio de interacción*", como lo identifica Sagüés, o Bidart Campos como el "*principio de retroalimentación*",[12] opera no sólo de la recepción pasiva de las jurisdicciones constitucionales de un país a otro; sino también que puede producirse un diálogo jurisdiccional inversamente al *diálogo vertical*: que la Corte IDH pueda también *recepcionar* en sus fallos los aportes de los tribunales domésticos de los países de la región. No se descarta aquí, que el influjo creativo sea también de

[10] Guerrero Galván, Luis René y Pelallo Moller, Carlos María, *Cien años de la Constitución mexicana: De las garantías individuales a los derechos humanos,* México, IIJ-UNAM, 2016.

[11] Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus, 2014.

[12] Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales e internacionales", en Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán Bidart Campos)*, Lima, Grijley, 2012, p. 38.

la propia judicatura ordinaria y no necesariamente de un Tribunal o Corte Constitucional.[13]

Más allá de dónde provenga una heurística constitucional que suponga un aporte; lo cierto es que estos "diálogos jurisdiccionales", más los aportes y reflexiones de los académicos, han desembocado ya en este siglo en la creación de un patrimonio común de reflexión de un conjunto de *voces, términos, expresiones*, que desembocan hoy en conceptos, principios y categorías. No está demás aclarar que en esta ruta, están alternativamente otros enfoques que deben irse decantando, como derecho de la humanidad, derecho cosmopolita, derecho global, derecho mundial, derecho transnacional, entre otros.[14]

Aunado a esta suerte de cosmopolitismo jurídico, los actuales filósofos vienen por otro lado desde la perspectiva cultural,[15] desarrollando una actual cosmovisión de un mundo globalizado en la tecnología, en la sociedad del conocimiento, incluso en términos que hoy propone Gilles Lipovestsky junto con Hervé Juvin, en un debate sobre la cultura planetaria.[16] Si bien el planteo debemos contextualizarlo desde la propuesta de Habermas, con una teoría política de la sociedad contemporánea, en la cual el filósofo enfila acres críticas al capitalismo contemporáneo quien, a pesar de todo ese hoy complejo desarrollo tecnológico, no ha podido resolver los graves conflictos sociales y políticos. Al lado de esta exploración, han surgido otras rutas de reflexión, ya no sólo las esgrimidas por Jean-François Lyotard, con su hoy clásica obra *La condición postmoderna*,[17] a ello se suma en este mundo de "cultura planetaria" una era secular, como propone Charles Taylor, donde el

---

13 Como es el caso del fallo emitido por la Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Consulta Exp. Nº 03873-2014-SAN MARTÍN, de fecha 17 de marzo de 2015, suscrita por los jueces supremos Sivina Hurtado, Vinatea Medina, Morales Parraguez y Rueda Fernández, la cual resultó merecedora de un reconocimiento especial como la sentencia peruana sobre derechos humanos más votada, en el concurso internacional "Justicia y Convencionalidad", organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). La sentencia puede consultarse en el siguiente link: *http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/3876/123_per%C3%BA.pdf* (última visita: 17 de mayo de 2017).

14 Bogdandy, Armin von, "Ius costitutionale commune latinoamericanum", en AA.VV., *Ius costitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, p. 5.

15 Eagleton, Terry, *Cultura*, trad. por Belén Urrutia, Barcelona, Taurus, 2017; véase igualmente, a Cassirer, Ernst, *Las ciencias de la cultura*, trad. por Roces, Wenceslao, 3ª ed., México, FCE, 2014.

16 Lipovetsky, Gilles y Juvin, Hervé, *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*, trad., por Antonio-Prometeo Moya, Barcelona, Anagrama, 2011, pp. 105 y ss.

17 Lyotard, Jean-François, *La condición postmoderna*, trad. por Mariano Antolín Rato, Buenos Aires, Editions de Minuit, 1987.

Occidente moderno viene consolidando todo un proceso de "secularización" y el tema teológico en torno a Dios viene sufriendo grandes cambios en los que, no cabe duda, el Estado contemporáneo viene activamente participando.[18]

Es un hecho, por tanto, que las sociedades de las civilizaciones modernas, están hoy interconectadas, no sólo en el ámbito de la producción tecnológica y de la producción en serie de bienes y servicios, sino que esta actual mundialización se manifiesta también en el proceso de acelerado desarrollo de los actuales sistemas jurídicos, donde se recepcionan y retroalimentan *corpus iuris*, a nivel y escala hoy planetaria, salvando, desde luego, los sistemas jurídicos no occidentales.

Precisamente Francis Fukuyama ha afirmado recientemente que "Las instituciones que otorgan ventajas a sus sociedades son copiadas y mejoradas automáticamente por otras; existe una convergencia tanto educativa como institucional entre las sociedades a lo largo del tiempo".[19] Esta observación hoy se mantiene en su evolución histórica, y en el campo del Derecho Público, la construcción de un verdadero Estado Constitucional, como lo describe Peter Häberle,[20] también recepciona y exporta, por decirlo así, una serie de instituciones jurídicas, como las que vienen a reflexión.

Por lo pronto, el concepto o la idea misma de un derecho común latinoamericano, como anota Armin von Bogdandy, es "un proyecto de evolución incluso de transformación, hacia un nuevo derecho público en esta región". Anota luego el citado profesor que "solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos".[21] A partir de este marco, Bogdandy precisa que son tres conceptos claves que explican el *ius commune* latinoamericano: el diálogo, la inclusión y el pluralismo normativo.

Del primero ya hemos aludido, se trata del llevado a cabo entre Cortes. Pero lo más relevante en este diálogo es que ya no se trata de la simple investidura de quien tiene la toga de juez y emite los pronunciamientos o fallos desde un *criterio discrecional*, tampoco de la vieja concepción de

18 Taylor, Charles: *La era secular*, t. I, presentación de Lluis Duch, trad. por Ricardo García-Pérez y María Gabriela Ubaldini, Barcelona, Gedisa, 2014, pp. 19-20; 151 y ss.

19 Fukuyama, Francis, *Los orígenes del orden público. Desde la prehistoria hasta la Revolución Francesa*, trad. por Jorge Paredes, Barcelona, Deusto, 2016, p. 615.

20 Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, Introducción de Diego Valadez, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro.

21 Bogdandy, Armin von, "Ius costitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual", en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coords.), *Ius costitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 2-3.

Montesquieu en *El espíritu de las leyes*[22] que el juez es un ser inanimado, sin vida, que es la boca de la ley. Esto está ya en el trasto de la historia. Si bien hoy el juez es el "*señor del Derecho*" (Zagrebelsky), esta actual percepción lleva a que las decisiones jurisdiccionales deben estar debidamente argumentadas bajo determinados estándares hermenéuticos y ya no de la simple discrecionalidad. Es obvio que en todo este diálogo puede existir posturas divergentes; ello, por el contrario, lo enriquece, y quien, a la postre sale ganando es el *ius costitutionale* común de Latinoamérica.

En el caso de la *inclusión*, se persigue con esta idea llegar a un objetivo que debe perseguir el nuevo Derecho Público: "la inclusión de *todos* en los grandes sistemas sociales: en el sistema de salud, en el sistema de educación, en el sistema económico y de trabajo, en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión".[23] Con esta meta, está claro que en los regímenes políticos de Latinoamérica habría un orden más pacífico, puesto que el Estado garantizaría los derechos económicos, sociales y culturales, a través de un conjunto de políticas públicas prestacionales. Con ello, igualmente se llega a una consolidación de la democracia.

Finalmente, el *pluralismo jurídico*, enfila aquí Bogdandy una crítica desde una perspectiva del Derecho Internacional Público a la teoría *monista* y *dualista*, puesto que son doctrinas insatisfactorias. Y ello en tanto ambas concepciones, no permiten solucionar los tiempos de la hipermodernidad.[24] De allí que los conflictos entre las normas internacionales y las del derecho interno, deben ser abordadas desde otra perspectiva, prescindiendo de esta vieja dicotomía del Derecho Internacional. Y este excurso explicativo resulta válido, puesto que los escenarios de la posmodernidad presentan una serie de complejos fenómenos. Así, por ejemplo, los conflictos entre normas, allí justamente es donde se presenta el bloque de constitucionalidad vs. el bloque de convencionalidad. Temas más complicados como el control internacional al orden jurídico interno; específicamente, que un Tribunal internacional puede declarar inconvencional una norma constitucional.[25] Es

---

22 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Introducción de Enrique Tierno Galván, trad. por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, véase lib. XI, cap. VI, p. 183.

23 Bogdandy, Armin von, *op. cit.*, pp. 15-16.

24 Lipovetsky, Gilles, *Los tiempos hipermodernos*, véase en especial, conversación con Sebastien Charles, pp. 113-133.

25 Eto Cruz, Gerardo, "El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales", ponencia presentada al *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, "Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario"*, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, realizado en el Palacio de Minería, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017.

en este contexto que hoy surge la idea del *pluralismo jurídico* que puede afrontar los nuevos retos de los Estados contemporáneos. Y es que, reconociendo la existencia de un ciudadano cosmopolita[26] que se desenvuelve en un cosmopolitismo constitucional,[27] el mismo que se ubica en un mundo de una cultura-mundo o una cultura planetaria, existen una red compleja de nuevas constelaciones normativas. Es así como se entrecruzan un sistema jurídico plural interno con un sistema de órdenes internacionales supranacionales. Estos son pues los escenarios donde se ha empezado a gestar y a desarrollar un patrimonio espiritual común del derecho latinoamericano, similar a lo que, en periplo paralelo, se advierte en el derecho común europeo. Con todo, como anota acertadamente el profesor Serna de la Garza,[28] el concepto del *ius commune* latinoamericano sigue siendo aún un "proyecto de investigación" que permitirá no sólo descubrir, sino entender "un fenómeno que está ocurriendo en el ámbito interamericano (la construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus órganos de garantía)". Con todo, este esfuerzo se está desarrollando, pero no cabe duda que, pese a su origen europeo, ambos conceptos hoy ya no son un simple "trasplante jurídico", dado el mundo globalizado en que se vive; y bien cabe señalar y acaso reivindicar que tanto el bloque de convencionalidad como el de constitucionalidad forman parte de nuestro *ius costitutionale* común latinoamericano, aun cuando su construcción se viene progresivamente delineando.[29]

3. El Bloque de Constitucionalidad en Francia

Un primer detalle que explicaba en su momento Favoreau es que la expresión si bien acuñada y construida en Francia, experimentó una compleja evolución en 15 años; de allí que alertaba que los primeros escarceos her-

[26] Un excelente trabajo sobre el particular puede verse en Bilbeny, Norbert, *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*, Barcelona, Kairós, 2007, pp. 51 y ss, 87 y 120.

[27] Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa, 2012, pp. 397 y ss.

[28] Serna de la Garza, José María, "El concepto del *ius costitutionale commune* latinoamericano en Derechos Humanos: elementos para una agenda de investigación", en AA.VV., *Ius costitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IIJ-UNAM-Instituto Max-Planck-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, pp. 207, 216-217.

[29] Góngora Mera, Manuel Eduardo, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius costitucionale commune* latinoamericano", en AA.VV., *Ius costitutionale commune… cit.,* p. 302.

menéuticos entre los años 1974, 1982 y 1987 no eran en puridad idénticos; como también será diferente la postura que asumirá el Consejo constitucional en 1989.

Después de un desarrollo frente a un contenido un tanto vago e impreciso a fines de los 90 el Consejo constitucional tuvo muy en claro e impone al legislador el control y el respeto teniendo como parámetro lo que será el llamado bloque de constitucionalidad.

Aunque hay muchos que reconocen el origen jurisprudencial de la expresión, Favoreau aclara que "no es una noción jurisprudencial, puesto que el Consejo Constitucional no la utiliza en sus decisiones. Se refiere generalmente a los principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley".[30]

Ha sido Luis Manili el que penetrantemente reivindica a Claude Emeri quien al comentar una decisión del Consejo Constitucional adoptada en 1969, advertía que dicho fallo en torno a la constitucionalidad de un reglamento, no sólo tuvo presente el texto constitucional sino también como referencia a una ordenanza; de allí que comentara que "podemos con justo título, asombrarnos que la alta jurisdicción haya construido, de ese modo, un verdadero *bloque de constitucionalidad"*.[31] Cabe entonces señalar que la autoría de esta expresión le pertenece a Emeri el haberla acuñado y no a Favoreau, si bien este autor fue el que se encargó de conceptualizarla y divulgarla en el mundo académico.

En efecto, el iter de su conceptualización y la forma cómo se fue gestando, en los hechos fue de fuentes doctrinales, en los que el propio Favoreau contribuyó en su gestación primigenia al explicar la decisión del 16 de julio de 1971 relacionado a la libertad de asociación. Para ello utiliza la expresión "*principio de constitucionalidad*" que ya lo había delineado Charles Eisman en 1928, pero hasta allí ni por asomo aparecía la expresión del bloque. Sin embargo desde los predios del derecho administrativo, Maurice Hauriou aludía la expresión "*bloque legal*".

A partir de esta alocución de "bloque de legalidad" nace, se traspola y se desarrolla el "bloque de constitucionalidad".[32]

---

30 Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la Constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 19

31 Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 284-285.

32 Favoreu, Louis, *op. cit.,* pp. 20, 57 y ss.

En la génesis y evolución de este concepto, Favoreau pasa revista a una serie de decisiones del Consejo Constitucional en donde empieza utilizando la noción de "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", esto ocurre en diversas decisiones, tales las consignó en su célebre obra elaborada al alimón con Loïc Philip.[33]

Pero este tipo de fallos eran "principios para hacer de todo" como irónicamente criticaba Favoreau[34] al extremo que a raíz de otras decisiones, una profesora Danièle Lochak criticaba al Consejo Constitucional que sus fallos se sustentaban sobre "principios ilocalizables, principios de geometría variable, principios de contenido elástico o de efectos aleatorios".[35]

Luis Manili igualmente en su tesis doctoral señala que estos precedentes de esos años, 1966-1969 eran muy etéreos, muy vagos, como para desprenderse de ellos la noción de "bloque" tal como lo señala la doctrina francesa hoy en día.[36]

En este ciclo evolutivo Favoreau precisa que luego de un tiempo de dudas y vacilaciones, se produce un cambio cualitativo y gracias a una renovación parcial de sus magistrados y en la que asume el cargo el profesor George Vedel se inicia un nuevo desarrollo. En este contexto es que en 1989 se precisa ya que "el bloque de constitucionalidad *strictu sensu* se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia constitución, la declaración, el preámbulo y las "leyes de la República" en la medida en que sean portadores de "principios fundamentales".[37]

3.1. Normas que integran el Contenido del bloque de constitucionalidad, en el modelo francés

A partir de 1989 y luego de un debate en la que se excluyen otras normas y que sólo se centró para tener como parámetro de control a las leyes y dejando aparte el control de los reglamentos, hoy el bloque de constitucionalidad francés está conformado por cuatro normas, tales son:

---

33 Decisiones como las del 2 de diciembre de 1976 sobre derecho de defensa, 12 de enero de 1977 Decisión 76-75 DC, Rec 33 (Faville des Vehicules) o Libertre Individual 23 de Noviembre de 1977, Decisión 77-87 DC, REc p.42 sobre libertad de enseñanza y libertad de conciencia, Ver a ambos autores en: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel,* 14 Édition, Paris, Dalloz, 2007, pp. 319 y 332.

34 Favoreu, Louis, *op. cit.,* p. 22.

35 Lochak Danièle, "Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés?", en *Pouroirs,* núm. 13, abril, 1980, (Guillet 1991), pp. 41-54, específicamente la página 43.

36 Manili, Pablo Luis, *op. cit.,* pp. 285-286.

37 Favoreu, Louis, *op. cit.,* p. 24.

a) La Constitución de 1958.
b) Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
c) Preámbulo de la Constitución de 1946.
d) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

No cabe duda que la Constitución de 1958 es la de mayor soporte y es la que representa la mayor articulación transversal del control de las leyes y es la que más se invoca dentro de todo el "bloque" sobre todo de los artículos 1 al 92 que si bien son de la parte "orgánica", también hay invocación a diversos derechos y libertades (parte dogmática).

En lo que atañe a la histórica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 también ha sido invocada; así por ejemplo entra el interinazgo de 1973 a 1987 el Consejo emitió 58 fallos aplicando 80 supuestos de la Declaración. Con anterioridad sólo se había aplicado apenas 10 decisiones. Aunque hubo una discusión sobre la naturaleza jurídica de la Declaración y esto es si acaso sólo cabía aplicar aquellas de valor jurídico; el Consejo Constitucional cerró posición y mantiene la postura de aplicar todas sus 17 disposiciones si son contravenidas. No obstante el regusto histórico de este documento con el que se gesta la era republicana y el desplome del antiguo régimen (hoy pese su vejez normativa), la Declaración mantiene un renovado vigor y vigencia tan igual que su similar bloque de las otras normas, más contemporáneas en el tiempo.

En el caso de las disposiciones del preámbulo de la Constitución de 1946, se trata de una declaratoria y proclama de principios que acaso nos remontan con ese fraseo de la revolución francesa en su histórica Declaración de los Derechos del Hombre.[38]

Este preámbulo como se podrá observar tiene 18 preceptos que trasunta un *prius* de valores éticos, políticos, y es acaso un himno a la vida y a la libertad. Veamos *in extensu* esta proclama libertaria.

Preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946

1. Tras la victoria de los pueblos libres sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que cualquier ser humano, sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los

[38] Soboul, Alberto, *La Revolución Francesa*, trad. por Pilar Martínez, Barcelona, Orbis, 1981, pp. 137 y ss., más específicamente, a Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Editorial Jurídica Venezolana, 2008, pp. 175 y ss.

derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

2. Proclama, asimismo, por ser especialmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales:
3. La ley garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los del hombre.
4. Cualquier hombre perseguido a causa de su acción a favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República.
5. Cada individuo tiene el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede verse perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, opiniones o creencias.
6. Cualquier hombre puede defender sus derechos y sus intereses a través de la acción sindical y afiliarse al sindicato de su elección
7. El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan.
8. Todos los trabajadores participan, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones laborales, así como en la gestión de las empresas.
9. Cualquier bien o empresa cuya explotación posea o adquiera el carácter de un servicio público nacional o de un monopolio debe pasar a ser propiedad de la colectividad.
10. La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.
11. Garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, debido a su edad, su estado físico o mental o su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios de existencia necesarios.
12. La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante las cargas resultantes de calamidades nacionales.
13. La Nación garantiza la igualdad de acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado.
14. La República Francesa, fiel a sus tradiciones, cumple con las normas del derecho público internacional. No hará ninguna guerra con fines de conquista y nunca empleará sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo.
15. A condición de que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz.
16. Francia forma con los pueblos ultramarinos una Unión basada en la igualdad de derechos y deberes, sin distinciones de raza ni de religión.
17. La Unión francesa se compone de naciones y pueblos que ponen en común o coordinan sus recursos y sus esfuerzos para desarrollar sus respectivas civilizaciones, aumentar su bienestar y garantizar su seguridad.
18. Fiel a su misión tradicional, Francia pretende conducir a los pueblos que tiene a su cargo hasta la libertad de administrarse a sí mismos y de tratar democráticamente sus propios asuntos; rechazando todo sistema de colonización basado en la arbitrariedad, garantiza a todos la igualdad

> de acceso a las funciones públicas y el ejercicio individual o colectivo de los derechos y libertades anteriormente proclamados o confirmados.

Este Preámbulo, contiene como se podrá observar un conjunto de declaraciones de derechos económicos, sociales y culturales. En los hechos, el Consejo ha aplicado este preámbulo, y la primera vez fue a través de su decisión de 15 enero de 1975, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo,[39] donde a decir de Luis María Diez-Picazo el Consejo Constitucional hace referencia, por vez primera, al "*control de convencionalidad de las leyes*",[40] a partir de esta decisión.

Respecto a los *principios reconocidos por las leyes de la República* Luis Favoreau los califica como "elementos marginales" del bloque de constitucionalidad. Se trata, en esencia de normas de origen legal, pero que rodean un conjunto de principios fundamentales y que, por ello, se ubican en el *status juris* de normas de jerarquía constitucional. Aclara el jurista francés que este bloque ha sido muy breve o discreto su uso en el parámetro de control para declarar inconstitucional una ley. Si bien en sus inicios dichos principios eran ambiguos y demasiado laxos; hoy el Consejo ha establecido pautas mucho más precisas para establecer o aclarar la existencia de un *principio fundamental* que emane de una fuente legal ordinaria, pero que por su peso de contenido axiológico y principista va a tener una jerarquía del bloque constitucional.

Resulta interesante auscultar qué tipo de leyes ordinarias forman parte del parámetro para declarar a una ley como inconstitucional. Es decir, en el modelo francés, se da la paradoja de que una ley, que tiene igual rango que otra ley, pero si esta última se ubica en la lista de principios fundamentales reconocidos por el desarrollo legislativo ordinario, la ley que la contradiga, aunque no afecte expresamente a la Constitución, el Consejo Constitucional puede declararla inconstitucional. Entre este tipo de leyes de naturaleza principista, el Consejo ha reconocido en forma precisa las siguientes:

> …la libertad de asociación (71-44 DC de 16 de julio de 1971, Rec. 29); los derechos de defensa (76-70 DC de 2 de diciembre de 1976 (Rec. 39); la libertad individual (76-75 DC de 12 de enero de 1977, Rec. 33); la libertad de enseñanza (77-87 DC de 23 de noviembre de 1977, Rec. 42); la libertad de conciencia (77-87 DC); la independencia de la jurisdicción administrativa (80-119 DC de 22 de julio de 1980, Rec. 49); la independencia de los profesores de Universidad (83-165 DC de 20 de enero de 1984, Rec. 30); la competencia exclusiva de la

[39] Favoreu, Louis y Philip, L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, *cit.,* p. 290; Manili, Luis, *op. cit.,* p. 290.

[40] Díez-Picazo, Luis María, "Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958", en *Cuadernos de Derecho Público,* España, núm. 34-35, INAP, 2008, p. 29.

> jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (86-224 DC de 23 de enero de 1987, Rec. 8; 89-261 DC de 28 de julio de 1989, JO de 1 de agosto de 1989, pág. 9681); y, en fin, la autoridad judicial guardián de la propiedad privada (89-256 DC de 25 de julio de 1989, JO de 28 de julio de 1989, página 9501).[41]

Hoy, por cierto, el Consejo Constitucional prefiere invocar o hacer referencia, no a estas leyes principistas, sino a normas expresas que están en la Constitución o al Preámbulo o, en suma, a la Declaración.

Así, si una ley ordinaria contraviene a la libertad individual, el Consejo hoy hace referencia al art. 66 de la Constitución; si se trata de la libertad de conciencia, se toma como parámetro el art. 2 de la Constitución así como el párrafo 5 del Preámbulo de 1946 o el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre. Actualmente más funciona en la dinámica de la jurisdicción constitucional de Francia "Solo cinco principios fundamentales, reconocidos por las leyes de la República [que] son aplicables como normas constitucionales".[42]

4. El bloque de constitucionalidad en España

Si de algún común denominador existe entre la versión francesa y el modelo ibérico en torno al bloque de constitucionalidad, es que ambas constituyen el parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes; pero a ello, el modelo español extiende su baremo para las competencias que se presentan en el régimen de las comunidades autonómicas.

El primer fallo del TC español que apenas esboza la alocución del "bloque" fue en la STC 10/1982 relacionada a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 6/1981, de 19 de junio, reguladora del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española (RTVE).[43] Allí el *thema decidendum* fueron dos puntos centrales: el alcance de las competencias de Cataluña en materia de radiodifusión y televisión, y el carácter del Consejo Asesor de RTVE. Allí el TC establecía ya un criterio: "Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el "bloque de constitucionalidad" que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada, hay que permitir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas".

---

41 Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 32-33.

42 *Ibidem*, p. 33.

43 En efecto, las primeras sentencias fueron la STC del 12.11.81, 18/1982, de 4 de mayo; 25/1981, de 7 de abril y 71/1983 de 29 de julio.

Aparte de este primer caso, don Francisco Rubio explica que tal concepto no fue de uso constante y que la propia expresión no remitía a la misma realidad.

Y es que, la versión española replantea el tema fundamentalmente tratando de encontrar el sentido del rol o función que cumplen las normas que integran el "bloque de constitucionalidad". En esta línea de reflexión, el desaparecido profesor Rubio Llorente estimaba que "las normas que forman el famoso 'bloque' tienen relevancia constitucional, pero lo que determina su incorporación a él (y, por supuesto, a su relevancia) es otra característica, otra función o más exactamente el desempeño de una de las dos funciones a los que el Tribunal anuda esa pertenencia". Es decir, en algunas decisiones el bloque ha permitido delinear y delimitar competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en tanto sería una función intrínseca; en otras se ha desarrollado una función extrínseca: resolver recursos de inconstitucionalidad. Y, en este caso, ha utilizado el TC español expresiones indistintas: "bloque de la inconstitucionalidad", "bloque normativo", "parámetro de constitucionalidad".[44]

Al existir así, en la versión ibérica dos funciones distintas, insiste el profesor Rubio Llorente, nos encontramos ante una realidad abigarrada y heteróclita difícilmente reductible a categoría, pero no terminan con ello las imprecisiones y titubeos que en este punto evidencia nuestra jurisdicción constitucional".[45]

4.1. Sistema de fuentes y el bloque de constitucionalidad

A raíz del Pacto de la Moncloa, que en realidad fueron dos grandes Acuerdos entre la clase política española, se llegó al Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y el Acuerdo sobre el Programa de actuación jurídica y política. En el marco de esta *transición política*, entre los compromisos, la Constitución Española de 1978 aprobó una estructura del Estado unitario con cierta complejidad. Se trata de un Estado unitario políticamente descentralizado y que aparece compuesta por organizaciones territorialmente autónomas. Anota el profesor Fernández Segado: "Nos encontramos de esta forma ante el *Estado autonómico*, dotados de una verdadera autonomía política, esto es, por las comunidades autonónomas".[46]

[44] Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 98.

[45] *Idem*.

[46] Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 867.

A su turno, explica el citado profesor Fernández Segado, que este modelo del "Estado autonómico" si bien fue fruto del legislador constituyente, se presenta como la expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a las nacionalidades y regiones que integran la Nación Española, por lo tanto son auténticas normas fundacionales de las comunidades autónomas".[47] Y remata en otro apartado, que "la importancia de los Estatutos en la delimitación en el "bloque de constitucionalidad" es palmaria".[48]

Como se podrá apreciar, la versión española es radicalmente distinta del modelo francés.

4.2. Normas que integran el contenido del bloque de constitucionalidad español

Siguiendo aquí a Pablo Luis Manili,[49] junto con Juan-Sebastián Piniella,[50] Rubio Llorente[51] y Francisco Fernández Segado,[52] se pueden sintetizar en las siguientes normas que lo integran:

a) Las normas contenidas en la Constitución

Desde luego, es la Constitución la norma paradigmática que se ubica en el bloque, a lo que Rubio Llorente lo identifica como "norma primaria". Ahora bien, como apunta el mismo Rubio Llorente, dentro de la Constitución hay una heterogeneidad de normas que lo integran. Con todo, este autor precisa que son las recogidas en el Título VIII relativos a la organización territorial del Estado. En este Título destacan dos cláusulas: el artículo 148º en los que se establece la competencia "que pueden asumir" las comunidades autónomas.

Lo propio el artículo 149 establece las competencias "exclusivas" que tiene el Estado sobre una heterodoxa materia que aquí *in extensu* se enuncia:

47 *Ibidem,* p. 898.

48 *Ibidem,* pp. 900 y 930.

49 Manili, Pablo Luis, *op. cit.,* pp. 304 y ss.

50 Piniella, Juan-Sebástien, *Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de Competencias*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 49 y ss.

51 Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, pp. 1087 y ss.

52 Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*

Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2.ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

3.ª Relaciones internacionales.

4.ª Defensa y Fuerzas Armadas.

5.ª Administración de Justicia.

6.ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

7.ª Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

9.ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.

10.ª Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.

11.ª Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros.

12.ª Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.

13.ª Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

14.ª Hacienda general y Deuda del Estado.

15.ª Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

16.ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

17.ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

19.ª Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas.

Véase Ley 3/2001, 26 marzo, de Pesca Marítima del Estado («B.O.E.» 28 marzo).

20.ª Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.

21.ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

22.ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

23.ª Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

24.ª Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

25.ª Bases del régimen minero y energético.

26.ª Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

27.ª Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.

28.ª Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

29.ª Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

30.ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

31.ª Estadística para fines estatales.

32.ª Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.
3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas".

b) Algunas normas contenidas en los Estatutos de Autonomía

De acuerdo con Rubio Llorente, el bloque está integrado también por las normas de delimitación competencial contenidos en los Estatutos de Autonomía, a los que les identifica como "*normas constitucionales secundarias*",[53] en tanto tienen un rango superior a las leyes comunes y a las orgánicas y cuentan con una materia reservada; esto es, son indisponibles para el legislador ordinario que no puede modificarlas.[54] En el marco de este diseño las Comunidades Autónomas detentan una prolongación de un virtual poder constituyente, en tanto el legislador constituyente de la Constitución española le otorgó facultades que no pudieron culminarse en el propio texto constitucional de 1978. En este sentido, los Estatutos de Autonomía hoy forman parte del bloque de la constitucionalidad, y sirven de límite al legislador central, que no podrá sancionar leyes que contradigan a los estatutos

[53] Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 119.

[54] Manili, Pablo Luis, *op. cit.*, p. 303; Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 120-121.

de autonomía. Ahora bien, morfológicamente, los estatutos son creados por las Cortes Generales como Ley Orgánica, lo que se requiere de una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Congreso, según lo exige los artículos 81.1 y 147.3 del texto español, y dicha ley orgánica no puede estar contrario a lo que ha determinado el texto español en los artículos 148 y 149.[55]

c) Normas de rango subconstitucional

Aquí existen varias variables de normas:

i) *Normas que la Constitución expresamente autoriza a las Comunidades Autónomas a dictar*: en este caso, se refiere a algunas competencias delegadas a las Comunidades Autónomas como las establecidas en el artículo 129.29 (creación de policías por las Comunidades Autónomas); 152.1 (allí se establece las bases de la organización de los tres poderes en las Comunidades Autónomas), 157.3 (relativos a los recursos de las comunidades).

ii) *Normas cuyo dictado la Constitución permite que sean delegado por los órganos estatales a las Comunidades Autónomas*: aquí la delegación no lo fija la propia Constitución sino que ésta le autoriza al legislador nacional a delegar funciones a la Comunidad Autónoma. El precepto que así lo habilita es el artículo 150 en virtud del cual, las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal

iii) *Normas que engrosan el bloque por remisión de los Estatutos de Autonomía*: aquí las normas son más reducidas y provienen, en este caso, de los propios Estatutos, que a su vez, delegan algunas materias.

4.3. Cómo opera el bloque de constitucionalidad en la jurisdicción constitucional española

El artículo 28 de la LOTC establece que:

1. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades

[55] Manili, Pablo Luis, *op. cit.,* p. 305.

> Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.
> 2. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una comunidad autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.

En virtud a ello, se aprecia que para verificar si una ley, disposición o acto con fuerza de ley, en suma, toda norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional no solo va a contar como parámetro la sola Constitución, sino también la Ley dictada para delimitar la competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.[56]

A partir de este heterodoxo conjunto normativo, todos van a tener el rango de norma suprema y una eventual declaración de inconstitucionalidad puede ser verificada la compatibilidad con el bloque de constitucionalidad, y no tan sólo con la exclusiva norma constitucional.

Hoy la jurisprudencia constitucional ha precisado que la noción del bloque de la constitucionalidad alude a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no pueden ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición.[57]

Anota Herminio Lozada que "el presupuesto lógico de la noción de bloque de la constitucionalidad no es otro que la articulación de la estructura territorial del Estado español en la Constitución y en las normas subordinadas de delimitación competencial, o dicho de otro modo, el bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las normas integradas en el mismo, es el núcleo de la Constitución del Estado español como Estado compuesto".[58]

Como se podrá observar, el modelo español es diametralmente distinto del modelo francés, y ello en virtud a que cada sistema se ha venido configurando por sus propias particularidades históricas.

---

[56] Losada Gonzáles, Herminio, en Gonzáles Rivas, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 330 y ss.

[57] *Ibidem,* p. 331.

[58] *Idem.*

Lo de común que puede observarse en ambos modelos es que el bloque ha de significar que la jurisdicción constitucional, ya no sólo toma como parámetro para verificar la legitimidad y constitucionalidad de las leyes, el marco constitucional en términos exclusivos; sino a otro conjunto de normas que, por ficción jurídica, ostentan el grado de supremacía constitucional, aunque sus fuentes no son de origen de un poder constituyente.

5. El bloque de convencionalidad

5.1. Introducción

En la evolución del Derecho Público a nivel cosmopolita, el bloque de constitucionalidad ha permitido que se disgregue y hoy exista otra categoría análoga con contenido radicalmente diferente y que hoy se ha categorizado como *bloque de convencionalidad*. Para entender estos fenómenos, no hace más que observar que todo en las cosas evolucionan. Hoy se puede observar rutas análogas de discursos, conceptos y categorías, a saber por ejemplo:

a) Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Estos conceptos nos reenvía a otros análogos:
b) Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad.
A su turno, estos conceptos reenvían a:
c) Parámetro de constitucionalidad y parámetro de convencionalidad.
Y podemos seguir el parangón con otros conceptos:
d) Jurisdicción constitucional y jurisdicción supranacional. A su turno, estos conceptos ligan con:
e) Interpretación constitucional e interpretación convencional.
Y sigue la ruta de parangón y analogía:
f) Cosa juzgada constitucional y cosa juzgada convencional
Y se puede ir disgregando otros rubros finales de analogía, pero todos vinculados entre sí.
g) Control concentrado de constitucionalidad y control concentrado de convencionalidad.
Y ya casi en esta ruta siguen otros conceptos:
h) Control difuso de convencionalidad y control concentrado o vertical de convencionalidad.

Hemos consignado estas rutas en periplo paralelo, a fin de observar que actualmente, se viene produciendo una compleja ebullición y desarrollo de nuevos conceptos y categorías entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional.

Y, en este caso, el tema que nos interesa desarrollar es el llamado *bloque de convencionalidad*.

5.2. Una cuestión preliminar: el origen del control de convencionalidad

La expresión ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo los marcos de lo que se le identifica como *control de convencionalidad* y que históricamente fueron esbozados por el magistrado de entonces, don Sergio García Ramírez, en sus votos razonados.[59]

El bloque de convencionalidad surge *a posteriori* de la expresión *control de convencionalidad*, aun cuando ambos términos están subyacentes e indesligables. En efecto, el *control de convencionalidad* surge por vez primera en la Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Hoy se reconoce que, este fallo, estaría precedido por los votos razonados del juez Sergio García Ramírez en los casos Myrna Mack y Tibi; allí este magistrado ya había diseñado la concepción de lo que era el *control de convencionalidad*. Pero este concepto fue ya institucionalizado con todos los principales elementos. En el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en el fundamento 124, la Corte IDH explicitó:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En el marco de la evolución de este concepto, la Corte IDH ha ido delineando el alcance de esta categoría y hoy, ellos mismos divulgan que el *control de convencionalidad* debe tener determinados elementos o características que son:

a) "[Consiste en] verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

[59] Véase entre sus principales obras del profesor García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003; y *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014.

b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y
e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública".[60]

5.3. A qué denominamos bloque de convencionalidad

Así como los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales tienen como parámetro para ejercer el control constitucional su "bloque de constitucionalidad" —recuérdese que el lema "parámetro" alude a un término de referencia, de confrontación, utilizado por los Tribunales Constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio,[61] estos mismos órganos de jurisdicción constitucional también hoy cuentan con otro parámetro a fin de enjuiciar y valorar si las normas sometidas a su control, cumplen y respetan ese *corpus iuris* que hoy integra el derecho internacional de los derechos humanos. Pero no sólo se trata de todos los tratados sino también de los fallos que emiten los tribunales como son los de la Corte IDH, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el bloque está compuesto por normas expresadas en los tratados, pactos o convenios, así como los fallos o sentencias que emiten estos órganos de jurisdicción supranacional.

Por tanto, el bloque de convencionalidad está expresado por ese *corpus iuris* que identifica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5.4. Contenido del bloque de convencionalidad

Estimamos que habría dos expresiones en las que se manifiesta el bloque de convencionalidad, una que es de naturaleza internacional, y así hablamos

60 Corte IDH. *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7, p. 6.

61 Pavani, G., "Parámetro de constitucionalidad", trad. por G. A. Figueroa, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 299.

de un *bloque convencional internacional*; y el otro, alusivo a ese *corpus iuris* de los tratados, pactos o convenios de la región, y que calificamos aquí como *bloque de convencionalidad regional*.

a) Bloque de convencionalidad internacional

Está conformado por los tratados internacionales de derechos humanos.[62] Se trata del sistema universal y que históricamente arranca desde que la Sociedad de Naciones se transforma en la ONU. Como se recuerda, la Carta de la ONU (1948) originalmente fue suscrita por 51 países, hoy lo integra 192 Estados miembros. En este bloque bien puede identificarse las normas primarias y sustantivas como son:

i. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
ii. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
iii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
iv. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
v. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
vi. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
vii. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte
viii. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
ix. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
x. Convención sobre los Derechos del Niño
xi. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
xii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados
xiii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones
xiv. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

[62] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Óscar L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4 vols., Buenos Aires, Ediar, 2007.

xv. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
xvi. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
xvii. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
xviii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
xix. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

En rigor, el *bloque de convencionalidad internacional* en su conjunto también se le identifica como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

No está de más señalar que en el marco del Derecho Internacional Público, se ha creado Comités a fin de verificar y supervisar el cumplimiento de los Estados partes de lo que proclaman estos *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esta política internacional, la ONU ha establecido la necesidad de que se cuente con organismos jurisdiccionales internacionales que interpreten y apliquen dichas normas y así tenemos a:

> "La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales *ad hoc*: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un avance al constituir un sistema permanente penal internacional".[63]

b) Bloque de convencionalidad regional

En este caso, se trata de todos los tratados en materia de derechos humanos de la región, y que en líneas generales se presenta como la norma básica o primaria, a saber, entre los principales instrumentos:

- Convención Americana de Derechos Humanos (1969).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de Pena de Muerte (1990).

[63] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y convencional*, México, Marcial Pons-UNAM, 2013, p. 690, cita a pie de página 19.

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994).
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).
- Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013).
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013).

Aparte de este bloque compuesto por los diversos tratados en los eventos de derechos humanos con que cuenta nuestra región latinoamericana, el bloque está conformado también por la interpretación que la alta Corte IDH ha realizado de la Convención Americana. Quiere esto decir, que el bloque de convencionalidad no sólo lo es de su norma primaria, esto es la Convención Americana, sino que este propio Pacto permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77" (artículo 31). A partir de esta cláusula el Pacto ha extendido un archipiélago de "protocolos adicionales" y, por tanto, estos otros instrumentos, al ser interpretados por la Corte IDH se "ubican" en el marco del bloque.

Tenemos entonces el bloque regional de convencionalidad conformado por:

> La Convención Americana de Derechos Humanos + sus "protocolos adicionales" + las diversas Convenciones Interamericana + los fallos (Cosa Juzgada Convencional) de la Corte IDH.

Los jueces de América Latina bajo este escenario hoy no sólo deben ser conscientes, como ha señalado la Corte IDH que sus fallos deben estar sujetos al imperio de la ley:

> Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la

administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[64]

6. Algunos cabos sueltos que presentan los bloques de constitucionalidad y convencionalidad

Ubicados ya en los Estados contemporáneos, hoy la jurisdicción constitucional de cada país se ve enfrentada, no sólo en aplicar sus normas internas, en especial la Constitución; sino que heterónomamente o externamente, recepcionan una fuente internacional bajo la metodología dualista del sistema de fuentes de los tratados. En tal situación hoy deben aplicarse dichos tratados, tanto como las sentencias interpretativas convencionales que desarrolla el Tribunal Interamericano. Con todo, en este proceso de evolución y desarrollo se presentan algunos cabos que deben irse decantando.

6.1. ¿Es necesario "constitucionalizar" el bloque de constitucionalidad?

Uno de los problemas que afronta este tema es ver si en los Estados contemporáneos se ha reconocido expresamente el bloque de constitucionalidad en sus textos constitucionales.

Por principio, si bien el aliento y ejemplo viene de Francia, y por otro lado de España, estos modelos están marcados por su propia evolución histórica que presentan sus sistemas político-constitucionales; razón por lo que les funciona en su dinámica jurisdiccional en términos positivos.

En el caso latinoamericano no se trata de mimetizar instituciones foráneas a fin de ver si se logra "adaptar"; muy por el contrario, se trata, más bien, de una recepción de conceptos, instituciones y principios que también son comunes para América Latina y que se ubican dentro del actual horizonte de la posmodernidad, tanto como de un derecho cosmopolita, globalizado y transnacional.

[64] Véase caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, F. J. 225. En el mismo sentido: caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

Hoy una forma de enfrentar el control a los excesos del legislador y de la prepotencia del poder, es no solo tener presente el parámetro de la constitución, sino también de otras normas que hoy amplían su espectro normativo. Y es aquí donde en América Latina se ha recepcionado esta institución que cabe identificarla dentro del Derecho Constitucional Común para Latinoamérica.

Aclarado esto viene ahora a colación la pregunta arriba planteada: ¿Es necesario que los textos constitucionales regulen expresamente el bloque de constitucionalidad a fin de que su guardián, defensor o su intérprete lleguen a aplicar, aparte del parámetro normativo de su Constitución, otras normas, aunque ellas no sean fruto del escenario de un Poder Constituyente?

Por principio, estimamos que los actuales Estados de Latinoamérica no necesitan tenerlo expresamente regulado, pues su control de constitucionalidad siempre será el propio texto constitucional el que funcione como control o parámetro para evaluar a la fuente de fuentes de la producción jurídica. A ello se suma un hecho incontrovertible: ningún país fuera del régimen francés, tiene el modelo de un "bloque" de normas que tengan el mismo rango y jerarquía de la Constitución, salvo el caso de las normas interpuestas que, al fin y al cabo son parte del modelo español respecto a las leyes orgánicas.

En consecuencia y aclarando el modelo de no exportación del francés, no hace falta que los textos constitucionales regulen la presencia de un bloque de constitucionalidad, dado que a nivel de diversos fallos jurisprudenciales ha sido reconocido por los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales, sin necesidad de que esté expresamente constitucionalizado. No obstante, existen algunas constituciones que en los últimos tiempos sí han venido expresamente estableciéndolos en sus textos. Estos países son: Argentina y Bolivia. A nivel jurisprudencial ha sido reconocido expresamente por sus más altos órganos de jurisdicción constitucional en Panamá, Colombia, República Dominicana y Perú, entre otros.

6.2. ¿Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos integran el "bloque de constitucionalidad"?

Una interrogante que merece ser despejada es si entre el conjunto de normas que deben integrar el bloque de constitucionalidad, deberían estar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En buena cuenta, se trata de ver si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene ese rango de jerarquía constitucional, y, por lo tanto, integre el bloque de constitucionalidad.

No está demás observar que en los Estados Constitucionales, su sistema de fuentes ha sido externa y heterónomamente penetrada en su orden interno por sendos documentos bien sea de tratados regionales en materia de Derechos Humanos, como de los tratados universales, que dimanan de la ONU. No obstante esta positiva recepción que afirma un mayor garantismo de protección internacional a nivel nacional, la pregunta es si estos tratados están, o deben estar en el "*bloque de constitucionalidad*", o acaso están en otro ámbito, en otra esfera, en otro sector pese a que participan recíprocamente en afirmar la tutela y garantía de los derechos fundamentales, cuyo dimensión internacional son los Derechos Humanos.

Veamos, por lo pronto, los modelos donde allí se regula, bien sea a nivel constitucional o a nivel jurisprudencial el bloque de constitucionalidad, y si en ella se encuentran "ubicados" los tratados internacionales que regulan los Derechos Humanos.

a) En el caso de Francia, como se ha podido apreciar, su bloque de constitucionalidad no comprende en su lista a los tratados. Y ello ha sido así desde que se gestó esta concepción que, a la postre, sirve para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Así lo tiene igualmente explicado Favoreau en la que enumera a las normas no incluidas, como son:
   - Los reglamentos internos del Congreso.
   - Las normas internacionales.
   - Los principios generales de Derecho.[65]

b) En el caso de España, su bloque se integra por los estatutos de las comunidades autonómicas, pero como aclara Pablo Luis Manili, "la lista de normas que lo integran no está cerrada ni tiene contornos claros, sino que las distintas normas ingresan o salen del bloque según la función que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma". De lo que sí está claro es que en este modelo Ibérico tampoco los tratados, sobre todo en materia de Derechos Humanos, integran el bloque de constitucionalidad.[66]

c) En el caso de Argentina, el tema sí está rodeado de contornos que merece una mayor atención. La Constitución Argentina establece en el art. 75 inc. 22 de la reforma de 1994 una inusitada cláusula donde comprende o enumera once tratados de Derechos Humanos. Veamos en extenso:

Art 75. Le corresponde al Congreso:

[…]

[65] Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 34-35.

[66] Manili, Pablo Luis, p. 122.

> 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Anota Pablo Luis Manili que esta enumeración se ha ampliado a trece, "en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003".[67]

Del texto se aprecia que, en el modelo argentino, se ha incorporado expresamente un conjunto de tratados en materia de Derechos Humanos y que se ubican en la jerarquía Constitucional. Pero, como muy bien aclara Manili, estos instrumentos internacionales "no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía".[68]

6.3. ¿Qué pasa si una ley ordinaria está en frontal oposición al bloque de constitucionalidad, pero dicha ley se identifica con el bloque de convencionalidad? ¿Qué situación debemos esperar del TC? ¿Debe acaso declararla inconstitucional o convalidarlo como constitucional, por vía de una interpretación constitucional convencionalizada?

En realidad, son nuevos escenarios que en un futuro más que cercano habrán de presentarse. En los hechos hay aquí un tema confrontacional: el

[67] *Ibidem,* p. 123.

[68] *Idem.*

control del Derecho Internacional Público frente al Derecho Interno de un Estado. Ha de entenderse que el rol que juega el Colegiado Intérprete debe estar bajo una juiciosa decisión que no genere más que una interpretación de concordancia práctica. Pero el tema de por sí deja muchas zonas grises que dependerán cómo afrontarlo cada modelo de jurisdicción constitucional.

Otro dilema que se puede presentar es justamente al revés o para expresar una atinada frase de Sagüés: invertir la alegoría kelseniana: Qué pasa si se está evaluando vía un proceso de control abstracto o vía de un control difuso, la constitucionalidad o inaplicabilidad de una norma ordinaria. Esta norma, sometida a un juicio de constitucionalidad, afirma una protección a un derecho fundamental en términos amplios; pero la controversia radica en que dicha norma está enfrentada o contradice el bloque de convencionalidad. Podríamos estar hablando, quizá de esos derechos morales como el derecho a la muerte, el derecho al suicidio o la eutanasia, el aborto, o la adopción entre parejas lésbicas u homosexuales, etc. Si existiera un dilema entre declarar inconvencional una ley que es excesivamente protectora de un derecho fundamental *innominado*; o preferir vía la interpretación *pro hominem* o *favor libertatis*, el reto es grande, pero la salida no es aplicar en este caso el bloque de convencionalidad, sino el bloque de constitucionalidad; siempre y cuando se aplique bajo los criterios de mayor protección, antes que una postura restrictiva.

En rigor, son retos que llevarían a depender de la postura hasta ciertamente de la concepción filosófica en torno a los propios cimientos de los fundamentos de los Derechos Humanos.

A ello se debe tomar una posición igualmente más pragmática. Lo más probable es que se afirme un *sincretismo armónico* entre la fuente interna de un Estado: su bloque de constitucionalidad y que ésta se ve inter penetrada por el bloque de convencionalidad. Al fin y al cabo, en los hechos y en la práctica, no debemos deificar las propias concepciones de los pensamientos jurídicos. Lo que interesa es que estos pensamientos, expresados en categorías e instituciones ya concretadas en sistemas, deben responder a dar solución a los problemas y no dar problemas donde hay una solución.

6.4. ¿Puede una parte del bloque de constitucionalidad ser parte igualmente del bloque de convencionalidad?

Hasta donde se ha podido seguir en este excurso, el *bloque de constitucionalidad*, por lo general está conformado en diversos Estados por sus normas internas, entre las que destaca el texto constitucional más otros "productos

normativos", valga la expresión que pueden ser, como en el caso del Perú, de Leyes Orgánicas, o de "normas interpuestas" y otros como Panamá de su propia jurisprudencia que emite la Corte Suprema, la costumbre Constitucional. Hasta aquí, habría una clara diferencia, en tanto en este producto normativo no se vea involucrado en el bloque a tratados internacionales.

El tema se complica cuando se aprecia en el texto constitucional argentino, o la postura de la Corte Constitucional de Colombia en que incluye el Derecho Internacional Humanitario, o Bolivia que expresamente habla de su "bloque de constitucionalidad" está integrado, entre otros, por los tratados o convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. Lo propio con la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana en la Resolución 1920-2003 del 13-11-03 sostiene que su sistema constitucional está integrado por dos fuentes, entre las que destaca en sede internacional a los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte IDH.

Este tipo de normas que integran el bloque de constitucionalidad son los que presentan el gran dilema de que se identifican –dicha porción del bloque, respecto a los tratados y convenciones– con el bloque de convencionalidad.

De nuestra parte sostenemos en líneas generales lo siguiente:

a) Por principio, no es lo mismo el bloque de constitucionalidad con el bloque de convencionalidad. El primero está compuesto -y debe estar compuesto- por normas internas de rango constitucional, aun cuando muchas de estas normas no sean fruto de un Poder Constituyente. Lo segundo está conformado sólo por los tratados y convenciones en materia de Derechos Humanos que son, *prima facie* de orden regional, incluyendo los Protocolos y la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte IDH.

b) El bloque de constitucionalidad se ubica dentro de los marcos de la interpretación constitucional, y sus efectos son limitados en los marcos de un orden interno; en cambio, el bloque de convencionalidad se desarrolla bajo la interpretación supra-constitucional, y sus efectos, si son emanados por un órgano jurisdiccional supranacional (Corte IDH), tiene alcances no sólo para el país emplazado y condenado sino para todos los países de la región.

c) El bloque de constitucionalidad constituye el parámetro básicamente para verificar el control constitucional de las leyes, por lo menos a nivel de la recepción latinoamericana –distinto, por cierto, o con matices, del modelo español–, en cambio en el bloque de convencionalidad, sirve para enjuiciar desde la Corte IDH la violación de los derechos humanos de las personas naturales; lo propio,

a partir de este bloque se puede enjuiciar cualquier producto jurídico del orden interno de un país, a fin de verificar y contrastar su respeto o no al bloque convencional.

d) Hoy resulta bizantino y estéril ver si en las estructuras constitucionales latinoamericanas, el bloque de convencionalidad, esto es, los tratados internacionales de derechos humanos, tienen el *status* de ubicación jerárquicas: a) supra constitucional, b) constitucional, c) supralegal, y d) legal, en relación con la Constitución y las leyes del orden interno de cada país. Hoy, más allá de su regulación y tratamiento que le dote cada Constitución, lo que impera es simplemente la concepción del Tratado de Viena: que los tratados están por encima que cualquier ordenamiento jurídico interno de cada país.

Y si en sede constitucional, no existe una precisión y tratamiento respecto a la aplicación en el ámbito interno de los instrumentos internacionales de derechos humanos, existen como anota Allan Brewer Carias, otras técnicas o regulaciones como son: a) mediante la prohibición expresa de que la interpretación de los derechos declarados en la Constitución deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en lo instrumentos internacionales; b) mediante la incorporación en los preámbulos o disposiciones transitorias –como el caso peruano- de referencia a las declaraciones universales de derechos humanos; y c) mediante la regulación del principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos.[69]

e) En el caso que exista una jurisprudencia constitucional emanada por un órgano de jurisdicción constitucional y este fallo –sea doctrina jurisprudencial o "precedente vinculante"- si bien dichas sentencias son fallos de interpretación constitucional y, por tanto, del "*bloque de constitucionalidad*", si dicha interpretación fuera contraria a la que viene sustentando la Corte IDH, lo que debe primar es la posición de la jurisprudencia o de la interpretación convencional. En otras palabras, entre una sentencia que dimana del bloque de constitucionalidad y una sentencia que proviene del bloque de convencionalidad, los jueces de cualquier país de Latinoamérica, pese a su lealtad a su orden jurídico y, por tanto, constitucional, están convencionalmente obligados a preferir y aplicar la posición de la Corte IDH. Y ello porque entre una sentencia constitucional y una convencional, lo que existe es una interpretación del citado bloque constitucional que no "compatibiliza" con

[69] Brewer-Carías, Allan R., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina" en *Revista IIDH,* vol. 46, pp. 219-271, específicamente pp. 261-262.

el bloque convencionalidad. Así ha arribado la Corte IDH que: "la obligación de revisar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso *Cabrera García*, F.J. 225)

f) La aplicación del bloque convencional ya no es solo potestad de la citada corte interamericana, sino que los jueces de cada país hoy se encuentran llamados a ejercer una judicatura convencional. Y es aquí donde se produce una retroalimentación hermenéutica que se viene generando a partir de los intermitentes fallos de la citada Corte: las constituciones latinoamericanas vienen en los últimos lustros "convencionalizándose", es decir, hoy, como recuerda Sagüés, la constitución convencionalizada "es la Constitución nacional, pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de algunas de sus cláusulas de selección de interpretaciones, o de construcciones de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el Control de Constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad".[70]

6.5. Los tratados internacionales no forman parte del bloque de constitucionalidad

En virtud a lo que se viene ya delineando se puede aseverar, pese al régimen argentino, colombiano, boliviano y dominicano, que incorporan en su "bloque de constitucionalidad", ciertos elementos internacionales de derechos humanos, en realidad cabe hacer un deslinde de que sólo deben formar parte, por lo menos en América Latina, del bloque de convencionalidad, a los tratados que regulan los derechos humanos, bien sean del ámbito internacional o del ámbito regional, más la jurisprudencia convencional emitida por la Corte IDH. El bloque de constitucionalidad no puede incorporar a los tratados y si esto está ocurriendo se está generando una equívoca percepción de los países ya citados que confunden su bloque de constitucionalidad, que debe estar conformado por las normas que ellos estimen que tienen rango constitucional. En el caso del Perú, por ejemplo, el bloque es de la Consti-

[70] Sagüéz, Néstor, "Constitución convencionalizada" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* México, IIJ-UNAM, 2014, pp. 190-192.

tución más las leyes orgánicas que en el sistema de fuentes, como veremos más adelante, se ubican en la misma jerarquía constitucional. En síntesis, bien podemos identificar al bloque de constitucionalidad, sólo a las normas del orden interno de cada país, y si algunos países, como los ya citados, han incorporado en su bloque a tratados internacionales de derechos humanos, lo que están haciendo es "convencionalizar" su Constitución y en caso de conflicto entre sus normas internas y su "bloque de constitucionalidad", lo que a la postre va a operar es el predominio y la jerarquía de las fuentes de los tratados, pero no porque sean parte del "bloque constitucional", sino que eufemísticamente con dicho nombre se trata de la aplicación de normas materialmente convencionales y no constitucionales y porque los tratados ostentan una jerarquía supraconstitucional.

7. Bibliografía

Aragon, Manuel, "Las grandes decisiones del *Conseil Constitutionnel",* en *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 10, núm. 30, sep-dic, 1990.

Bilbeny, Norbert, *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*, Barcelona, Kairós, 2007.

Bogdandy, Armin von, "*Ius Costitutionale Commune* latinoamericanum. Una aclaración conceptual", en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius costitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013.

Brewer-Carías, Allan, "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina" en *Revista IIDH,* vol. 46.

_____, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

Cassirer, Ernst, *Las ciencias de la cultura*, trad. por Roces, Wenceslao, 3ª ed., México, FCE, 2014.

Díez-Picazo, Luis María, "Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958", en *Cuadernos de Derecho Público,* España, núm. 34-35, INAP, 2008.

Eagleton, Terry, *Cultura*, trad. por Belén Urrutia, Barcelona, Taurus, 2017.

Eto Cruz, Gerardo, "El comportamiento judicial tras las decisiones del Tribunal Constitucional", en *Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional*, t. I, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2013.

_____, "El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales", ponencia presentada al *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, "Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario"*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Palacio de Minería, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017.

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la Constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y convencional*, México, Marcial Pons-UNAM, 2013.

Fukuyama, Francis, *Los orígenes del orden público. Desde la prehistoria hasta la Revolución Francesa*, trad. por Jorge Paredes, Barcelona, Deusto, 2016.

García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014.

_____, *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003.

Góngora Mera, Manuel Eduardo, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius costitucionale commune* latinoamericano", en AA.VV., *Ius costitutionale commune… cit.,* p. 302.

Grayline, A. C., *El Poder de las ideas. Claves para entender el siglo XXI,* trad. por Francisco J. Ramos, Ariel, Barcelona, 2010.

Guerrero Galván, Luis René y Pelallo Moller, Carlos María, *Cien años de la Constitución mexicana: De las garantías individuales a los derechos humanos,* México, IIJ-UNAM, 2016.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. por Héctor Fix-Fierro, Buenos Aires, Astrea, 2007.

Habermas, Jürgen, Braudillard, J., Said, E., Jemson, J., y otros, *La posmodernidad*, 7ª ed., a cargo de Hal Foster, Kairós, Barcelona, 2007.

Hessen, Johannes, *Teoría del conocimiento*, 17ª ed., Bogotá, Panamericano, 2013.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Óscar L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, 4 vols.

Lipovetsky, Gilles y Juvin, Hervé, *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*, trad., por Antonio-Prometeo Moya, Barcelona, Anagrama, 2011.

Lochak Danièle, "Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés?", en *Pouroirs,* núm. 13, abril, 1980.

Losada Gonzáles, Herminio, en Gonzáles Rivas, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010.

Lyotard, Jean-François, *La condición postmoderna*, trad. por Mariano Antolín Rato, Buenos Aires, Editions de Minuit, 1987.

Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, La Ley, 2003.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus, 2014.

Pavani, G., "Parámetro de constitucionalidad", trad. por G. A. Figueroa, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Piniella, Juan-Sebástien, *Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de Competencias*, Barcelona, Bosch, 1994.

Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales e internacionales", en Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán Bidart Campos)*, Lima, Grijley, 2012.

____, "Constitución convencionalizada" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* México, IIJ-UNAM, 2014.

Sánchez Meca, Diego, *Teoría del conocimiento*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2012.

Sánchez Ron, José Manuel, *El poder de la ciencia, historia social, política y económica de la ciencia (Siglo XIX y XX)*, Barcelona, Crítica, 2011.

Serna de la Garza, José María, "El concepto del *ius costitutionale commune* latinoamericano en Derechos Humanos: elementos para una agenda

de investigación", en AA. VV., *Ius costitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IIJ-UNAM-Instituto Max-Planck-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

Soboul, Alberto, *La Revolución Francesa*, trad. por Pilar Martínez, Barcelona, Orbis, 1981.

Taylor, Charles: *La era secular*, trad. por Ricardo García-Pérez y María Gabriela Ubaldini, Barcelona, Gedisa, 2014, t. I.

Jurisprudencias

Corte IDH. *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7, p. 6.

_____, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

_____, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

_____, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.

La justiciabilidad del "derecho a la vivienda" en el sistema interamericano de derechos humanos

(A Propósito de un caso sobre desplazamiento forzado intraurbano de defensoras de derechos humanos)*

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

Sumario: Introducción: ¿Un sistema de derechos humanos sin derecho a la vivienda? I. La competencia de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre el artículo 26 de la Convención Americana y el reconocimiento de derechos en esa norma. II. La protección del derecho a la vivienda por la vía indirecta a través de la conexidad con otros derechos. III. La posibilidad de abordar el derecho a la vivienda de manera autónoma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: A. Reconocimiento normativo. B. Concepto y relación con otros derechos. C. Obligaciones de respeto y garantía; y C. Corolario: el derecho a la vivienda contenido en el artículo 26 del Pacto de San José. IV. La vulneración del derecho a la vivienda con fundamento en el principio iura novit curia. V. El desplazamiento forzado intraurbano y su impacto en el derecho a la vivienda. VI. Conclusiones.

Introducción: ¿un sistema de derechos humanos sin *derecho a la vivienda*?

-El presente caso resulta relevante por dos aspectos de especial significación. En primer lugar, se enfatiza el género como un elemento adicional de vulnerabilidad en la labor de la defensa de los derechos humanos; es decir, los Estados deben tener en cuenta una perspectiva de género para brindar efectivamente una protección integral a las defensoras de derechos humanos dentro los países de la región. En segundo lugar, otro factor de relevancia es el "carácter intraurbano" en el cual se dio el desplazamiento

* El presente texto reproduce el Voto Concurrente que emití en el *Caso Yarce y Otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325.

** Juez y actual vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de Derecho Procesal Constitucional y de Juicio de Amparo en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

forzado interno, ya que pone de manifiesto por primera vez este fenómeno en la jurisprudencia interamericana.

2. Si bien concurro con lo decidido, emito el presente voto para fundamentar los motivos por los cuales considero que la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Tribunal Interamericano") pudo haber comprendido una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "Convención Americana" o "el Pacto de San José"); lo que hubiera permitido visualizar un tema que de alguna forma ha sido ignorado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "el Sistema Interamericano"): *el derecho a la vivienda*.

3. En el caso, dos de las víctimas —con motivo de su labor como defensoras de derechos humanos y de su desplazamiento forzado intraurbano—, tuvieron que dejar sus viviendas (junto con sus familiares), las que posteriormente fueron destruidas como producto de la violencia que en muchas ocasiones se presentaba como un medio de amedrentamiento.

4. En la Sentencia, la Corte IDH tuvo por probado que luego del abandono de las casas habitación de las señoras Rúa y Ospina, y sus familiares, las mismas progresivamente fueron desmantelas hasta quedar en ruinas y saqueadas por parte de terceros; y que después de las denuncias que se habían presentado, el Estado no había adoptado medidas necesarias para proteger los bienes de las presuntas víctimas, ni les facilitó mecanismos para la obtención de una "vivienda adecuada",[1] declarando la violación del derecho a la propiedad.[2] Un aspecto a destacar es la consideración de la afectación de sus viviendas para efectos de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH,[3] lo que permite una diferenciación entre el *derecho a la propiedad*, respecto de la afectación *del derecho a la vivienda* en el presente caso, como se expondrá más adelante.

5. A diferencia de otras ocasiones en las cuales he tenido la oportunidad de externar mi punto de vista sobre la justiciabilidad de algunos derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano y las posibles vías de interpretación de las disposiciones que conforman el *corpus*

---

1 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 107, 110 y 259.

2 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 262, 266 y punto resolutivo 10.

3 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 363 y 364.

iuris interamericano;[4] en el caso del *derecho a la vivienda* ocurre una particularidad que no se había presentado en otras decisiones sobre el debate de los derechos sociales, al representar un derecho que (aparentemente) ha sido olvidado en los propios instrumentos interamericanos, incluso en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador".

6. Es por ello que si bien coincido con el sentido de la presente Sentencia, considero necesario —dada la afectación a las viviendas en el caso *sub judice* respecto a dos víctimas y sus familiares, así como la especial consideración que la Corte IDH realiza en las reparaciones ordenadas— poner de relieve la legítima posibilidad interpretativa de derivar el *derecho a la vivienda* de las normas contenidas de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "la Carta de la OEA" o "la Carta"), pudiendo declarar la violación del artículo 26 de la Convención Americana; y no solo reconducir la violación vía conexidad con el derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 del Pacto de San José. Lo anterior adquiere una especial importancia considerando la labor de las y los defensores de derechos humanos y la pérdida de la vivienda en los contextos de desplazamiento forzado interno (incluso de carácter intraurbano), como lo evidencia el presente caso.

7. Considerando lo anterior, a continuación desarrollaré: ***i)*** la competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre el artículo 26 de la Convención Americana y el reconocimiento de derechos en esa norma (*párrs. 8-40*); ***ii)*** la protección del *derecho a la vivienda* por la vía indirecta a través de la conexidad con otros derechos (*párrs. 41-46*); ***iii)*** la posibilidad de abordar el *derecho a la vivienda* de manera autónoma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (*párrs. 47-105*): A. Reconocimiento normativo (*párrs. 49-54*); B. Concepto y relación con otros derechos (*párrs. 55-72*); C. Obligaciones de respeto y garantía (*párrs. 73-97*); D. Corolario: el *derecho a la vivienda* contenido en el artículo 26 del Pacto de San José (*párrs. 98-105*); ***iv)*** la vulneración del *derecho a la vivienda* con fundamento en el principio *iura novit curia* (párrs. *106-115*); **v)** el desplazamiento forzado intraurbano y su impacto en el *derecho a la vivienda* (*párrs. 116-142*); y ***vi)*** conclusiones (*párrs. 143-150*).

[4] Sobre la justiciabilidad del *derecho a la salud*, véanse mis votos concurrentes: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 262; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; y *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. En el mismo sentido, en relación con la justiciabilidad del *derecho al trabajo* puede verse: Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296.

I. La competencia de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre el artículo 26 de la Convención Americana y el reconocimiento de derechos en esa norma

8. El artículo 61 de la Convención Americana indica que a la Corte IDH puede serle sometido "un caso". Al respecto, el artículo 62 del tratado señala que los Estados pueden reconocer la "competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención" y que cuando se reconozca dicha competencia "[l]a Corte [la] tiene [...] para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención que le sea sometido". En el marco de su competencia, corresponde al Tribunal Interamericano, de acuerdo al artículo 63 del Pacto de San José, "decid[ir si] hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención".

9. Las normas son claras en cuanto a que la competencia de la Corte IDH respecto a un "caso" que sea sometido a su conocimiento, pues comprende todas las "disposiciones" de la Convención Americana, así como los "derecho[s] o libertad[es] protegidos" por ella, sin distinción. Por lo tanto, la Corte IDH tiene competencia respecto al artículo 26 del Pacto de San José, que se inserta en la Parte I del tratado, denominada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos", en su Capítulo III, llamado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Dicho artículo dispone:

> DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
>
> Artículo 26. Desarrollo Progresivo
>
> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Subrayado añadido).

10. El artículo 26 de la Convención Americana remite a la Carta de la OEA para lograr progresivamente la *plena efectividad de los derechos que* se *deriven de las normas* económicas, sociales, educación, ciencia y cultura, contenidos en dicha Carta.[5]

[5] Cabe mencionar que la Carta de la OEA también contiene de manera expresa el derecho a la educación y algunas facetas de los derechos laborales. Respecto de los otros derechos que no están "expresamente enunciados" en la Carta de la OEA la Corte ha expresado en

11. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos. En este tenor, en el caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú* (2009), la Corte IDH expresó que:

> 100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado "Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado "Derechos Civiles y Políticos").
>
> 101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.
>
> 102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo" y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de

---

su opinión consultiva núm. 10 sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1989, que: "*43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración*, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA". […] "*45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta*. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43 y 45. Sin embargo, cabe destacar que el *derecho a la vivienda* tampoco se encuentra plasmado de forma explícita en la Declaración Americana, si bien se puede entender contenido en el artículo XI sobre "derecho a la preservación de la salud y al bienestar" donde se menciona, entre otros, a *la vivienda*. Es por ello que resulta de vital importancia su derivación de la Carta de la OEA, como veremos más adelante.

> flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad". En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.[6] (Subrayado añadido).

12. En dicho caso, el Tribunal Interamericano partió de la base de que "es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma".[7] En el citado caso, la Corte IDH hizo referencia expresa a la "interdependencia" de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 del Pacto de San José.[8]

13. Ahora bien, junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter "indivisible" de los derechos humanos.[9] De acuerdo con la interdependencia (dependencia recíproca), el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía.[10]

14. La "interdependencia e indivisibilidad" deben tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de

---

6 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párrs. 100, 101 y 102.

7 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 17.

8 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 101.

9 Corte IDH. C*aso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261 , párr. 131.

10 Véase el párr. 24 en el Voto emitido al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

derechos humanos.[11] Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. La aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que la de los derechos civiles y políticos.[12]

15. Desde mi perspectiva, como lo he expresado anteriormente, estos alcances implican: *a)* establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; *b)* obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c*)* otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, conforme a su esencia y características propias; *d)* reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e*)* precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; *f)* permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador, y *g)* proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con el fin de darles contenido.[13]

16. Así, las obligaciones generales de "respeto" y "garantía" que prevé el artículo 1.1 convencional —conjuntamente con la obligación de "adecua-

[11] Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

[12] *Cfr.* Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y art. 6; Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastritch sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

[13] Véase mi Voto Concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 27.

ción" del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre *todos los derechos humanos* reconocidos en el Pacto de San José, lo que incluye al artículo 26 del propio tratado.

17. Evidentemente no se trata solo de indicar que la Corte IDH es competente respecto al artículo 26 referido, en tanto se trata de una de las "disposiciones" de la Convención Americana, sino también que tal competencia puede ejercerse respecto de los "derechos" incluidos en esa norma.

18. En otras oportunidades he expresado "diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, que eventualmente la Corte [...] podría realizar",[14] por lo que ahora remito a su lectura.[15] Agrego a continuación algunos fundamentos adicionales que deben considerarse.

19. Una argumentación recurrente para pretender negar competencia a la Corte IDH en relación a los "derechos" que consagra el artículo 26 parte del entendimiento de que esa norma no establece propiamente "derechos", sino solo el compromiso de "desarrollo progresivo"; es decir, un objetivo programático. Considero que esta perspectiva que se argumenta resulta limitada a la luz de la protección que debe brindar el Sistema Interamericano por lo que no comparto esta visión por diversos motivos.

20. En primer lugar, de acuerdo al texto del artículo 26, el compromiso de desarrollo progresivo se refiere a "derechos", por el señalamiento literal de la norma; es decir, no podría predicarse tal obligación sino respecto de "derechos", por lo que es imperioso colegir que la norma refiere a "derechos" y no a meros objetivos.

21. Este entendimiento es acorde a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[16] que manda a interpretar un tratado "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los

---

14 Voto Concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261), párr. 69.

15 Sobre el particular, véanse las partes conducentes en mis Votos Concurrentes a las Sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos señalados *supra*, nota al pie 4 del presente voto.

16 Adoptada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. El texto del tratado puede ser consultado en el siguiente sitio de internet: *http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf*.

términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".[17] En ese sentido, es evidente que un entendimiento de buena fe de la palabra "derechos" incluida en el citado artículo 26, que sea "conforme al sentido corriente" del término, indica que el mismo se refiere a "derechos" propiamente dichos, de igual naturaleza que el resto de los "derechos" aludidos en la Convención Americana. Lo anterior se corrobora al advertirse que precisamente el artículo 26 es el único artículo del Capítulo III denominado "Derechos económicos, sociales y culturales". Tal entendimiento es acorde al objeto y fin del tratado, que propende a la protección de los derechos de la persona humana.

22. Así, el artículo 26 no es meramente una norma programática para los Estados Parte de la Convención Americana, sino que constituye una disposición que impone a la Corte IDH derivar derechos de las normas existentes en la Carta de la OEA, por lo que, atendiendo al caso concreto, contiene derechos de naturaleza económica, social o cultural y no meros objetivos. En cuanto a cómo dilucidar cuáles son esos derechos y las vías interpretativas para ello, me remito a lo expuesto en mis votos razonados anteriores.[18]

23. En segundo lugar, y siguiendo con la argumentación precedente, no puede pasar inadvertido que el artículo 26 de la Convención Americana expresamente indica que de las normas pertinentes de la Carta de la OEA[19] se

---

17 Los artículos 31 y 32, relativos a la interpretación de los tratados, dicen: Artículo 31: "Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: *a)* todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; *b)* toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; *c)* toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes". Artículo 32: "Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: *a)* deje ambiguo u oscuro el sentido, o *b)* conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

18 Sobre el particular, véanse las partes conducentes en mis Votos Concurrentes a las Sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos señalados *supra*, nota a pie 4 del presente voto.

19 Adoptada el 30 de abril de 1948. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos

"derivan" derechos. El sentido literal es claro:[20] la norma no señala que para esclarecer cuáles son los "derechos" a los que se refiere el artículo 26 deba buscarse a aquellos derechos que estén reconocidos expresamente como tales en la Carta de la OEA; por el contrario, lo que expresa este precepto —siendo el mandato principal del artículo 26— es que hay derechos que se "derivan" de ciertas normas de la Carta: "las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura".

24. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española "derivar", en las acepciones pertinentes, es: "[d]icho de una cosa: Traer su origen de otra[; d]icho de una palabra: Proceder de cierta base léxica[, y] establecer una relación morfológica o etimológica entre dos voces".[21]

25. Por lo tanto, no debe acotarse el entendimiento de los derechos recogidos en el artículo 26 de la Convención Americana solo a aquellos que puedan encontrarse literalmente como tales —como podría entenderse el "derecho al trabajo"—[22] en el texto de la Carta de la OEA. Por el contrario, debe efectuarse una "derivación" de las normas correspondientes referidas: "proceder" a partir de "cierta base léxica" para encontrar un derecho. El texto del artículo 26, que habla de "derechos" que se "derivan" de las normas "económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta" obliga al interprete, quien no puede desconocer el texto señalado y sostener de modo válido que las normas correspondientes de la Carta de la OEA no ofrecen una base suficiente para "derivar" derechos, pues ello está mandado por el texto convencional. Ello no obsta a la procedencia de métodos de interpretación que lleven a tener en consideración otras normas; inclusive el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

"Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General; y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

20 Teniendo en cuenta el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (transcrito *supra*, en la nota a pie de página 17 del presente voto), es válido acudir al sentido corriente de las palabras que, además, en este caso, son acordes al entendimiento que mejor propende al objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos humanos.

21 Consultado en el sitio de internet *http://dle.rae.es*.

22 La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 45.b) establece que "[e]l trabajo es un derecho y un deber social […]".

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador";[23] sobre el particular ya me he referido en otras ocasiones.[24]

26. Lo expuesto hace evidente que se requiere un ejercicio interpretativo evolutivo y dinámico por parte del Tribunal Interamericano y que si bien, ciertamente, existen dificultades interpretativas por el modo en que la Convención Americana ha establecido los derechos económicos, sociales y culturales plasmados en ella, no constituye una dificultad para que la labor hermenéutica e interpretativa sea realizada. Precisamente, es la función propia de la Corte IDH llevar a cabo la interpretación de la Convención Americana, sin que pueda excusarse en la obscuridad, vaguedad o ambigüedad de los términos del tratado y teniendo en consideración el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 del propio Pacto de San José.

27. En tercer lugar, otra objeción que puede presentarse, en general, respecto a la posibilidad de que la Corte IDH examine vulneraciones a derechos sociales a través del análisis del artículo 26 se vincula con el Protocolo de San Salvador. Sobre el particular, remito a lo dicho sobre la "aparente tensión entre el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador", en los párrafos 36 a 56 de mi voto razonado sobre el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*,[25] en los que justifiqué por qué, a mi entender, el Protocolo de San Salvador no es un obstáculo para que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre presuntas violaciones a derechos contemplados en el artículo 26 de la Convención Americana.

28. A ello agrego que, en todo caso, la cuestión no obstaría a la justiciabilidad del *derecho a la vivienda* a partir del artículo 26 referido. El *derecho a la vivienda* no se encuentra en el Protocolo de San Salvador. Por ello, en nada afectaría entender que los derechos que detalló el Protocolo de San Salvador no se encuentran en la Convención Americana y que, además, sólo son justiciables los derechos de asociación sindical (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13), por mandato de su artículo 19.6.[26] En efecto, lo

[23] Adoptado el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

[24] Véanse las partes conducentes en mis Votos Concurrentes a las Sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos señalados *supra*, nota a pie 4 del presente voto.

[25] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

[26] Dicha norma indica que "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 versa sobre «[e]l derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. […]» y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de

anterior no tendría incidencia pues, aún en ese entendimiento —que no comparto—, el Protocolo de San Salvador no sería una base que permita concluir que el derecho a la vivienda no se encuentra en la Convención Americana, o que la Corte IDH no es competente respecto del mismo.

29. De esta manera, reitero que el Protocolo de San Salvador no puede ser un obstáculo a la justiciabilidad de cualquier derecho que pueda derivarse de las normas contenidas en la Carta de la OEA en los términos en que lo enuncia el contenido del artículo 26 del Pacto de San José. En efecto, del texto del Protocolo de San Salvador no se advierte que el mismo tenga por objeto modificar parte alguna de la Convención Americana. Siendo así, sería un contrasentido considerar que si en ausencia del Protocolo de San Salvador podía interpretarse que la Corte IDH tenía competencia para determinar violaciones a derechos sociales a partir del artículo 26 de la Convención Americana, ahora, a partir de la adopción del Protocolo de San Salvador no la tenga. Lo anterior iría en contra del objeto del propio Protocolo de San Salvador, que en su Preámbulo expresa que "resulta de gran importancia que [los derechos económicos, sociales y culturales] sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos". No podría entenderse, entonces, que el Protocolo de San Salvador tuvo por fin mermar la protección que existía antes de su entrada en vigor.[27]

30. Por último, antes de efectuar consideraciones adicionales sobre el derecho a la vivienda, las obligaciones atinentes al mismo y su vulneración en el caso en los siguientes epígrafes, considero relevante agregar algunas

---

Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

[27] Por otra parte, de forma adicional, debe advertirse, como ya lo hicimos el Juez Roberto F. Caldas y quien escribe, que siendo que el Protocolo de San Salvador no modifica expresamente norma alguna de la Convención Americana, no sería admisible una interpretación del Pacto de San José válida para los Estados Partes que no hayan firmado o ratificado el Protocolo de San Salvador y otra distinta para aquellos que sí lo hayan hecho. *Cfr.* Voto Concurrente conjunto sobre la Sentencia respecto al caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296, párr. 19. Tampoco sería admisible entender que el Protocolo incide en la interpretación que se haga de la Convención Americana (de su artículo 26, de los derechos receptados en la norma, de las posibilidades de la Corte IDH para pronunciarse al respecto) y que, por ende, aquellos Estados Partes en ese tratado que no lo son del Protocolo de San Salvador vean modificado el régimen al que aceptaron someterse a partir de una norma (el Protocolo de San Salvador) que no los vincula. Aclaro que se trata de razones subsidiarias, para mostrar el resultado irrazonable a que conduciría entender que el Protocolo de San Salvador ha implicado una modificación de los derechos reconocidos en la Convención Americana o del régimen sobre competencia establecido en ella. Por supuesto, sería deseable que todos los Estados Partes en el Pacto de San José lo fueran también del Protocolo de San Salvador. Si esto ocurriera, entiendo que igualmente serían justiciables derechos sociales ante la Corte IDH a partir del artículo 26 de la Convención Americana.

consideraciones finales en este apartado, relativas a la legitimidad de la actuación del Tribunal Interamericano.

31. Aún partiendo de la hipótesis de aceptar que no fue la voluntad de los Estados asignar a la Corte IDH competencia en relación con derechos sociales, no considero que la posible justiciabilidad de los mismos sea susceptible, *per se,* de menoscabar la legitimidad del Tribunal Interamericano. En primer término, cabe advertir que la Corte IDH ha hecho un entendimiento amplio de varios derechos. Aún cuando ello se ha hecho por vía de la interpretación de derechos civiles y políticos, no podría aseverarse con certeza, como algo evidente *a priori,* que tales interpretaciones hayan sido, en todos los casos, acordes al entendimiento que en 1969 tuvieron los Estados sobre los derechos que decidieron plasmar en el Pacto de San José. Así, solo por mencionar un ejemplo, cabe preguntarse si los Estados tuvieron la intención de entender el derecho a la propiedad privada, plasmado en el artículo 21 del Pacto de San José, como comprensivo de la propiedad de los pueblos indígenas o tribales sobre sus tierras o territorios, con todas las consecuencias que ello acarrea. No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que el derecho a la propiedad privada abarca la protección de la propiedad colectiva indígena y tribal.[28]

32. A mi entender la legitimidad del Tribunal Interamericano se vincula, al menos en mayor medida que respecto a la observancia de la presunta "voluntad" de los Estados, a la capacidad de la Corte IDH para adaptar su actuación a las problemáticas actuales sobre derechos humanos, y a los avances que se van desarrollando sobre el entendimiento de los mismos; siempre, por su puesto, con apego estricto al marco de su competencia y funciones.

33. En relación con lo anterior, con claridad se advierte la tendencia y avances en el ámbito internacional en cuanto a la precisión y justiciabili-

[28] Véanse al respecto: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305; y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.

dad de los derechos sociales.[29] En ese sentido, me permito mencionar, por una parte, que se encuentra constituido, desde 2010, el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador.[30] La actividad y los documentos emitidos en el marco de la labor de este órgano pueden coadyuvar a la mayor precisión e información sobre los derechos sociales.[31] Por otro lado, también ha entrado en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[32] que permite al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante "Comité DESC") recibir comunicaciones individuales. El Comité DESC ya ha ejercido esta función, pronunciándose en diversas ocasiones; entre ellas, ha determinado violaciones al *derecho a la vivienda*.[33]

34. Por otra parte, en el ámbito de nuestra región, se ha adoptado, el 11 de septiembre de 2001, la "Carta Democrática Interamericana", que en su artículo 4 afirma como uno de los "componentes fundamentales del ejercicio de la democracia [...] el respeto por los derechos sociales"; luego, en su artículo 7, establece que "[l]a democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las

29 Esta aseveración no debe entenderse como que implica negar que en los ámbitos nacionales haya habido igualmente avances.

30 El mismo se ha conformado a partir de lo decidido por la Asamblea General de la OEA su Resolución AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07). Información al respecto puede encontarse en el siguiente sitio de internet: *http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/grupo-trabajo.asp*

31 Esto, a su vez, podría, eventualmente y de acuerdo a las circunstancias del caso, ser de utilidad para el Tribunal Interamericano, como también lo ha sido información generada por otros órganos. Así, por ejemplo, en el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* se tuvo en consideración documentación emitida por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 71.

32 Adoptado el 10 de diciembre de 2008. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

33 *Cfr.* Dictamen de 7 de junio de 2015, repecto de la Comunicación núm. 2/2014, caso *I.D.G.* respecto de España. En los párrafos 15 y 16 de ese dictamen el Comité DESC "actuando en virtud del artículo 9, párrafo 1 del Protocolo Facultativo, dictamin[ó] que al incumplir su obligación de proveer a la autora con un recurso efectivo, el Estado parte violó sus derechos en virtud del artículo 11, párrafo 1 del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto. A la luz del dictamen en la presente comunicación, el Comité formul[ó, *inter alia,*] la [...] siguientes recomendaci[ón] al Estado parte[:...] proporcionar a la autora una reparación efectiva, en particular[,] asegurar que la subasta de la vivienda de la autora no se ejecute sin que ella cuente con la debida protección procesal y un proceso con las debidas garantías, conforme a las disposiciones del Pacto y tomando en cuenta las Observaciones Generales del Comité núm. 4 y 7".

respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos"; y en su artículo 13 afirma que "[l]a promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio".

35. Acorde a tales conceptos, también se adoptó el 20 de septiembre de 2012, la "Carta Social de las Américas", que entre sus disposiciones, indica que: "[l]os Estados Miembros harán esfuerzos en el plano nacional e internacional, según sea apropiado, basados en el respeto por los derechos humanos y el Estado de derecho, dentro del marco de las instituciones democráticas, para eliminar los obstáculos al desarrollo con miras a lograr la plena vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".[34]

36. Asimismo, la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 y pendiente de entrar en vigor,[35] dispone la posibilidad de que opere el sistema de peticiones individuales en relación con los derechos previstos en dicha Convención, los cuales incluyen, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 17), derecho al trabajo (artículo 18), derecho a la salud (artículo 19), y derecho a la vivienda (artículo 24).[36] Como puede

---

[34] Art. 7 de la *Carta Social de las Américas,* aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio del 2012, OEA/Ser.P/AG/doc5242/12rev.2, Cochabamba, Bolivia.

[35] Adoptada el 15 de junio de 2015, en Washington, D.C., en el Cuadragésimo Quinto Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. De conformidad con el art. 37, dicha Convención entrará en vigor en el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA. Al momento de redactar el presente voto, Costa Rica realizó el depósito respectivo el 12 de diciembre de 2016, siendo que Uruguay ya lo había realizado el 18 de noviembre del mismo año.

[36] El artículo 36 establece: "Sistema de peticiones individuales. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte. / Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención. / Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre

observarse, este paso adoptado por varios Estados Parte en la OEA evidencia una tendencia cada vez mayoritaria hacia la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

37. Lo expuesto denota cómo los Estados americanos han reafirmado la convicción sobre la igual jerarquía, importancia e interdependencia de los distintos derechos, así como la necesidad de que, en el marco del Estado de Derecho, todos ellos sean protegidos y desarrollados, siendo ello algo central para la consolidación de la democracia sustantiva.

38. Todo lo anterior permite advertir que en el ámbito de la comunidad internacional se ha estado avanzando en la protección de los derechos sociales, así como en la consideración de su relevancia en términos iguales a la que asiste a los derechos civiles y políticos. Por ello la Corte IDH, al ejercer su competencia en relación con los derechos sociales, no puede realizar una acción exploratoria o aislada, que pudiera entenderse, en general, como descontextualizada de los avances y consensos actuales nacionales e internacionales.

39. Entiendo, en definitiva, que la mayor precisión de la Corte IDH en cuanto a la determinación de obligaciones y deberes respecto de derechos sociales redundaría en un mejor servicio de justicia, especialmente de justicia social, más adaptado a las problemáticas y avances jurídicos presentes en la región; especialmente considerando las particularidades de la región latinoamericana que se caracteriza por la desigualdad socioeconómica, con índices de pobreza preocupantes.[37]

40. De lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que la Corte IDH tiene plena legitimidad para pronunciarse sobre los derechos sociales, a través de una interpretación convencional posible y válida del artículo 26 de la Convención Americana, de acuerdo con los tiempos actuales y estado evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos; como de hecho ya lo realizó la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía* (2009), al reconocer expresamente que "es competente para decidir si el Estado ha incurrido en

Derechos Humanos. / […] Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

37 Véanse las consideraciones que emití sobre la "pobreza" en el Voto Concurrente de la Sentencia del caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.

una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma".[38]

II. La protección del *derecho a la vivienda* por la vía indirecta a través de la conexidad con otros derechos

41. En el estado actual de la jurisprudencia interamericana, el *derecho a la vivienda* se ha venido protegiendo de manera indirecta por conexidad, esencialmente, mediante los derechos a la vida (artículos 4) y propiedad privada (artículo 21) en escenarios como las condiciones de vida digna de las comunidades indígenas, el desplazamiento forzado, las masacres, la irrupción sin orden judicial y la destrucción de la propiedad.

42. En cuanto a las condiciones de vida digna, en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, ambos contra el Estado paraguayo, la Corte IDH se ha pronunciado en los casos de pueblos indígenas, considerando que la falta de acceso a los territorios ancestrales, y al estar en asentamientos temporales, los miembros de las comunidades se habían visto imposibilitados de acceder a una *vivienda adecuada* dotada de los servicios básicos mínimos, así como al agua limpia y a los servicios sanitarios.[39]

43. En los casos de la *Familia Barrios* y *Uzcátegui y otros*, ambos contra el Estado venezolano,[40] así como en el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú,*[41] la Corte IDH declaró violado el derecho de propiedad por la destrucción parcial o total de *las viviendas*. Adicionalmente, en el *caso Uzcátegui*, el Tribunal Interamericano consideró que por las circunstancias en las que tuvo lugar la violación del artículo 21, muy especialmente por la condición socioeconómica y vulnerabilidad de la familia Uzcátegui, los daños ocasionados a la propiedad con motivo del allanamiento habían tenido un efecto y magnitud mayor que los que hubiesen tenido para grupos familiares

---

38 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 17. Si bien en el presente caso la Corte IDH estimó que no existía violación al artículo 26, dejó abierta su competencia para ello.

39 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 164 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 168.

40 *Cfr.* Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 237, párrs. 148 a 150 y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249, párr. 203.

41 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299, párr. 204.

en otras condiciones; por lo anterior, el Tribunal Interamericano refirió que los Estados debían tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.[42]

44. En el contexto del desplazamiento forzado y del conflicto armado interno, en el caso de las *Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador,* la Corte IDH constató que efectivos militares habían *quemado las viviendas*, razón por la cual la Corte IDH concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de las víctimas ejecutadas de las masacres.[43]

45. Por otro lado, en los casos de las *Masacres de Ituango* y *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, ambos contra el Estado colombiano, el Tribunal Interamericano consideró que la *quema de las viviendas* constituyó una grave vulneración de un bien indispensable para la población. Por tales motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no solo de bienes materiales, sino de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. *La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hacía que la violación al derecho a la propiedad en estos casos fuera de especial gravedad*.[44]

46. Esta protección por conexidad, sin embargo, no abona al entendimiento pleno de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos, sean civiles y políticos, económicos, sociales y ambientales, sin jerarquía entre ellos, provocando en muchas ocasiones desnaturalización de los derechos y confusiones conceptuales importantes. Como veremos más adelante, una interpretación evolutiva del artículo 26 del Pacto de San José en el presente caso, hubiese sido de especial significación para ahondar en el *derecho a la vivienda*, lo cual estimo legítimo y necesario, de acuerdo a los tiempos actuales, como pasamos a continuación a analizar.

---

42 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249, párr. 205.

43 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párr. 202.

44 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148, párrs. 182 y 183 y *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270, párr. 352.

III. La posibilidad de abordar el *derecho a la vivienda* de manera autónoma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

47. De los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que se han consagrado en los instrumentos internacionales, resulta de especial interés lo relativo al *derecho a la vivienda*, al constituir un derecho que ha pasado desapercibido —con diferentes intensidades— en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluso en el Sistema Interamericano.

48. Me referiré a continuación a diversas dimensiones que nos llevan a sostener la necesidad de avanzar en el Sistema Interamericano hacia el pleno reconocimiento y protección autónoma del *derecho a la vivienda*. Para ello nos referiremos a los siguientes rubros: ***A.*** Reconocimiento Normativo; ***B.*** Concepto y relación con otros derechos; ***C.*** Obligaciones de respeto y garantía; y ***D.*** Corolario: el *derecho a la vivienda* contenido en el artículo 26 del Pacto de San José.

A. Reconocimiento normativo

49. A continuación se hace referencia a distintas normas del ámbito universal y americano que contienen disposiciones vinculadas al derecho a la vivienda. Se hace a fin de brindar un panorama general sobre normativa internacional pertinente para países de América, y no asumiendo que todas ellas resultan relevantes en relación con el caso *Yarce y otras vs. Colombia*, a cuya Sentencia concurre este voto.

50. En el ámbito universal cabe destacar, principalmente, la recepción del derecho a la vivienda en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[45] y en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[46] Además diversas normas interna-

[45] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 . El texto citado dice: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

[46] Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. La norma referida reza: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

cionales han hecho mención a la vivienda en términos de "derecho", entre las que puede nombrarse el artículo 5.e.iiii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;[47] el artículo 14.2.h. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;[48] el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño,[49] y los artículos 9.1.a,[50] 28.1[51] y 28.2.d[52] de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.[53]

---

47 Adoptada el 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969. El artículo señalado dice: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: … (e) … (iii) El derecho a la vivienda".

48 Aprobada en 1979. Entró en vigor en 1981. La norma indicada dice: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (…) (h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones."

49 Adoptada el 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El texto aludido expresa: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. […] 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

50 "A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, (…). Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo".

51 "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad."

52 "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: (…) d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública".

53 Abierta a la firma el 30 de marzo de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

51. También se refieren a vivienda la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[54] y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.[55] Asimismo, disposiciones vinculadas a la vivienda se encuentran en instrumentos sobre derechos de los pueblos indígenas u originarios, en que la materia se halla estrechamente vinculada a la tierra o territorio;[56] en convenios de otra índole adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo,[57]

[54] Adoptada el 28 de julio de 1951. Entró en vigor el 22 de abril de 1954. El artículo 21 dice: "En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros"

[55] Adoptada el 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003. Artículo 43.1: "Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: […] (d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres".

[56] Por ello, no solo debe tenerse en cuenta la expresa mención a la vivienda en normas como el artículo 20 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (adoptado el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de septiembre de 1991), o los artículos 21.1 o 23 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Aprobada en 2007) sino también los artículos 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio aludido y los artículos 10, 26, 27, 28 y 32 de la Declaración indicada. En cuanto a los referidos artículos 20 de dicho Convenio y 21.1 y 23 de esa Declaración, sus textos dicen: artículo 20: "1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general. 2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a: a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso; b) remuneración igual por trabajo de igual valor; c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda […]"; artículo 21.1.: "Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social", y artículo 23: "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones).

[57] Entre ellos, pueden citarse los siguientes: Convenio No. 161 Relativo a los Servicios de Salud en el Trabajo (adoptado el 25 de junio de 1985, entró en vigor el 17 de febrero de 1988): artículo 5: "Sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores a quienes emplea y habida cuenta de la necesidad

así como en normas del derecho internacional humanitario.[58]

52. En el ámbito americano, son relevantes el artículo 26 de la Convención Americana y el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos

de que los trabajadores participen en materia de salud y seguridad en el trabajo, los servicios de salud en el trabajo deberán asegurar las funciones siguientes que sean adecuadas y apropiadas a los riesgos de la empresa para la salud en el trabajo: (…) (b) vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador"; Convenio No. 117 sobre Normas y Objetivos Básicos de la Política Social (adoptado el 22 de junio de 1962, entró en vigor el 23 de abril de 1964): Artículo 2: "El mejoramiento del nivel de vida deberá ser considerado como el objetivo principal de los planes de desarrollo económico", Artículo 5.2: "Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación", y Convenio No. 110 Relativo a las Condiciones de Empleo de los Trabajadores de las Plantaciones (adoptado el 24 de junio 1958, entró en vigor el 22 de enero de 1960): artículo 88.1: "Cuando el alojamiento sea proporcionado por el empleador, las condiciones que hayan de regir el inquilinato de los trabajadores de las plantaciones no serán menos favorables que las previstas en la legislación y la práctica nacionales".

58 Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, entró en vigor el 21 de octubre de 1950): artículo 49: "Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. […]" Artículo 53: "Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas". Artículo 85: "La Potencia detenedora tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias y posibles para que las personas protegidas sean alojadas, desde el comienzo del internamiento, en edificios o acantonamientos con todas las garantías de higiene y de salubridad y que protejan eficazmente contra los rigores del clima y los efectos de la guerra. En ningún caso, estarán los lugares de internamiento permanente en regiones malsanas o donde el clima sea pernicioso para los internados. En cuantos casos estén internadas temporalmente en una región insalubre o donde el clima sea pernicioso para la salud, las personas protegidas serán trasladadas, tan rápidamente como las circunstancias lo permitan, a un lugar de internamiento donde no sean de temer tales riesgos. Los locales deberán estar totalmente protegidos contra la humedad, suficientemente alumbrados y calientes, especialmente entre el anochecer y la extinción de las luces. Los dormitorios habrán de ser suficientemente espaciosos y estar bien aireados; los internados dispondrán de apropiado equipo de cama y de suficiente número de mantas, habida cuenta de su edad, su sexo y su estado de salud, así como de las condiciones climáticas del lugar. Los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente agua y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a

y Deberes del Hombre (*supra* párrs. 8-40 e *infra* párr. 101 del presente voto). De igual modo pueden señalarse otras normas vinculadas a la protección de los derechos humanos que incluyen disposiciones sobre vivienda, como el artículo III.1.a. de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[59] y distintos artículos de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[60]

53. Cabe notar, además, el reconocimiento explícito del *derecho a la vivienda* que se ha postulado en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,[61] cuyo artículo 24 se denomina, precisamente, "Derecho a la vivienda";[62] incluyéndose

---

este respecto, dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza. Cuando sea necesario alojar, como medida excepcional, provisionalmente a mujeres internadas no pertenecientes a un grupo familiar en el mismo lugar de internamiento que a los hombres, habrá, obligatoriamente, dormitorios e instalaciones sanitarias aparte". Artículo 134: "Al término de las hostilidades o de la ocupación, las Altas Partes Contratantes harán lo posible por garantizar a todos los internados el regreso al lugar de su residencia anterior, o por facilitar su repatriación".

59 Adoptada el 7 de junio de 1999. Entró en vigor el 14 de septiembre de 2001. El artículo indicado dice: "Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a. Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración […]".

60 Aprobada el 14 de junio de 2016. Como se ha indicado (*supra* párr. 42), en relación con pueblos indígenas u originarios debe considerarse relacionada con la cuestión de la vivienda los derechos que hacen a la protección de sus tierras o territorios. Por eso, debería tenerse en consideración los artículos VI, XXV, XXVI, XXIX y XXX de la Declaración aludida.

61 Adoptada el 15 de junio de 2015, en Washington, D.C. Sobre su entrada en vigor, véase *supra* nota 35.

62 El texto dice: "La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades. Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad. Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulne-

además otras disposiciones que hacen explícita mención a la vivienda.[63] Hay asimismo en el ámbito del Sistema Interamericano alusiones a la materia en otros tratados que todavía no han entrado en vigor.[64]

rabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener especialmente en cuenta: a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad. b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte. Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales. Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor".

63 Son las siguientes: artículo 2, denominado "Definiciones": "A los efectos de la presente Convención se entiende por: […] 'Unidad doméstica u hogar': El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos. […]"; artículo 12, titulado "Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo": "La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. […]", y el artículo 26 sobre "Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal": "La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad personal. A fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo. […]".

64 Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (adoptada el 5 de junio de 2013): artículo 7: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba claramente el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así" como a todas las personas naturales o físicas y jurídicas, tanto en el sector público como en el privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a racismo, discriminación racial y formas co-

54. Es de destacar que, como se ha indicado (*supra,* párrs. 5 y 28), el Protocolo de San Salvador no incluye en su articulado una norma directamente atinente al derecho a la vivienda.[65]

B. Concepto y relación con otros derechos

55. La Corte IDH frecuentemente ha acudido a diversos instrumentos internacionales o pronunciamientos de otros órganos, inclusive ajenos al Sistema Interamericano, a fin de complementar la interpretación de las normas sobre las que tiene competencia.[66] Es entonces acorde a la jurisprudencia de la Corte IDH considerar como referencia lo señalado por el Comité DESC,

---

nexas de intolerancia". Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (adoptada el 5 de junio de 2013): Artículo 7: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así" como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia".

65 Ello no obsta a la posibilidad de que, efectuado el análisis hermenéutico correspondiente, pudiera eventualmente concluirse que el texto de algunas normas del Protocolo de San Salvador incluya alusiones que, sin perjuicio de no expresarla palabra "vivienda", substantivamente refieran al derecho a la vivienda, o a elementos del mismo que se vinculen al derecho que sí se recepta en forma explícita. Así podría entenderse, por ejemplo, el artículo 17, denominado "Protección de los Ancianos", que indica que "[t]oda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas […]".

66 Por ejemplo, en la Sentencia se ha hecho referencia, en el párrafo 249 (nota a pie de página 350), a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas. Solo por señalar algunos otros ejemplos, puede mencionarse lo siguiente: en relación con el caso *Duque vs. Colombia,* la Corte aludió a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género y a pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (*cfr.* Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párrs. 110 y 111). Respecto al caso Chinchilla Sandoval *vs.* Guatemala, el Tribunal se refirió a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*cfr.* Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312, párr. 205).

como ya se ha hecho en diversas oportunidades.[67] Entiendo que lo dicho por este órgano es una guía importante, pues es el órgano autorizado para interpretar un tratado de alcance universal que integra la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos",[68] y cuya materia específica está constituida por los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité DESC ha emitido dos Observaciones Generales sobre el derecho a la vivienda.

56. En primer lugar, en su Observación General No. 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, el Comité DESC ha entendido el derecho a la vivienda como el derecho "a vivir con seguridad, paz y dignidad en alguna parte". Expresamente rechazó conceptuar al derecho "en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad". Advirtiendo que "el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]"; señaló que "vivienda" es un concepto que "no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada", indicando que ello "significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".[69]

57. En segundo lugar, y en similar sentido, en su Observación General No. 7, el Comité DESC consideró que el empleo de la expresión "desalojos forzosos", en el contexto del derecho a la vivienda, era en cierto modo problemática; no obstante, consideró que tal como se emplea en esa Observación General, el término desalojos forzosos, *se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de sus hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles los medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles acceso a ellos*.[70]

---

67 Algunos ejemplos, entre varios otros, son las siguientes Sentencias: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 17; o *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 122.

68 La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

69 ONU, Comité DESC. Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto. Sexto periodo de sesiones (1991). Documento E/1992/23, párr. 7.

70 *Cfr.* ONU, Comité DESC. Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16° periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), párr. 3.

En la misma Observación General, el Comité DESC señaló que muchos de los casos de desalojos forzosos se encuentran vinculados con la violencia, por ejemplo, por conflictos armados internacionales, las disensiones internas y la violencia comunitaria o étnica.[71] Los desalojos forzosos también se producen en relación con traslados forzados de población, desplazamientos internos, reasentamientos forzados en casos de conflicto armado, etc. En todas estas circunstancias puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados Partes.[72] *Adicionalmente señaló que dada la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos también pueden dar lugar a violaciones a derechos civiles y políticos como* el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el hogar y *el derecho a disfrutar en paz de bienes propios*.[73]

58. Por su parte, la Relatora Especial ha enfatizado que el Comité DESC "rechazó las definiciones de vivienda adecuada que se centraban en el cobijo físico y adoptó en su lugar una definición vinculada directamente al derecho a la vida";[74] y ha dicho también que "la vivienda adecuada, la dignidad, la seguridad y la vida están tan estrechamente interrelacionados y que son esencialmente inseparables. Así sucede también con el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir, y este segundo derecho solo tiene

---

71 *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16º periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), párr. 6.

72 *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16º periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), párr. 5.

73 *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16º periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), párr. 4.

74 Notando que, como ya ha quedado indicado (*supra*, párr. 56 del presente voto), en la Observación General No 4 de ese órgano, se indicó que "[e]l derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte". Naciones Unidas, Asamblea General, Doc. A/71/310. 8 de agosto de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, párr. 27. La referencia al Comité DESC corresponde al siguiente texto de ese órgano: Observación General No. 4 (1991), párr. 7.

sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia".[75]

59. La afirmación precedente es acorde a un concepto ya bien establecido, y que puede observarse en el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que señaló en forma categórica que: "[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso". Como ha señalado la Relatora Especial la "distinción ahora rechazada entre derechos de "primera" y "segunda" generación, entre derechos justiciables y objetivos aspiracionales", es "un legado de falsas dicotomías entre los dos [P]actos";[76] es decir, entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

60. De esta manera, comparto plenamente la afirmación anterior. Evidencia de ello es la estrecha relación entre distintos derechos, conforme lo que se expone seguidamente en relación con el derecho a la vivienda.

61. En cuando al Sistema Universal de Derechos Humanos, en la Comunicación *I.D.G. vs. España* —primera comunicación a partir de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC— el Comité DESC externó que el *derecho a la vivienda adecuada* es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo a aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[77]

62. El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, al examinar los "[d]erechos a la vida, a la supervivencia, y al desarrollo" en relación con un Estado, se ha mostrado "preocupado por la incidencia de desalojos forzosos de familias, incluidos niños, sin una indemnización adecuada o un alojamiento alternativo", y "lament[ó] profundamente" que "los desalojos forzosos puedan ejecutarse aunque dejen sin hogar a los afectados".[78]

---

75 Naciones Unidas, Asamblea General, Doc. A/71/310. 8 de agosto de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, párr. 27.

76 Naciones Unidas, Asamblea General, Doc. A/71/310. 8 de agosto de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, párr. 31.

77 *Cfr.* ONU. Comité DESC, Comunicación No. 2/2014 respecto de España, E/C.12/55/D/2/2014, 17 de junio de 2015, párr. 11.1.

78 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Indonesia. 10 de julio de 2014. Doc. CRC/C/IDN/CO/3-4, párr. 23.

63. El derecho a la vivienda puede aparecer vinculado al derecho a la integridad personal. Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, decidió un caso en que la víctima sufrió agresiones por parte de su ex pareja y no podía trasladarse a otro lugar, por falta de espacio en centros de acogida; siendo que, por otra parte los tribunales no le concedieron la posesión de su vivienda, por el derecho de propiedad de su marido sobre el inmueble proveyendo un lugar en que albergar a la mujer. El Comité recomendó al Estado, *inter alia, que* "[a]segure que[la víctima] tenga un hogar seguro donde vivir".[79] Adviértase que en el caso el derecho a la vivienda y, consecuentemente, en las circunstancias del mismo, el derecho a la integridad personal, operaban en tensión con el derecho de propiedad del que era titular la persona agresora.

64. Ahora bien, sobre el bien "vivienda", debe decirse que el mismo es distinto de otros bienes protegidos por diversos derechos. Interesa señalar aquí, teniendo en consideración las circunstancias del caso examinado por la Corte IDH, su distinción de la "propiedad" y del "domicilio".

65. El concepto de "vivienda" refiere, como se ha expuesto, a un lugar en que el sujeto titular del derecho pueda habitar. La noción de "propiedad", aún en el sentido amplio receptado por la Corte IDH, y expuesto en el párrafo 257 de la Sentencia, remite a un sentido patrimonial, a todo "derecho" que pueda "formar parte del patrimonio", y puede referirse a bienes materiales o inmateriales susceptibles de valor.[80] Es claro, pues, que puede haber múltiples afectaciones al derecho de propiedad que en nada se relacionen con una vivienda. Inversamente, puede haber afectaciones a la vivienda que no se relacionen con la propiedad. De ahí que la noción de "vivienda" y el derecho a tal bien son independientes del de propiedad, y pueden presentarse incluso en ausencia de todo vínculo patrimonial. Así, el Comité DESC, en su Observación General No. 4, al referirse a la "seguridad jurídica de la tenencia" como uno de los "aspectos" que hacen al carácter "adecuado" de la vivienda "en cualquier contexto determinado", explica que "[l]a tenencia adopta una variedad de formas", entre las que incluye "los asentamientos informales, inclu[sive] la ocupación de tierra o propiedad", y que "[s]ea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas".[81]

---

79 *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 32º periodo de sesiones. Dictamen adoptado el 26 de enero de 2005.

80 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 257.

81 Comité DESC. Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto. Sexto periodo de sesiones (1991). Documento E/1992/23, párr. 8.a.

66. La noción de "vivienda" también se distingue de la de "domicilio", en el sentido del artículo 11.2 de la Convención Americana. Esta noción, incluida en el derecho "a la [p]rotección de la [h]onra y de la [d]ignidad" tiende, al igual que otros conceptos indicados en la norma, al resguardo de la "vida privada" de "injerencias arbitrarias o abusivas" en la misma, a la tutela de un ámbito de privacidad, como se desprende de lo dicho por la Corte IDH en el párrafo 255 de la Sentencia[82]. Si bien habrá casos en que la afectación al derecho a la vivienda podrá implicar, a su vez, un atentado al "domicilio" en el sentido expresado, no siempre ello ocurrirá. Esto último es lo que se ha presentado en las circunstancias del caso: como indicó el Tribunal Interamericano en el párrafo 260 de la Sentencia, "las señoras Rúa, Ospina y sus familiares se vieron privados de sus viviendas",[83] empero la Corte IDH no concluyó que hubo un menoscabo del artículo 11.2 referido.

67. De este modo, se advierte que las afectaciones al *derecho a la vivienda* no necesariamente, en cualquier caso, podrán ser analizadas en relación con el menoscabo a otros derechos. Ese es uno de los motivos, entre otros, por el cual considero debe protegerse de manera autónoma los derechos sociales a través del artículo 26 de la Convención Americana, lo que demuestra que el debate sobre el particular dista de ser una cuestión sin consecuencias prácticas.

68. Desde luego, la interdependencia entre los derechos debe ser considerada y es uno de los fundamentos que, en forma análoga a lo que sucede con otros derechos, permite a la Corte IDH pronunciarse sobre el derecho a la vivienda.[84]

La independencia entre derechos de propiedad y la seguridad jurídica en cuanto a la vivienda también permite entender lo señalado por el Comité en su Observación General No. 7, el Comité DESC indicó que "[l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda". Comité DESC. Observación General No. 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos. 16º periodo de sesiones (1997), párr. 16.

82 Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 255. De hecho, el Comité DESC ha advertido que "el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada" (Comité DESC, Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto. Sexto periodo de sesiones (1991). Documento E/1992/23, párr. 9.

83 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 260.

84 Al respecto, me remito a lo que he sostenido en oportunidades anteriores respecto al derecho a la salud, que considero que son aplicables también, por analogía, al derecho a

69. Más allá de lo anterior, dada esa interdependencia, considero acertado, en general, que la Corte IDH en diversos precedentes haya hecho una interpretación amplia de los derechos sobre los que se ha pronunciado, advirtiendo la relación estrecha que existe entre distintos derechos y permitiendo, de esa forma, su tutela de un modo más comprensivo.[85]

70. Sin embargo, cada derecho tiene un contenido jurídico propio que no debe perderse de vista y confundirse. Es cierto que algunos aspectos del contenido propio de un derecho podrán, de acuerdo a las distintas circunstancias de cada caso y los derechos en juego, coincidir con aspectos del contenido de otros derechos. Esto permite, en efecto, que cuestiones materialmente atinentes a un derecho puedan, en ciertos casos, ser protegidas mediante otro u otros.[86] Sin perjuicio de lo anterior, considero que

---

la vivienda: "[l]a posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre el derecho a la salud deriva, en primer término, de la 'interdependencia e indivisibilidad' existente entre los derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales. […D]eben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello". Voto Concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 15 (siendo la cuestión desarrollada en los párrafos 16 a 27 del mismo voto, a cuya lectura remito) y Voto Concurrente sobre la Sentencia del Tribunal respecto al caso *González Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 15.

85 Hago esta afirmación "en general" pues reitero los matices al respecto que expresé en una oportunidad anterior: "sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos". Voto Concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 11.

86 Así ha ocurrido, por ejemplo, en cuanto a los derechos a la salud y a la integridad en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*: "La Corte concluy[ó] que, si bien la regulación ecuatoriana en la materia contemplaba mecanismos de control y vigilancia de la *atención médica*, dicha supervisión y fiscalización no fue efectuada en el presente caso, tanto en lo que refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, Policlínico de la Comisión de Tránsito de Guayas, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala. La Corte estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en *afectaciones en la salud* de Melba Suárez Peralta. Por tanto, el Estado de Ecuador incurrió en responsabilidad internacional por la falta de garantía y prevención del

la intelección más adecuada es aquella que tiende a evidenciar la vulneración que haya acaecido en relación con todos los derechos en juego,[87] en la medida en que la competencia del órgano que hace la determinación lo permita.[88] Así lo ha efectuado la Corte IDH en los párrafos 162 a 164 de la Sentencia, indicando cómo a partir del mismo acto de detención de tres de las víctimas, dadas las características del caso, se afectó no solo su derecho a la libertad personal, sino también los derechos a la integridad personal y a la protección de la honra y de la dignidad.[89] Por ejemplo, es constante la jurisprudencia de la Corte IDH en considerar que la desaparición forzada es una violación pluriofensiva, que ataca por igual diversos derechos.[90]

---

derecho a la *integridad personal* de Melba Suárez Peralta, en contravención del artículo 5.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (Énfasis añadido). Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 154.

87 Lo dicho vale, desde luego, en casos en que ello se produzca a partir de una vinculación de una entidad relevante entre las distintas violaciones, como puede suceder, por ejemplo, si ambas son consecuencia directa del mismo acto o la inobservancia de una obligación positiva incumple normas diversas (así, por ejemplo, puede observarse en el párr. 202 de la Sentencia: "la Corte concluye que el Estado incumplió el deber de prevenir la violación del derecho a la vida en perjuicio de Ana Teresa Yarce, en violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1 y con la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer establecida en el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará. También el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de los [...] familiares de Ana Teresa Yarce"). También cuando el acto violatorio tenga por fin a lesionar bienes de distintos derechos (Así, el Tribunal ha determinado, por ejemplo: "la Corte dio por demostrado que al menos un agente del Estado participó en los hechos que terminaron con la vida de la señora Blanca Jeannette Kawas Fernández y que *dichos actos estuvieron motivados en el trabajo de defensa del medio ambiente* realizado por la señora Kawas Fernández [...]. Este Tribunal considera que s*u muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente". (Énfasis añadido)*. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, núm. 196, párr. 152. Un caso distinto es que la violación específica a un derecho genere, sólo por una mera derivación causal mediata, una lesión en bienes tutelados por otros derechos. Así, es evidente, por ejemplo, que la muerte de una persona imposibilita a la misma de continuar gozando o ejerciendo de cualquier derecho, además del derecho a la vida. Esto no lleva a que en caso en que una muerte pueda considerarse una violación al derecho a la vida pueda, por esas sola circunstancias, declararse vulnerado cualquier otro derecho.

88 Esto, como ya he expresado, acontece en cuanto a la competencia de la Corte para determinar violaciones al derecho a la propiedad, recogido en el artículo 21 de la Convención y el derecho a la vivienda, receptado en su artículo 26.

89 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 162 a 164.

90 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, núm. 314, párr. 141.

71. Entiendo que los fundamentos anteriores hubieran permitido a la Corte IDH no sólo determinar en el caso una vulneración al derecho a la propiedad (por los motivos expresados en los párrafos 257 a 262 de la Sentencia),[91] sino también analizar la procedencia de establecer, además, una afrenta al derecho a la vivienda.

72. La afirmación anterior tiene por presupuesto considerar que las obligaciones estatales respecto al derecho de propiedad y relativas al derecho a la vivienda eran, en lo relevante para el caso, las mismas, y que su inobservancia podría haber sido declarada por la Corte IDH. Teniendo en cuenta que el *derecho a la vivienda* es un derecho cobijado bajo el artículo 26 de la Convención Americana, incorporado en el capítulo III del tratado, denominado "Derechos económicos, sociales y culturales", que es distinto al capítulo II, llamado "Derechos civiles y políticos", en el que se encuentra el derecho de propiedad, considero relevante hacer algunas precisiones al respecto. Por ello referiré ahora algunas consideraciones sobre el régimen obligacional respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, y de manera particular al *derecho a la vivienda*.

C. Obligaciones de respeto y garantía

C.1. Aspectos generales

73. Como ya lo he señalado en el cuarto párrafo de mi voto razonado sobre la Sentencia de la Corte respecto al *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*:[92]

> las obligaciones generales de "respeto" y "garantía" que prevé el [artículo 1.1] convencional —conjuntamente con la obligación de 'adecuación' del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales". En la misma oportunidad noté que "el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*.[93]

---

91 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 257-262.

92 Corte IDH. Voto Concurrente al *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261.

93 Voto Concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párrs. 4 y 35. En la Sentencia sobre el caso *Acevedo Buendía*

74. A efectos de evitar reiteraciones, remito a la lectura de ese voto razonado. Agrego igualmente a continuación ciertas consideraciones adicionales.

75. La Convención Americana en su artículo 26, establece el compromiso de los Estados Partes de "adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos [receptados en la norma], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

76. El texto es similar al del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que expresa "[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos [en ese tratado]". Dada la similitud referida, considero pertinentes consideraciones del Comité DESC sobre en régimen obligacional respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, inclusive el derecho a la vivienda.

77. El Comité DESC, en su Observación General No. 3 ha señalado lo que sigue:

> [A]aunque el P[IDESC] contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. [...]Una de ellas [...] consiste en que los Estados se 'comprometen a garantizar' que los derechos pertinentes se ejercerán 'sin discriminación'. [...Asimismo] el compromiso [...] de 'adoptar medidas', [...] en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.[...] Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del P[IDESC...]. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el P[IDESC]. [...] El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad

y otros, la Corte IDH dijo que "resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado 'Derechos Económicos, Sociales y Culturales', se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado 'Deberes de los Estados y Derechos Protegidos' y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado 'Enumeración de Deberes'), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado 'Derechos Civiles y Políticos')". Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 100.

> de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. […L]a frase debe interpretarse a la luz de […] la razón de ser, del P[IDESC], que es establecer claras obligaciones […] con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. […C]orresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. […A]unque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. […A]un en tiempos de limitaciones graves de recursos, […] se puede y se debe […] proteger a los miembros vulnerables de la sociedad […].[94]

78. Más adelante, el Comité DESC señaló en su Observación General No. 12, referida al derecho a la alimentación, obligaciones que entendió que rigen respecto a "cualquier derecho humano".[95] Con posterioridad lo reiteró

---

[94] Comité DESC. Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes. (párr. 1 del art. 2 del Pacto). Quinto periodo de sesiones (1990), párrs. 1, 2, 9, 10, 11 y 12.

[95] En la Observación General 12 señaló que en relación con "cualquier derecho humano" son atinentes "las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. La obligación de respetar […] requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir e[l] acceso [al bien protegido por el derecho]. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas de [dicho] acceso […]. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin

en modo más preciso. Así, en la Observación General No. 14, referida al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité DESC expuso:

> Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar, proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho […]. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en [dicho disfrute]. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho […].La obligación de *cumplir* (*facilitar*) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho […]. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir* (*facilitar*) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de *cumplir (promover)* el derecho […] requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer [el disfrute del derecho en] la población.[96]

79. En esa ocasión, el Comité DESC reiteró lo que había expresado en la Observación General No. 3. "que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto", y entendió que "en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12 [del PIDESC, referido al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental] figuran, como mínimo, [*inter alia*, g]arantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable".[97]

80. En la misma Observación General el Comité DESC, señaló cómo el incumplimiento de los deberes citados genera "violaciones" al dere-

---

de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren [el goce del derecho]. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho [en cuestión] por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente". *Cfr.* Comité DESC. Observación General No. 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). 20º periodo de sesiones (1999), párr. 15.

96 Comité DESC. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 22º periodo de sesiones (2000), párrs. 33 y 37.

97 Comité DESC. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12). 22º periodo de sesiones (2000), párr. 43.

cho.[98] En particular, por resultar pertinente en relación al caso, interesa destacar que advirtió que "[l]as violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros".[99] Entiendo que esta aseveración resulta pertinente, por analogía, respecto a otros derechos.

81. Ahora bien, si se observa, el régimen obligacional señalado por el Comité DESC no difiere, más allá de precisiones y diferencias terminológicas, del régimen instituido por los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que establecen los deberes de "respetar", "garantizar" y "adoptar […] medidas legislativas o de otro carácter […] para hacer efectivos" los derechos.

82. En cuanto al artículo 1.1 la Corte ha dicho que "es una norma de carácter general cuyo contenido *se extiende a todas las disposiciones del tratado*, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'"[100] (énfasis añadido). Expresó que:

> en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). En este sentido, la Corte ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.[101]

---

98 *Cfr.* Comité DESC. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 22º periodo de sesiones (2000), párr. 46 a 52.

99 Comité DESC. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 22º periodo de sesiones (2000), párr. 51.

100 La Corte señaló lo expuesto con base en sus propios precedentes, agregando que "cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación". Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C, núm. 315, párr. 111.

101 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr.

83. De lo anterior se sigue que el sentido de "respeto" se asimila al que el Comité DESC ha dado a la misma expresión, y también que un aspecto de la obligación de garantía es el deber estatal de "prevenir" violaciones a los derechos por parte de particulares, que tiene puntos de contacto con el deber de "proteger" señalado por el Comité DESC. Nótese que en cuanto al deber de prevención el párrafo 181 de la Sentencia respecto a la que se emite este voto manifiesta, con base en precedentes del Tribunal, que "[d]el artículo 1.1. de la Convención derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Así, de la obligación de garantía se desprende un deber de medio o de comportamiento, no de resultado, de prevenir que particulares vulneren bienes protegidos por derechos plasmados en el tratado".[102]

84. Sobre el artículo 2 de la Convención Americana, la Corte IDH ha señalado que "obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención",[103] y que:

> dicha norma impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar y hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ésta. La Corte ha mantenido que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantía, y b) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, ya sea porque desconozcan esos derechos

168. Vale agregar que desde sus primeros pronunciamientos la Corte entendió el deber de garantía en un sentido amplio como una "obligación [que] implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. […] La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrs. 166 y 167.

102 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 181.

103 Corte IDH. C*aso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C, núm. 315, párr. 139.

> o libertades u obstaculicen su ejercicio. […] Como este Tribunal ha señalado […], las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.[104]

85. De lo dicho se sigue que no hay una diferencia substancial entre el régimen obligacional previsto en la Convención Americana, entendido como lo ha hecho la Corte IDH, y aquél que ha señalado el Comité DESC, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entiendo que, dado que los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana se aplican a todos los derechos referidos en el tratado, dicho régimen obligacional es pertinente respecto a los derechos receptados en el artículo 26 del Pacto de San José, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda.

86. Ahora bien, siendo esto así, cabe preguntarse qué efectos tiene el señalamiento en el artículo 26 (similar al del artículo 2.1 del Pacto aludido) respecto al deber de "adoptar providencias" para "lograr progresivamente" la "plena efectividad" de los derechos correspondientes.

87. Entiendo que la diferencia entre los derechos enlistados como "civiles y políticos" y aquellos catalogados como "económicos, sociales y culturales" no está en la naturaleza de las obligaciones que corresponden, en su justiciabilidad o respecto a la competencia del Tribunal.[105] La diferencia estriba en que, en determinados aspectos y circunstancias, el logro de la "plena efectividad" de los derechos económicos, sociales y culturales no resulta exigible para los Estados de modo inmediato, a partir de la entrada en vigor del tratado, y puede válidamente estar supeditada a un "logr[o] progresivo". Por el contrario, es inmediatamente exigible la "plena efectivi-

---

104 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, párrs. 270 y 271. La Corte sustentó lo dicho en esos párrafos en precedentes del Tribunal.

105 En ese sentido, he señalado en una oportunidad anterior que "[e]s importante resaltar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestacionales. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales solo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un 'error categorial', tal como lo señaló la propia Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.5. Véase: Voto concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 78 y nota a pie de página 141.

dad" de los derechos que se encuentran contenidos entre los artículos 3 y 25 de la Convención Americana.[106]

88. Cabe recordar lo que ha señalado el Comité DESC en su Observación General No. 3 (*supra*, párr. 77): "[e]l concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo", y hay por tanto una diferencia en cuanto al resto de los derechos, en que, sin perjuicio de que en la situación fáctica dada en un Estado puedan no verse plenamente satisfechos, existe una "obligación *inmediata* de respetar[los] y garantizar[los]" plenamente (énfasis añadido).

89. De ese modo, en relación a los denominados derechos económicos, sociales y culturales, aun rigiendo respecto de ellos las mismas obligaciones que en relación a los derechos llamados civiles y políticos, un Estado podría válidamente argüir que determinados aspectos del contenido de aquellos derechos no se encuentran todavía, en un momento dado, plenamente efectivizados y, de acuerdo a las circunstancias del caso, evitar que se declare su responsabilidad. Lo contrario ocurre con los derechos civiles y políticos, respecto a los que, independientemente de la situación fáctica existente en un país en un momento dado, en ningún caso el Estado podrá soslayar su responsabilidad argumentando que todavía no ha podido lograr la plena efectividad.[107]

---

106 La anterior afirmación no implica desconocer que ambas clases de derechos tienen, en mayor o menor medida, cargas positivas (obligaciones de garantía) y cargar negativas (obligación de respeto) en cuanto a su cumplimiento.

107 Así, por ejemplo, respecto al caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, frente al argumento estatal atinente los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, de que no se le podía atribuir responsabilidad por omisiones al momento de los hechos que años después subsanó, la Corte afirmó que "[e]n cuanto a los alegados impedimentos para realizar determinadas diligencias adecuadamente al momento de los hechos […] el Estado no puede excusar el incumplimiento de su obligación de investigar con la debida diligencia porque al momento de los hechos no existía normativa, procedimientos o medidas para realizar las diligencias investigativas iniciales adecuadamente de acuerdo a los estándares de derecho internacional que se desprenden de tratados aplicables y en vigor al momento de los hechos". Específicamente, como consta en el párrafo 171 de la Sentencia respectiva, el Estado había manifestado "que 'al momento de los hechos, las pruebas que se realizaban a los cadáveres de tanto hombres como mujeres, se realizaban de conformidad con los procedimientos requeridos por los fiscales o jueces en dicha época y de acuerdo a [sus] posibilidades', [y que] 'con el paso del tiempo el Estado ha ido subsanando estos vacíos durante la última década, adoptando una serie de medidas que hoy por hoy hacen más uniforme y ordenada la diligencia del levantamiento del cadáver y el modo de [la] recolección de evidencias' y por tanto [que] no se le p[odía] atribuir la responsabilidad internacional por 'omisión de pruebas que s[ó]lo se pueden realizar a partir de la creación del Instituto Nacional de Ciencias Forenses' en el año 2007. Explicó el

90. Ahora bien, lo anterior no priva en modo alguno a los derechos económicos, sociales y culturales de la posibilidad de que su observancia sea analizada judicialmente. El Tribunal Interamericano, a partir de su competencia y de las obligaciones estatuidas en los artículos 1.1, 2 y 26, puede examinar la observancia de las mismas.

91. En su caso, corresponderá a la Corte IDH, en función de las circunstancias que examine, la prueba y los argumentos que se le presenten, determinar si es válido eximir a un Estado de responsabilidad en función de que respecto a ciertos aspectos atinentes a un derecho su "plena efectividad" no se encuentra lograda en un momento dado. Pero la diferencia aludida entre los distintos derechos, exclusivamente acotada al logro de su "plena efectividad", en modo alguno redunda en que alguno de los derechos u obligaciones normados en la Convención se encuentre excluido *a priori* de la posibilidad de ser examinados por el Tribunal en el marco de su competencia contenciosa.

92. Es por ello que, como ya he advertido en una oportunidad anterior, "los elementos de 'progresividad' y de 'recursos disponibles' a que alude [el artículo 26 de la Convención no] pued[e]n configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos".[108] Como advertí en la misma ocasión, tales elementos son, en todo caso, "aspectos [de la] implementación" de los derechos. Los mismos pueden en todo caso ser relevantes en relación con la determinación de la responsabilidad del Estado.[109]

Estado que 'al momento de ocurrir los hechos [del caso, en diciembre de 2001,] no había legislación ni procedimientos específicos para casos de violencia contra la mujer, pero [para diciembre de 2012] si los hay'". Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párrs. 171 y 180.

108 Voto concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 7.

109 Ahora bien, lo dicho no obsta a advertir que en tanto que no exista en un Estado la "plena efectividad" de cualquier derecho, sea económico, político, cultural, civil o social, tal Estado deberá adoptar acciones para lograr tal objetivo. Esto está incluso contemplado en la propia Convención, cuyo artículo 41, sin distinguir tipos de derechos, expresa como una "función principal" de la Comisión Interamericana, "formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que *adopten medidas progresivas* en favor de los derechos humanos" (énfasis añadido). Lo anterior, no obstante, no incide en el régimen normativo estatuido en relación con las obligaciones y la responsabilidad de los Estados. Es cierto que la propia Convención asume que puede ser necesario avanzar en la adopción de medidas respecto a la observancia de todos los derechos humanos; ello no podría ser de otro modo, pues lo contrario implicaría una ficción: es un hecho que la "plena satisfacción" de los derechos no es una situación dada *a priori*, y que siempre se requerirán acciones estatales para avanzar hacia el logro de ese fin. No obstante, el artículo 26 está dentro de la Parte I del tratado, que versa sobre "Deberes

93. Por tanto, entiendo que las obligaciones estatales son esencialmente las mismas respecto a cualquier derecho receptado en los artículos 3 a 26 de la Convención Americana. De este modo, y siendo que, como se ha expuesto, la Corte IDH tiene competencia en relación al referido artículo 26, todos los derechos son justiciables y las violaciones a los mismos pueden ser determinadas por el Tribunal Interamericano en el marco de su competencia contenciosa.

C.2. Particularidades en relación con el desplazamiento forzado

94. Hay bases para colegir que, en el ámbito del desplazamiento forzado, los deberes estatales relativos al derecho a la vivienda adquieren un matiz específico.

95. Al respecto, puede mencionarse la relevancia de los "Principios Rectores de los desplazamientos internos", adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas.[110] El primer inciso del Principio 6 refiere que "[t]odo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual". Además el Principio 18, en sus incisos 1 y 2 establece que "[l]os desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado", y que "[c]ualesquiera que

de los Estados y Derechos Protegidos" y el artículo 41 se encuentra dentro de la Parte II, llamada "Medios de Protección", y alude a las funciones de la Comisión Interamericana de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos", no a sus funciones de tramitar peticiones o comunicaciones, que se regulan en los artículos 44 a 51. De ese modo, el reconocimiento implícito hecho en la Convención de que podrá ser necesaria la adopción de medidas para el avance de todos los derechos no incide en el régimen obligacional y de responsabilidad relativo a los derechos que se encuentran plasmados en los artículos 3 a 25 del Tratado; la plena efectividad de los mismos es exigible, inclusive judicialmente, de modo inmediato a partir de la entrada en vigor del tratado. Debe notarse también que el término "progresiv[o]" en el artículo 41 de la Convención se refiere a las "medidas" a adoptar y que, en el artículo 26 refiere al "logro" de la "plena efectividad" de los derechos.

110 Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 54° periodo de sesiones. Derechos humanos, Éxodos en masa y personas desplazadas. Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos Adición. Principios Rectores de los desplazamientos internos. 11 de febrero de 1998. E/CN.4/1998/53/Add.2 El texto aclara que a efectos del mismo, "se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida".

sean las circunstancias, las autoridades competentes suministrarán a los desplazados internos, como mínimo y sin discriminación, y se cerciorarán de que pueden recibir en condiciones de seguridad: […] cobijo y alojamiento básicos". Por otra parte, es pertinente citar los incisos 1 y 3 del Principio 21 que mandan que "[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones" y que "[s]e protegerá la propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales".[111]

96. Otro documento de Naciones Unidas relevante es el denominado "Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas".[112] El párrafo 8, ubicado en la sección

[111] En relación el documento citado, la Organización de Estados Americanos, a través de su Asamblea General, "[i]nst[ó] a los Estados Miembros a que consideren utilizar los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos, como base para sus planes, políticas y programas en apoyo a estas personas y, de acuerdo con el derecho internacional, a las […] necesidades específicas que requieren[, entre otras personas,] los niños [y] las mujeres", y a "que consideren la adopción e implementación en su orden interno de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los cuales reflejan aspectos de la normativa internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario" (AG/RES. 2277 (XXXVII-O/07). Desplazados internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, puntos 1 y 3. En similar sentido lo había hecho antes, y también en términos similares lo efectuó con posterioridad: *cfr.* AG/RES. 2055 (XXXIV-O/04). Desplazados Internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004; AG/RES. 2140 (XXXV-O/05). Desplazados internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005; AG/RES. 2229 (XXXVI-O/06). Desplazados internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006; AG/RES. 2417 (XXXVIII-O/08). Desplazados Internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2508 (XXXIX-O/09). Desplazados Internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2578 (XL-O/10). Desplazados Internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2667 (XLI-O/11). Desplazados Internos. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2716 (XLII-O/12). Desplazados Internos. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, y AG/RES. 2850 (XLIV-O/14). Desplazados Internos. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2014.)

[112] Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos . 57° periodo de sesiones. Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro. Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. 28 de junio de 2005. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17. El texto expresamente indica, en el párrafo 1.2, que "[l]os Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas se aplican por igual a todos los refugiados, desplazados internos y demás personas desplazadas que se encuentren en situaciones similares y hayan huido de su país pero que tal vez no estén encuadradas en la definición jurídica de refugiado […], a quienes se haya privado de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores

III, denominada "Principios Generales", afirma que "Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada", y que "Los Estados deben adoptar medidas positivas para mejorar la situación de los refugiados y desplazados que no tienen viviendas adecuadas". El párrafo 5, que se encuentra la misma sección, asevera que "[t]oda persona tiene derecho a que se la proteja de ser desplazada arbitrariamente de su hogar, de sus tierras o de su lugar de residencia habitual. […] Los Estados adoptarán medidas para garantizar que nadie sea sometido al desplazamiento por agentes estatales o no estatales. Los Estados velarán asimismo por que los individuos, las empresas y demás entidades que se encuentren dentro de su jurisdicción legal o bajo su control efectivo se abstengan de realizar desplazamientos o de participar en ellos de algún otro modo".

97. Por otra parte, el segundo apartado del documento señala que "[e]l derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el regreso de los refugiados y desplazados a quienes les asista ese derecho". También señala que el derecho se refiere a "viviendas", "tierras" y "patrimonio" del que "hayan sido privados arbitraria o ilegalmente", y que puede ser satisfecho por la "restitu[ción]" o por la "indemni[zación], por aclarar que "[l]os Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución".

D. Corolario: el derecho a la vivienda contenido en el artículo 26 del Pacto de San José

98. Como se había mencionado, el *derecho a la vivienda* no se encuentra en el Protocolo de San Salvador (*supra* párrs. 5, 28 y 54). Lo anterior pareciera crear una desprotección, al advertirse como un *derecho ausente* en los instrumentos interamericanos.

99. Esta desprotección resulta aparente. En efecto, la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, sí contiene una disposición de la cual se puede derivar el *derecho a la vivienda* adecuada. En efecto, el artículo 34.k dispone que:

> *Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.*

hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron".

Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

[…]

k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

100. Esta disposición no puede leerse de manera aislada, sino en relación con el artículo 26 del Pacto de San José en los términos que he tratado de explicitar en el presente voto razonado. Como lo he expresado (*supra* párrs. 8 a 40); dicha disposición habla de "derechos" que se "derivan" de las normas "económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta". De ahí la necesidad de que la Corte IDH analice, caso a caso, qué derechos se derivan de la Carta de la OEA.

101. Además, no puede pasar inadvertido que en el artículo XI la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[113] si bien referido a la salud se establece: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la *vivienda* y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (énfasis añadido).[114]

---

113 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en 1948. Como señalé en el párrafo 63 del voto razonado emitido respecto a la Sentencia sobre el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261), "[s]obre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-10/89 'Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45: '43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. […] 45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales'".

114 Adviértase que el texto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incorpora en una misma disposición la vivienda como uno entre varios otros elementos, tales como alimentación y vestido. Es similar, en ese sentido, el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, mediante el cual los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Esta norma ha permitido al Comité de Dere-

102. En modo alguno podría aducirse que el entendimiento aquí efectuado implica realizar una modificación, por vía de interpretación, de la Carta de la OEA. No se trata de hacer decir al texto de la Carta lo que no dice, y entender que es la propia Carta la que establece un "derecho". Por el contrario, lo que aquí se está interpretando es el texto del Pacto de San José, señalando que en su artículo 26 se encuentra comprendido el *derecho a la vivienda*. No se trata de sostener que los derechos "están" en la Carta de la OEA, sino que, por imperio de lo normado en el artículo 26 de la Convención, la Carta debe ser utilizada para determinar los derechos que se encuentran comprendidos en el Pacto de San José. La base normativa en la que se encuentran los derechos es la Convención Americana; la Carta de la OEA resulta ser, por mandato del Pacto de San José, un texto a utilizar para dilucidar (para "derivar") los derechos económicos, sociales y culturales comprendidos en este tratado.

103. Ahora bien, en cuanto a si el *derecho a la vivienda*, así entendido, ofrece una base normativa suficiente para apreciar su contenido y determinar obligaciones, entiendo que sí en los términos previamente analizados. Esto, porque dicho derecho, al igual que otros plasmados en la Convención Americana, debe relacionarse con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José; y, además, como lo ha hecho habitualmente la Corte IDH, es posible recurrir a otros instrumentos a fin de interpretar el contenido de los derechos que se encuentran en la Convención Americana.[115]

104. En todo caso, es una característica propia del derecho internacional de los derechos humanos que sus normas sean escuetas y no ofrezcan una reglamentación detallada de su contenido. Esta característica no las priva en modo alguno de operatividad o justiciabilidad. En todo caso, la situación no es distinta a la que ha permitido a la Corte IDH pronunciarse sobre derechos y obligaciones que no se encuentran expresamente plas-

chos Económicos, Sociales y Culturales pronunciarse respecto al derecho a una vivienda adecuada- *Cfr.* su Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

115 Así, por ejemplo, como en otras oportunidades, respecto al caso *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia,* al entender el artículo 19 de la Convención, referido a los "[d]erechos del [n]iño", la Corte IDH ha aseveró que dicha norma debía interpretarse "a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas", expresando que "este *corpus juris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños", por lo que consideró relevante tener en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272, párrs. 216, 217 y 219.

mados en el tratado, pero que ha entendido que se desprenden de sus normas.

105. Así, por ejemplo, la Corte IDH se ha pronunciado respecto al "derecho a la identidad", sin que la palabra "identidad" pueda encontrarse en la Convención Americana;[116] también lo ha hecho respecto al "derecho a la verdad", que no se encuentra expreso en la Convención;[117] o "el derecho a la consulta" en el caso de los pueblos indígenas y tribales.[118] Asimismo, resulta extensa, constante y detallada la jurisprudencia respecto a la "obligación de investigar", siendo que la voz "investigar" no se encuentra en modo explícito en ninguna norma del tratado.[119]

---

116 Reitero al respecto lo expresado en el párrafo 54 de mi Voto concurrente respecto de la Sentencia de la Corte en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261: "En similar sentido, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte desarrolló el denominado derecho a la identidad (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De esta forma, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos por los artículos 3, 17, 18, 19 y 20 de la Convención fueron interpretadas de acuerdo con el *corpus iuris* del derecho de la niñez, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño". *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párrs. 121 y 122.

117 La Corte IDH ha declarado violado en diversas ocasiones el "derecho a la verdad" o el "derecho a conocer la verdad". *Cfr. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299; *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, núm. 314. Sobre la necesidad y viabilidad de declarar la violación autónoma de este derecho, véase: el Voto concurrente que emití *al Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287.

118 *Cfr.* Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.

119 Pueden cotejarse múltiples decisiones de la Corte IDH, desde su primera decisión de fondo. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrs. 176 y 177; hasta los párrafos 279 y 280 de la Sentencia a la que concurre este voto.

IV. La vulneración del derecho a la vivienda con fundamento en el principio *iura novit curia*

106. En el presente caso ni los representantes de las víctimas ni la Comisión Interamericana alegaron explícitamente la violación del artículo 26 de la Convención Americana. Sin embargo, ha sido práctica reiterada del Tribunal Interamericano la aplicación del principio *iura novit curia*, lo cual puede ser válidamente invocado en casos como en el que se analizó, especialmente si se tiene en consideración que sí existen alegatos sobre la vulneración de la vivienda, la cual fue incluso valorada por la Corte IDH en las reparaciones.

107. En otra ocasión expresé que "[l]a ausencia de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad, no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* 'del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente'";[120] y expliqué cómo "la invocación de este principio ha sido una práctica de los tribunales internacionales" y que en función de dicho principio "[n]o existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes".[121]

108. El caso ofrecía una base fáctica suficiente para analizar la vulneración del derecho a la vivienda. En efecto, el párrafo 259 de la Sentencia explica que "está probado que en el presente caso luego del abandono de las casas de habitación por las señoras Rúa y Ospina y sus familiares, las mismas progresivamente fueron desmantelas hasta quedar en ruinas, y saqueadas por parte de terceros".[122]

---

120 La cita es a las siguientes sentencias: *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C, núm. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 166, y *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 61.

121 Voto concurrente respecto de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párrs 92 a 94. Además de los precedentes citados en la nota anterior, de modo más reciente la Corte ha hecho uso del principio *iura novit curia: Cfr. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, párr. 305 o *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 126.

122 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 259.

109. Al respecto, debe notarse que en el párrafo 107 de la Sentencia, como parte de los hechos del caso analizados por la Corte IDH, se lee que: "[l]a señora Rúa se vio obligada a dejar la Comuna 13 entre el 24 y 26 de junio de 2002, junto con sus hijas y su compañero permanente. […] El 8 de julio de 2002 presentó una denuncia penal por el desplazamiento, señalando lo ocurrido a ella y sus familiares, en la que también refirió que el 27 de junio de 2002 se enteró que su casa había sido ocupada por paramilitares que habían dicho públicamente que sabían que se trataba de la vivienda de la Presidenta de la [Junta de Acción Comunal (JAC)], y que el inmueble había sido destruido de modo progresivo. La señora Rúa y sus familiares no han regresado al barrio y viven actualmente en un municipio cercano a la ciudad de Medellín; ella no ha podido reanudar sus actividades en la JAC".[123] El párrafo 228 de la Sentencia informa también que la señora Rúa y su familia "no han podido recuperar ningún objeto de su casa".[124]

110. El párrafo 229 de la Sentencia refieren lo siguiente:

> [e]l 10 de julio de 2002 [el órgano competente] certificó que la señora Rúa perdió su vivienda y todos sus enseres el miércoles [cuando] "debió desplazarse a otro lugar en busca de seguridad". La señora Rúa solicitó su inscripción en el "Registro Único de Desplazados" en varias oportunidades desde el año 2002 hasta el 2010, sin lograrlo, aun cuando presentó dos acciones de tutela. Sin embargo, el 6 de marzo de 2014 la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, revocó anteriores decisiones y ordenó inscribirla como desplazada. Por otro lado, el 16 de abril de 2007, luego de cinco años de haberse desplazado, Acción Social asignó un único monto de ayuda humanitaria a la señora Rúa, por un valor de $618,000 pesos colombianos.[125]

111. Entre las consecuencias que la señora Rúa manifestó por lo sucedido, mencionó que "se vio afectada su familia[,] expresó que '[sus] hijas […] no [pudieron] vivir su infancia y adolescencia en un ambiente seguro, [y que] ahora manifiestan situaciones de miedo e inseguridad ante cualquier ruido que puedan asociar con disparos'". "Manuela Palacio Rúa, hija de la señora Rúa, declaró que sufrió la «pérdida del espacio donde viví[an], desarraigo con amigos y amigas, desarraigo de un entorno donde [se] sentía cómoda y feliz»".[126]

---

123 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 107.

124 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 228.

125 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 229.

126 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párrs 230 y 231.

112. El párrafo 109 de la Sentencia señala: "La señora Ospina, el 12 de noviembre de 2002, se fue del barrio con su esposo y sus tres hijos", y que las propias autoridades judiciales, más tarde, "establecieron que ella 'se vio obligada a desplazarse' por 'las amenazas proferidas en su contra por un grupo irregular'".[127] De conformidad al párrafo 110, el 18 de julio de 2003:

> [l]a señora Ospina denunció que su esposo y su hijo regresaron con el fin de proteger la vivienda de una posible invasión de los paramilitares, y que el 3 de marzo de 2003 "miembros del ejército, la policía, encapuchados y personas vestidas de civil sin identificarse que indicaron ser de la Fiscalía", allanaron su casa sin orden judicial, golpeando y amenazando a su esposo para luego obligarlo a cavar un hueco en el piso de la casa aduciendo que ellos ahí tenían armas. Colombia informó que "no existe registro sobre el allanamiento de las autoridades del Estado". También denunció la señora Ospina que hechos similares ocurrieron los días 6 y 11 de marzo de 2003 y también, los días 26 y 27 de junio de ese año, cuando ya habían dejado la vivienda y la habían alquilado. La vivienda de la señora Ospina finalmente fue destruida. Ella expresó que, luego de estar en otros lugares, desde 2005 ha vivido en otros sectores de Medellín, y que "nunca quis[o] volver a espacios en donde [la] pudieran identificar". Manifestó que perdió todos sus bienes materiales.[128]

113. Además, en los párrafos 232 a 235 de la Sentencia se señala:

> 232. […l]a vivienda de la señora Ospina [fue] destruida a lo largo de los años y todos sus bienes [fueron] saqueados. Ella se ha visto impedida de regresar al barrio y no ha querido regresar a trabajar en organizaciones sociales o comunitarias[.] [A]ctualmente vive en otro sector de Medellín.
>
> 233. El 2 de diciembre de 2003 se negó a la señora Luz Dary Ospina su solicitud, presentada antes de esa fecha, para su inscripción en el "Registro Único de Población Desplazada"; luego, el 13 de febrero de 2004 el Coordinador de la Unidad Territorial Bogotá de la Red de Solidaridad Social, en resolución del recurso interpuesto por ella, revocó la providencia que negó su inscripción y ordenó su inclusión inmediata […].
>
> 234. Edid Yazmin Hoyos Ospina, hija de la señora Ospina, declaró que:
>
> "el desplazamiento a otra ciudad, implicó un choque cultural, cambio de clima extremo, condiciones de vida extremas, porque [sus] padres no tenían ni plata, ni conocidos, ni familiares. [Se] tenía[n] que acomodar a las condiciones que [les] planteaban en la entidad que [los] ayudó a llegar [a Bogotá]. El

127 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 109.

128 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 110.

> miembro de la familia con mayores afectaciones psicológicas fue [su] hermano, el cual expresa para qué volver a construir algo, si en cualquier momento puede volver a pasar lo mismo y volver a quedar sin nada. Además desde hace 15 años consume drogas, viendo en el consumo la forma de no recordar lo sucedido".
>
> 235. En igual sentido, Liz Arévalo señaló, en su peritaje ante e[l] Tribunal, que los diversos traslados que tuvo que realizar la familia "implic[aron] dejar lo conocido, huir, tener que despedirse de la familia extensa y enfrentarse a la hostilidad de las otras ciudades a las que llegaron".[129]

114. Además de lo anterior, la Comisión Interamericana y las partes, hicieron referencia a la pérdida de la vivienda en sus argumentos. Ello fue así, en primer lugar, respecto a los argumentos indicados en los párrafos 207, 210 y 213 de la Sentencia, presentados respecto del derecho a la propiedad privada y la aducida vulneración al derecho a la protección de la honra y de la dignidad.[130] Asimismo, aunque no alegaron expresamente la violación al artículo 26 de la Convención Americana, la Comisión y los representantes de las víctimas hicieron otras referencias al tema. La Comisión Interamericana hizo menciones a la cuestión de la pérdida de las viviendas en relación con sus alegatos respeto los derechos a la integridad personal y de circulación y de residencia, como respecto a los derechos del niño y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial.[131] Los representantes, por su parte, al señalar impactos y consecuencias del desplazamiento forzado expresaron que "[e]ste fenómeno constituye una violación grave de derechos humanos, y en forma particular y directa atenta contra […] el derecho a la vivienda, […], entre otros".[132] Hicieron también alusiones a lo ocurrido con la vivienda de las víctimas en relación con argumentos sobre los derechos a la integridad personal, a la protección de la honrra y de la dignidad, los derechos del niño, y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial.[133]

---

129 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párrs. 232, 233, 234 y 235.

130 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párrs. 207, 210 y 213.

131 *Cfr.* Informe de Fondo, párrs. 224 a 226 y 236, 287 a 289 y 293, 307, 311, 350, 351, 357, 363 y 367. También la Comisión hizo mención a la "toma" y "destrucción" de las viviendas en la audiencia pública y en el párrafo 69 de sus observaciones finales escritas.

132 Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, párr. 266.

133 Así lo efectuaron en los párrafos 362, 365, 368, 373, 418, 419, 447, 448, 459, 500, 501 de su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. También hicieron referencia a la "pérdida de las viviendas" en la audiencia pública y en el escrito de alegatos finales.

115. Sobre la base de lo anterior, encuentro que el caso presentaba elementos que permitían claramente analizar la vulneración al *derecho a la vivienda* con base en el principio *iura novit curia*, teniendo en cuenta lo expuesto antes sobre la competencia de la Corte IDH respecto al artículo 26 de la Convención Americana.

V. El desplazamiento forzado intraurbano y su impacto en el *derecho a la vivienda*

116. Un primer punto a resaltar —que no se había presentado en la jurisprudencia interamericana en casos similares— es el desplazamiento forzado *intraurbano* del cual las señoras Ospina, Rúa, Mosquera y Naranjo fueron víctimas. En este sentido, la Corte IDH ya ha destacado que el artículo 22.1 de la Convención Americana reconoce el derecho de circulación y de residencia.

117. En esta línea, el Tribunal Interamericano ha considerado que esta norma protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte o a no tener que salir forzadamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente. Asimismo, el Tribunal Interamericano ha señalado en forma reiterada que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.[134]

118. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General No. 27, en cuanto al contenido de este derecho, ha considerado que consiste, *inter alia*, en: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia, lo cual incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado; y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en el. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.[135]

---

134 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 188; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párr. 172; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 110; *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 248, párr. 220 y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párr. 186.

135 *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, *Libertad de Circulación,* CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 29 de noviembre de 1999, párrs. 4,5, 7 y 19.

119. Al respecto, la Corte IDH ha entendido por desplazados internos a las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.[136]

120. Sin embargo, en ninguno de los casos anteriormente conocidos por este Tribunal Interamericano se había presentado un escenario en el cual el desplazamiento surgiera *dentro de la misma ciudad*; es decir, se configura un desplazamiento de carácter intraurbano. Sobre este caso, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T- 268/03 expresó que:

> DESPLAZAMIENTO INTERNO-Entre lugares de la misma ciudad
>
> *Para caracterizar a los desplazados internos, dos son los elementos cruciales: [i)] La coacción que hace necesario el traslado; [y ii)] la permanencia dentro de las fronteras de la propia nación. Si estas dos condiciones se dan, como ocurre en el caso motivo de esta tutela, no hay la menor duda de que se está ante un problema de desplazados. El carácter de desplazados internos no surge de aspectos formales, ni de interpretaciones restrictivas, sino de una realidad objetiva: el retiro del lugar natural que los desplazados tenían, y la ubicación no previamente deseada en otro sitio. Todo esto debido a la coacción injusta de grupos armados que, como en el caso analizado en la presente sentencia, no solamente amenazaron la vida de numerosas familias, sino que les quemaron las casas, los ultrajaron, les dieron la orden perentoria de abandonar el sitio y como si fuera poco asesinaron a un integrante de ese grupo. En ninguna parte se exige, ni puede exigirse, que para la calificación del desplazamiento interno, tenga que irse mas allá de los límites territoriales de un municipio. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que el desplazamiento entre la misma ciudad hace parte del desplazamiento interno forzado cuando se reúnen los requisitos que caracterizan a este último.*[137] (Subrayado añadido)

121. En este sentido, el artículo 22 de la Convención Americana, en este tipo de casos, también debe entenderse —como se pone de manifiesto

---

136 *Cfr.* Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 11 de febrero de 1998, párr. 2. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, nota 265 y *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270, párr. 284.

137 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-268 de 2003, Sentencia de 27 de marzo de 2003, disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-268-03.htm.*

en la Sentencia al declarar la violación de esta norma convencional—que el desplazamiento forzado interno también puede llegar a configurarse en aquellas situaciones en las cuales dicho desplazamiento *se de entre lugares de la misma ciudad* por los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada o de violaciones de los derechos humanos. Lo anterior, debido a que el fenómeno de desplazamiento forzado interno, en sus diferentes formas, es una circunstancia de *facto* y no depende del reconocimiento o denominación jurídica que el Estado otorgue. Así, dos son los elementos fundamentales para identificar a personas que se encuentran en una situación de desplazamiento interno: *a)* la coacción necesaria para su traslado, y *b)* la permanencia dentro de las fronteras del propio país. Por otro lado, no es, ni puede ser exigible, que para la calificación del desplazamiento interno se tenga que ir más allá de los límites territoriales, inclusive de la misma ciudad de residencia. Así, lo único relevante en este tipo de circunstancia es que las personas afectadas se hayan visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, ya sea su vivienda o localidad.

122. Adicionalmente, el fenómeno de *desplazamiento forzado intraurbano*, además de vulnerar el derecho de circulación y residencia, también se encuentra asociado a la vulneración a otros derechos humanos como la vida, el trabajo, la integridad personal, la educación, la vivienda en condiciones dignas, la seguridad social, la salud, entre otros.[138] Respecto del *derecho a la vivienda*, las mujeres desplazadas sufren de manera desproporcionada esta violación de derechos humanos respecto de los hombres.[139]

---

138 Por ejemplo, en los casos que ha conocido el Tribunal Interamericano se ha hecho énfasis entre la pérdida de la vivienda y otros bienes (electrodomésticos, dinero, medicamentos, ropa, artículos de higiene personal, ganado, cultivos, etc.). *Cfr.* Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 237, párrs. 148 a 150; *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249, párr. 203; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252, párr. 202 y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299, párr. 204.

139 Bajo este panorama, *las mujeres*, los niños, las personas mayores, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como los individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por esta práctica. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia del derecho de propiedad, o del derecho al acceso a la propiedad o la vivienda. *Cfr.* ONU, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 7, El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16º periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), párr. 10.

123. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General No. 30 sobre *las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflicto,* ha señalado que, en el caso del desplazamientos internos, éstos tienen dimensiones de género específicas en todas las etapas del ciclo del desplazamiento; durante la huida, el asentamiento y el regreso a las zonas afectadas por conflictos, las mujeres y las niñas son especialmente vulnerables al desplazamiento forzado. Así, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, se aplica en todas las etapas del ciclo de desplazamiento y que las situaciones de desplazamiento forzado afectan a las mujeres de modo diferente a los hombres e incluyen violencia y discriminación por razón de género.[140]

124. Adicionalmente, las mujeres en situaciones de conflicto o posteriores a los conflictos, afectan de forma distinta a hombres y mujeres, pudiendo exacerbar una discriminación ya existente contra la mujer. La destrucción de sus hogares, de la estructura familiar y de la comunidad dejan a las mujeres en una situación especialmente vulnerable. En algunos casos, la fase de reconstrucción puede suponer para las mujeres una oportunidad de exigir sus derechos y hacer valer sus derechos a la tierra, a la vivienda y a la propiedad. Sin embargo, en muchos casos, las mujeres que intentar reclamar estos derechos se enfrentan a situaciones de discriminación.[141]

125. Respecto al *derecho a la vivienda y la labor de las defensoras de derechos humanos*, *y su vínculo con el desplazamiento forzado*, la Relatora Especial sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos ha expresado que las defensoras de derechos humanos y quienes se dedican a los derechos de las mujer o las cuestiones de género, habida cuenta de la escasez de recursos estatales para protegerlas, tienen que adoptar a menudo medidas para protegerse. En este sentido, se utilizan redes de apoyo, como la familia, la comunidad y otros defensores para abandonar sus casas o llevar a sus hijos a un lugar seguro temporalmente en caso necesario.[142] Como lo señalara la Relatora Especial sobre la situación de las defensoras y los defensores de los derechos humanos:

---

140 *Cfr.* Comité CEDAW, *Recomendación General No. 30, sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflicto*, CEDAW/C/GC/30, 1 de noviembre de 2013, párr. 53.

141 *Cfr.* ONU, *La mujer y la vivienda adecuada, Estudio realizado por el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación*, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2003/55, 26 de marzo de 2003, párr. 33.

142 ONU, *Informe de la Sra. Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/HRC/16/44, 20 de diciembre de 2010, párr. 99.

> [s]egún la información recibida, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que las defensoras corren riesgos extraordinarios por su condición de mujeres y su participación activa en movimientos comunitarios y sociales. A este respecto, la Corte Constitucional ha ordenado que se proteja adecuadamente a las mujeres que dirigen las comunidades de desplazados internos y ha destacado los riesgos relacionados con el género que corren las defensoras en el contexto del conflicto.[143]

126. En el *Caso Yarce y otras,* la Corte IDH dio por probado la situación de desplazamiento intraurbano en la Comuna 13 a raíz del desplazamiento de 65 familias hacia otras partes de Medellín,[144] 55 de las cuales tenían a una mujer como cabeza de familia. Además, también se refirió que si bien todos los habitantes de la Comuna 13 sufrieron los efectos del conflicto armado, estos fueron particularmente graves para las mujeres, quienes enfrentaron la persecución, destrucción de sus proyectos, así como el estigma y consecuencias del despojo.

127. En este sentido, en Medellín, y en la Comuna 13, las mujeres fueron afectadas especialmente por la violencia y por el fenómeno del *desplazamiento intraurbano*.[145] Los líderes y representantes comunitarios de la Comuna 13 se hallaban en una situación de riesgo cuando se negaban a someterse a un nuevo poder barrial. Como consecuencia, se enfrentaban a diversas formas de amedrentamiento, entre las que pueden nombrarse amenazas, muertes selectivas, destrucción de bienes, desplazamientos masivos, entre otros.[146] Adicionalmente, la Corte IDH observó en la Sentencia que con base a los distintos informes de organismos de derechos humanos que datan de los años 2001, 2002, 2003 y 2004, al momento de los hechos del presente caso, existía un contexto de violencia en perjuicio de las mujeres defensoras de derechos humanos en Colombia. De dichos informes se desprende que concurrían diferentes formas de hostigamiento, amenazas y represalias en su contra.[147]

128. En el caso particular de las señoras Myriam Eugenia Rúa Figueroa y Luz Dary Ospina Bastida, la Corte IDH dio por probado que eran mujeres

---

143 ONU, *Informe de la Sra. Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/HRC/16/44, 20 de diciembre de 2010, párr. 94.

144 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 85.

145 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 98.

146 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 97.

147 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 99.

que se desempeñaban como defensoras de derechos humanos en la Comuna 13 y que tuvieron que desplazarse internamente por efectos de la violencia que se había ejercido contra ellas en el marco del desempeño de sus actividades. Adicionalmente, en el caso de ambas víctimas sus viviendas fueron destruidas.[148]

129. Si bien en el presente caso se declaró vulnerado el artículo 21 de la Convención Americana (Derecho a la Propiedad Privada), los conceptos de propiedad y vivienda en el marco del conflicto armado y del desplazamiento forzado tienen connotaciones distintas.[149] En ese sentido, en la Sentencia la Corte IDH concluyó que:

> 256. En el presente caso, la Corte determinó que la destrucción de las viviendas de las señoras Myriam Rúa Figueroa y Luz Dary Ospina Bastidas, así como la pérdida de los bienes que se encontraban en su interior, ocurrieron después de que dichas señoras se habían desplazado y abandonado sus viviendas[,] cuestiones que tienen relación con la alegada violación del derecho a la propiedad privada […]
>
> […]
>
> 258. Al respecto, las señoras Rúa y Ospina cuando denunciaron su desplazamiento se refirieron por primera vez al abandono que hicieron de sus viviendas, y que las mismas fueron destruidas y saqueadas paulatinamente por terceros. […]
>
> 259. Ahora bien, está probado que en el presente caso luego del abandono de las casas de habitación por las señoras Rúa y Ospina y sus familiares, las mismas progresivamente fueron desmantelas hasta quedar en ruinas, y saqueadas por parte de terceros […]. Después del conocimiento de los hechos ocurridos a las señoras Rúa y Ospina a través de las denuncias que interpusieron el 8 de junio de 2002 y 18 de julio de 2003, respectivamente, el Estado no adoptó medidas necesarias para proteger, de ser el caso, los bienes de las presuntas víctimas ni les facilitó mecanismos para la obtención de una vivienda adecuada. Tampoco adoptó las medidas necesarias para garantizar a las presuntas víctimas un regreso seguro a la Comuna 13, en vulneración del deber de garantía del derecho de circulación y residencia. Todo ello generó una grave privación del uso y goce de los bienes de las presuntas víctimas.
>
> […]

148 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párrs. 107, 109, 110, 228, 229 y 232.

149 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-268 de 2003, Sentencia de 27 de marzo de 2003, disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-268-03.htm*. En similar sentido: Corte constitucional T-025/04, de 22 de enero de 2004. Disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm*

> 262. En consecuencia, dadas las circunstancias del presente caso, la Corte concluye que el Estado es responsable por no garantizar el uso y disfrute del derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Luz Dary Ospina [y de sus familiares] y de Myriam Rúa Figueroa, [y de sus familiares].[150] (Subrayado añadido)

130. El Tribunal Interamericano ha entendido que el artículo 21 de la Convención Americana como una disposición que contiene un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, *a)* "el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles,[151] así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona",[152] *b)* que el concepto "comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor",[153] y *c)* que el derecho a la propiedad privada reconocido en la Convención incluye además que tanto el uso como el goce pueden ser limitados por mandato de una ley, en consideración al "interés social o por razones de utilidad pública y en los casos y según las formas establecidas por la ley y que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización".[154]

131. Aunque el derecho a la vivienda y a la propiedad están vinculados de manera indivisible e interdependiente, en tanto que toda vivienda puede ser susceptible de ser protegida mediante el derecho de propiedad, pero no toda propiedad es necesariamente una vivienda. En este sentido, en general, el derecho a la vivienda *es el derecho de toda persona a un hogar seguro, asequible y habitable*, concepto que no se abarca dentro del concep-

---

150 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párrs. 256, 258 , 259 y 262.

151 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 220 y *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C, núm. 223, párr. 82

152 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 122, y *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 220.

153 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299 y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 122.

154 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 143.

to de propiedad que ha desarrollado la Corte IDH en su jurisprudencia; así, en el marco del desplazamiento forzado interno (inclusive intraurbarno*) se pueden suscitar violaciones a la vivienda ya sea por el simple hecho de abandonarla por la violencia y/o por la destrucción total o parcial de ella y, además existiría una violación al derecho de la propiedad privada a otros bienes que se encuentren dentro de ella*.[155]

132. Esta diferenciación quedó plasmada en las reparaciones de la Sentencia, respecto del daño material. En efecto, la Corte IDH estimó que:

> 364. Sin perjuicio de ello, este Tribunal considera que se ha de presumir que, como ya lo ha hecho en casos previos, que las señoras Ospina, Rúa, Mosquera y Naranjo y sus familiares desplazados, a saber: Gustavo de Jesús Tobón Meneses, Bárbara del Sol Palacios Rúa, Úrsula Manuela Palacios Rúa, Valentina Tobón Rúa, Oscar Tulio Hoyos Oquendo, Edid Yazmín Hoyos Ospina, Oscar Darío Hoyos Ospina, Migdalia Andrea Hoyos Ospina, Hilda Milena Villa Mosquera, y Lubín Alfonso Villa Mosquera incurrieron en diversos gastos con motivo de su desplazamiento. Por tanto, considera pertinente el reintegro, en equidad, de un monto de USD $15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) **por concepto de daño material a favor de cada una de dichas personas**. En relación con la violación del derecho a la propiedad privada declarada en el presente caso, la Corte considera que el Estado debe pagar, en equidad, un monto de USD $20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) **al grupo familiar de la señora Luz Dary Ospina** e igualmente un monto de USD $20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) **al grupo familiar de la señora Rúa Figueroa** (*supra* párr. 267). La suma será entregada a las mencionadas señoras.[156] (Énfasis añadido).

133. De esta manera la Corte IDH considera una reparación diferenciada dentro del contenido del artículo 21 entre el derecho a la propiedad *a favor de cada una de las personas* —en términos de bienes como ha sido concebido por el artículo 21 como pérdida de sus ingresos, bienes muebles o gastos de arriendo— y la reparación de la vivienda (como un aspecto diferenciado de lo que tradicionalmente se ha entendido por "bienes") al resarcir el daño a los *grupos familiares* de las señoras Ospina y Rúa; es decir, su derecho a obtener una *vivienda adecuada*.

134. En este sentido, el reconocimiento diferenciado del derecho a la vivienda del derecho a la propiedad privada, en este tipo de contextos,

---

155 Véase: *Cfr.* ONU, *Manual sobre la restitución de viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas. Aplicación de los Principios de Pinheiro*, Marzo de 2007, p. 47. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf*.

156 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párr. 364.

permiten dimensionar la gravedad de las afectaciones que, por ejemplo, resienten las defensoras de derechos humanos al ser víctimas de desplazamiento intraurbano, ya que en muchos casos la destrucción de las viviendas sirve como medio de intimidación contra las y los defensores de derechos humanos para que no sigan desarrollando sus labores; lo que además acarrea el desmembramiento de las relaciones familiares y el lugar en donde han desarrollado su vida.

135. Ahora bien, la Corte IDH no estableció una responsabilidad directa, por violación al deber de respeto, respecto de desplazamiento forzado intraurbano de las víctimas ni sobre el abandono, la ocupación o la destrucción de los inmuebles que habitaban; es decir, no determinó que el Estado, a través de sus agentes, hubiera causado tales actos.

136. Sin perjuicio de ello, en los párrafos 258 y 259 transcritos,[157] el Tribunal Interamericano aseveró que cuando denunciaron su desplazamiento las señoras Rúa y Ospina se refirieron por primera vez al abandono que hicieron de sus viviendas, siendo estas destruidas y saqueadas paulatinamente por terceros; concluyendo que después de las denuncias presentadas por las víctimas, el Estado no adoptó medidas necesarias para proteger los bienes de las presuntas víctimas ni facilitó mecanismos para la obtención de una *vivienda adecuada*. Tampoco adoptó las medidas necesarias para garantizar a las presuntas víctimas un regreso seguro a la Comuna 13, en vulneración del deber de garantía del derecho de circulación y residencia. Todo ello generó una grave privación del uso y goce de los bienes de las presuntas víctimas. Por lo expuesto, la Corte IDH entendió que el Estado no garantizó el derecho a la propiedad privada de las víctimas.

137. Como se advierte, la Corte IDH no dejó de advertir el vínculo que en el caso tenía la propiedad con la vivienda. Incluso, el Tribunal Interamericano hizo énfasis en ello, para destacar la "particular relevancia" que en el caso tenía la protección de la propiedad, advirtiendo la relación de ello con "otros derechos humanos", sin explicitar una alusión puntual. Expresó que "la vulneración al derecho a la propiedad no conllevó solo el menoscabo patrimonial o económico, sino la afectación a otros derechos humanos. En efecto, las señoras Rúa, Ospina y sus familiares se vieron privados de sus viviendas. Como en otros casos, es relevante apreciar la relación e interdependencia entre distintos derechos, e interpretar el contenido de los mismos a partir de ello. [...] Teniendo en consideración lo expuesto, el deber estatal de proteger los bienes de las presuntas víctimas se entiende cabalmente advirtiendo la relevancia de los bienes en cuestión para las personas perjudicadas, por ser sus viviendas, así como la afec-

[157] Véase *supra* párr. 129 del presente voto.

tación que generó su privación en el caso, particularmente respecto de mujeres y niños".[158]

138. De lo anterior se aprecia que la Corte IDH entendió que el perjuicio causado a las víctimas excedía aspectos meramente patrimoniales y se relacionaba con "otros derechos humanos". Es sobre la base de esas consideraciones que el Tribunal Interamericano haya considerado que "se entiende cabalmente" el deber de protección respecto de los bienes. Es precisamente por tales motivos que considero que se debió ir más allá, ampliando las consideraciones en cuanto a la afectación al derecho a la vivienda, lo cual hubiese sido posible si se declarara la violación de manera autónoma vía artículo 26 de la Convención Americana.

139. El presente caso debe examinarse a partir de deberes que se desprenden de la obligación de respeto y garantía establecida en el artículo 1.1, y que coinciden, sustancialmente, con los deberes de protección y cumplimiento del derecho referidos por el Comité DESC en los términos ya analizados. La Corte IDH concluyó que el Estado no había adoptado medidas necesarias para "proteger" los bienes de las presuntas víctimas, y que no les "facilitó" mecanismos para la obtención de una *vivienda adecuada*,[159] por lo que entendió incumplido el deber de garantía en relación con el derecho a la propiedad, previsto en el artículo 21 del Pacto de San José. El mismo examen era válido para el derecho a la vivienda, lo que hubiera permitido al Tribunal Interamericano profundizar los alcances y contenido de este derecho.

140. En ese marco, resultaba también pertinente considerar, en relación con el derecho a la vivienda, las pautas referidas aplicables a situaciones de desplazamiento forzado, que indican, *inter alia*, el derecho al "nivel de vida adecuado" y el "derecho a una vivienda adecuada" de las personas desplazadas, así como los deberes de los Estados de proteger de la destrucción, la apropiación, la ocupación o el uso arbitrario e ilegal a la propiedad y posesiones que los desplazados internos hubieran abandonado; de "adoptar medidas positivas para mejorar la situación de los […]y desplazados que no tienen viviendas adecuadas".[160]

---

158 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, párrs. 260 y 261.

159 Recordemos lo señalado, en cuanto a que respecto de los derechos sociales, como de cualquier otro derecho, el Comité DESC ha expresado que los Estados tienen la "obligación de *proteger*[, que] requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran" en el disfrute del derecho y la "obligación de *cumplir* (*facilitar*) [, que] requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho […]".

160 Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. 28 de junio de 2005. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17, principio 8.2.

141. Lo anterior permite entender mejor la decisión del Tribunal Interamericano. Recuérdese que, como consta en el párrafo 213 de la Sentencia, el Estado argumentó que "resulta ser una carga desmedida el exigir [...] protección [de los inmuebles], considerando la época de los hechos".[161] Ahora bien, dados los derechos en juego, no exclusivamente de propiedad o patrimoniales, y dada la particular situación de vulnerabilidad de las personas afectadas, surgen deberes específicos del Estado para proteger dichas personas y derechos, que no sólo no pueden ser eximidos en virtud de una situación contextual de dificultad, sino que, por el contrario, adquieren en la misma pertinencia y especial relevancia.

142. En definitiva, por lo dicho, entiendo que en las circunstancias del caso los derechos a la propiedad privada y a la vivienda se vieron vulnerados por la misma omisión estatal en efectuar, en observancia del deber de garantía, acciones para proteger las viviendas de las víctimas y facilitar el acceso a mecanismos que posibilitaran la obtención de una vivienda adecuada.

VI. Conclusiones

143. En suma, el *derecho a la vivienda* me resulta de especial preocupación en nuestro sistema de protección de derechos humanos pues parece haber sido olvidado en el Protocolo de San Salvador y en cierto sentido en la propia discusión y debate que se ha suscitado en torno a los derechos sociales; sin embargo, su vinculación no ha sido del todo desapercibida en la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque no ha sido profundizada ni delimitada con mayor rigurosidad, ya que la protección por la vía de la conexidad con otros derechos no lo permite.

144. En el presente voto he tratado de visualizar esta problemática, entendiendo que es legítimo para este Tribunal Interamericano realizar una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 26 del Pacto de San José, que permitan proteger "los *derechos* que se *derivan* de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, *contenidas* en la Carta de la Organización de los Estados Americanos". En este sentido, la Convención Americana y la Carta de la OEA pueden actuar de manera sinérgica para garantizar los derechos sociales que deriven de las normas que contemplen esos derechos, como lo es el *derecho a la vivienda* en los contextos de desplazamiento forzado interno.

[161] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325, párr. 213.

145. Y de ahí que el Tribunal Interamericano pudiera haber abordado la problemática también teniendo en cuenta en forma más precisa el perjuicio sufrido; esto es, la privación de la vivienda, lo que pudo haber llevado a declarar, además de la violación al derecho a la propiedad privada, la vulneración al *derecho a la vivienda*, contenido a mi entender en el artículo 26 de la Convención Americana conforme lo he tratado de exponer en el presente voto.

146. Advierto que la cuestión reviste importancia, pues el análisis más detallado y comprensivo de los derechos y obligaciones comprometidos en el caso no solo tiende a un desarrollo más preciso de la fundamentación; sino que permite el desarrollo de criterios jurídicos que posibilitan abordar de modo más propio y puntal asuntos de hondo impacto en la vigencia de los derechos humanos, como lo es el acceso a la vivienda y, en particular, su problemática en situaciones de desplazamiento forzado.

147. Este fenómeno, en particular el desplazamiento forzado interno (que incluye el desplazamiento intraurbano), ha sido particularmente grave en Colombia a partir del conflicto armado,[162] y se relaciona con afectaciones al derecho a la vivienda, entre otros derechos.[163] Como lo ha indicado la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada

[162] En el párrafo 83 de la Sentencia se indica, haciendo referencia a decisiones anteriores del Tribunal, "la especial afectación a los derechos de las personas desplazadas en Colombia a raíz del conflicto armado interno, sobre todo respecto de la considerable vulnerabilidad de las mujeres cabezas de familia", y se menciona que "el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos informó que a lo largo del 2002 el desplazamiento forzado de población registró un significativo crecimiento en el país, principalmente resaltó como preocupante el aumento de los desplazamientos intraurbanos". De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "[e]n la región, Colombia es el país con el mayor número de desplazados internos con un total de 6.044.200 personas que se encontraban en esta situación a finales de 2014". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015, párr. 61.

[163] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que "los desplazados internos tienen derecho a disfrutar libremente de los mismos derechos y libertades que el resto de los nacionales. No obstante, en la práctica, rara vez pueden hacerlo, puesto que el desplazamiento interno contradice *per se* el goce efectivo de los derechos humanos. Lo anterior se debe a que una de sus características principales consiste en que sus víctimas se han visto forzadas a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, lo cual implica dejar atrás sus proyectos de vida y en la mayoría de casos, la pérdida de tierras, viviendas y otros bienes y componentes del patrimonio, así como la afectación de diversos derechos que se derivan del desarraigo y del desplazamiento". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015, párr. 234.

como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación "[a]proximadamente un tercio de las muertes en todo el mundo están vinculadas a la pobreza y la vivienda inadecuada", y "[l]as personas sin hogar están sujetas a una intimidación, discriminación y acoso constante".[164]

148. Hechos como los que se suscitaron en el presente caso, en donde derivado del ejercicio de la defensa de los derechos humanos y la violencia dentro de la Comuna 13 hacia las defensoras de derechos humanos víctimas del caso *sub judice,* el desplazamiento forzado intraurbano en dos de ellas trajo *también como violación el derecho a la vivienda por su destrucción paulatina*. El reconocimiento de este derecho en la jurisprudencia interamericana abonaría para que la Corte IDH dimensione y proteja de mejor manera ciertos derechos enmarcados en la gravedad de las violaciones que se suscitan cuando una persona o grupo de personas se ven obligados a abandonar su hogar por causa de la violencia o de las violaciones masivas de derechos humanos.

149. Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado dentro de los derechos sociales se asimila a la vulneración que puede sufrir otro tipo de derecho. No siempre la evaluación sobre la observancia de un derecho económico, social o cultural conllevará la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o "no-regresividad", o sobre aspectos económicos, o sobre legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. En el caso, es evidente que el mismo no versa sobre aspectos del *derecho a la vivienda* respecto a los cuales el Estado pudiera argüir, a fin de pretender eximir su responsabilidad, que su plena efectividad está todavía supeditada al logro de avances progresivos.

150. De ahí que no concibo un Sistema Interamericano sin *derecho a la vivienda*. Y tampoco un tribunal de derechos humanos que no advierta el contexto en el cual se producen las violaciones a los derechos humanos, siendo los derechos sociales un componente sustancial en las democracias constitucionales y un imperativo para lograr la paz y la justicia social en los países de la región.

[164] Naciones Unidas, Asamblea General, Doc. A/71/310. 8 de agosto de 2016, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, párrs. 11 y 13.

El precedente constitucional: extensión y límites

*Domingo García Belaunde**

Sumario: 1. El precedente como concepto. 2. Las familias jurídicas. 3. El *common law*. 4. El *common law* en Estados Unidos. 5. Su irradiación en el resto de nuestra América. 6. *Súmula vinculante* en Brasil. 7. ¿Creación del derecho? 8. La creación de precedentes. 9. Precedente constitucional y creación del derecho. 10. Un desliz semántico: la "autonomía procesal" en la experiencia peruana. 11. Algunas consideraciones finales. 12. Recomendación bibliográfica.

1. El precedente como concepto

Como tantas palabras en el idioma castellano, la de "precedente" puede significar muchas cosas. En sentido general es algo que "antecede en el tiempo y en el espacio a otra cosa o persona que se toma como referencia" o "precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos", según como lo definen algunos diccionarios cuyas definiciones transcribimos. Y esto tiene una aplicación de orden general. Así, en materia de protocolos diplomáticos u oficiales, alguien siempre precede a alguien, o sea, va delante de él, con lo cual se entiende que hay un cierto orden o prelación. Se ve también en los actos litúrgicos; en el ordenamiento de las instituciones (por ejemplo, en las Fuerzas Armadas). Lo mismo puede decirse desde el punto de vista cronológico, cuando denota que por antigüedad o edad alguien va delante de otra o que cierta obra o idea antecede a otras. Sin embargo, en el aspecto jurídico esto tiene una fisonomía específica y tiende a concentrarse en el aspecto judicial, o sea, dentro de lo que comúnmente se llama administración de justicia, impartición de justicia o servicio de justicia. Aquí es en donde el concepto de "precedente" tiene un mayor

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Perú; Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); docente en la Facultad de Derecho de la UNMSM, en la PUCP y en la Universidad de Lima; profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Externado de Colombia. Conferencia inaugural del "III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional" dedicado al precedente constitucional y organizado por el Tribunal Constitucional de República Dominicana (Santo Domingo, 12-14 de octubre de 2016).

valor y adquiere una connotación especial que, por cierto, tiene muchas aristas y en donde existe abundante doctrina que no es pacífica. Pero este tópico es propio de un sistema jurídico determinado, como veremos, al tratar de las familias jurídicas. Y desde donde se expandió lentamente a otros países del orbe desde el siglo XIX.

Adelantemos que en el mundo del *common law* lo que se usa simplemente es la palabra "precedente" a secas y como consecuencia del principio de *stare decisis,* que está referido a lo que hacen los jueces al resolver casos sometidos a su despacho y por el cual toman en consideración la jurisprudencia existente con anterioridad. Esto quiere decir que el precedente se aplica a todo el universo jurídico y así se le llama. Cuando por el contrario se centra en un área determinada como la que aquí nos interesa, entonces se habla de "precedente constitucional", o sea, que afecta al mundo constitucional, pues hay otro mundo de precedentes vinculados a las áreas civil, penal, mercantil, etc. Por el contrario, en América Latina en un principio se pensó básicamente en el precedente constitucional, por su importancia, si bien hoy se encuentra en otras ramas del derecho. Y este traslado de una institución perteneciente a una tradición jurídica a otra, es lo que se conoce como "fenómeno de la recepción", que por lo general crea problemas de acomodamiento, de inserción y además cierto tipo de resistencias, mayores en el mundo constitucional que, por ejemplo en el mundo comercial, en donde figuras norteamericanas como el *leasing* se han acomodado perfectamente y con éxito en el mundo de los negocios. Esto, como se comprenderá, ha motivado que no sean pocos los que cuestionen esta "copia" o "trasplante" de una institución de un sistema a otro, con multitud de razones que aquí no vamos a analizar. Pero al margen de lo que estas críticas signifiquen, es obvio que el "precedente" se ha instalado entre nosotros y así hay que considerarlo, pues no nos abandonará. El problema es otro: cómo debe ser, qué configuración le damos y cómo debe aplicarse.

2. Las familias jurídicas

Para mejor ubicarnos, tengamos presente que así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Así, podemos tomar como referencia la obra del gran comparatista francés René David,[1] que distingue cuatro "familias" jurídicas:

[1] *Cfr.* René David, *Les grands systémes de droit contemporains,* París, L.G.L.J, 1969; hay traducción castellana.

a) Familia romano-germánica: es la que se ha formado sobre la base del derecho romano en el llamado *corpus iuris civile*. Es también conocido como sistema romano-civilista. En el mundo anglosajón se conoce como *civil law system* a todos aquellos que proceden de Roma. René David señala que agrega el calificativo de "germano" en homenaje al esfuerzo desplegado por las universidades y los profesores alemanes —sobre todo en el siglo XIX— en el estudio, sistematización y difusión del derecho romano; por eso prefiere la expresión "romano-germánica" que *brevitatis causa* puede denominarse simplemente como "derecho" o "familia romanista".

b) Familia del *common law*, que se origina en la Inglaterra del siglo XIII y que se cristaliza a través de un largo y lento proceso. El *common law* junto con los derechos romanistas, son las dos familias —o si se quiere "tradiciones"— que imperan actualmente en el mundo Occidental, con las modificaciones y transformaciones que el tiempo y las circunstancias han puesto en cada lugar. Partiendo de Inglaterra, se encuentra en países que fueron antiguas colonias, como es el caso de Estados Unidos, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, etcétera.

c) Familia de los derechos socialistas, inspirados en la filosofía marxista y que han surgido en oposición radical a los derechos occidentales. Aparece primero en Rusia a raíz de la revolución comunista de 1917 y luego se expande lentamente con diversos matices, a otros países del entorno —las llamadas democracias populares, Yugoslavia, China, etc.—. Tras la caída de la URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), en 1991, ha quedado enormemente limitada y de aplicación prácticamente reducida a la actual China, que por lo demás en lo económico practica una economía de mercado que ha virado cada vez más hacia el capitalismo. Y en lo que América se refiere, el caso peculiar de Cuba, que ha emprendido un viaje de retorno aun lento y no precisado.

d) Derechos religiosos y tradicionales: son aquellos basados fundamentalmente en sistemas filosóficos y religiosos de antigua data. Pueden mencionarse especialmente el derecho musulmán, el derecho hindú, el derecho judío, el derecho japonés, etc. Este tipo de derecho es lo que predomina en el Oriente y mantiene —sobre todo en determinados países— una sorprendente actualidad que alcanza incluso al mundo político.

La clasificación anterior no desdice la diversa multiplicidad que existe al interior de cada una de dichas "familias", ni tampoco la especificidad y carácter nacional que pueden tener muchas de ellas. Incluso las mutuas influencias recibidas. El derecho latinoamericano es ubicado, como es fá-

cilmente comprensible, dentro de la familia romano-germánica o romano-civilista, o simplemente "romanista", como usaremos aquí.

Acotemos finalmente que René David modificó en posteriores ediciones de su obra esta clasificación cuatripartita, incluyendo otras modalidades en relación, sobre todo con el Oriente, pero reafirma su punto de vista de que las principales familias jurídicas del mundo actual son, sin lugar a dudas, el *common law* y la romanista.

3. El *common law*

Nace como ya se ha dicho en Inglaterra, lo que hoy conocemos como Reino Unido que incluye Inglaterra propiamente dicha, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Este lugar apartado del continente europeo ha tenido una historia muy accidentada y peculiar, pasando de mano en mano de acuerdo con las invasiones y sucesivas ocupaciones —desde los celtas, la ocupación romana, hasta las últimas expediciones germánicas y nórdicas—. Pero el punto de quiebre lo constituye el año 1066 con la llamada invasión normanda que encabeza Guillermo *el Conquistador* y que marcara un antes y un después. La organización del país empieza, entonces, en forma lenta pero segura y ya no se detendrá. Incluso será una monarquía con una vida agitada y voluble pero sin interrupciones, salvo el periodo de liderazgo de Oliver Cromwell (1649-1658). Es en esa época, principios del siglo XIII en que se empieza a armar lentamente la estructura judicial —o sea, el sistema de justicia— que conlleva a la larga cierta uniformidad de las normas y de su aplicación. De esta suerte, el rey enviaba jueces itinerantes para resolver los conflictos que se daban a lo largo del territorio y que periódicamente se reunían en Westminster para intercambiar experiencias y acordar puntos de vista comunes para crear un modelo estándar en el país y que no tuvo en cuenta el derecho romano —que había cesado de aplicarse siglos atrás y parcialmente—, sino las costumbres y usos de los pobladores que antes habían estado sometidos a los pueblos más disímiles con cierto predominio germánico. Se trata de un derecho práctico, no teórico, que se formula y ordena con la idea de que sea el derecho común de la isla y por eso su nombre de *common law*. Es hecho por jueces y no son leyes, sino casos que se acumulan con el tiempo. Ya a fines del siglo XV es una tendencia generalizada, con lo cual el cuerpo de casos tiende a ser orientador y a ser considerado el "derecho de la tierra". Esto no impide, por cierto, que el Parlamento sancione leyes, pero son todavía muy pocas y llegado el caso no pueden ir contra el *common law*.[2]

[2] Este es, como se sabe, el principio sostenido por el juez Coke en el célebre caso *Bonham* de 1610.

Surge así la teoría del *stare decisis*, o sea, atenerse a lo resuelto, que en terminología cotidiana es lo que constituye el precedente: la norma previa que debe ser seguida si las situaciones son similares. Al principio los precedentes eran persuasivos, algo así como recomendaciones en aras de crear una igualdad de trato y de uniformar criterios jurídicos creando cierta predictibilidad en casos futuros, reforzando la seguridad jurídica. Luego vino su carácter más vinculante entre los siglos XVI-XVIII: el gran teórico es el jurista Blackstone que en su día sistematiza todo el derecho inglés y que además tendrá una gran influencia en las colonias de América. Y, finalmente, su carácter obligatorio a mediados del siglo XIX, cuando en paralelo empieza a aumentar la legislación.

Los precedentes trajeron muchos problemas que fueron materia de debate. Lo primero había que establecer si eran obligatorios o solo persuasivos. La doctrina distinguió entre precedentes obligatorios, cuasiobligatorios, declarativos y persuasivos. Y también el nivel, o sea, si era vertical —de arriba hacia abajo— u horizontal, o si eran "declarativos" de algo que ya existía, o meramente "constitutivos".

El siglo XX ve precisarse mucho más este debate. Incluso hay problemas no resueltos. Y si bien con excepciones, al final se llega a la conclusión de que solo lo dispuesto por el más alto tribunal era obligatorio, o sea, la Cámara de los Lores a través de su Comité Judicial, compuesto por doce lores, llamados *Law Lords*. Hoy existe desde el 2005 y en funciones desde el 2009 la Corte Suprema del Reino Unido, que ha consistido en un simple traslado de los *Law Lords* a un ente independiente y que fue creado para ofrecer una percepción de independencia en el máximo tribunal, pues la separación de poderes nunca ha existido en Inglaterra —ficción, como se sabe, creada por Montesquieu—. Los tribunales ingleses son un cuerpo aparte e independiente y con una estructura muy compleja, fruto de la evolución política del país, pero a la nueva Corte Suprema van muy pocos casos: casi todos se resuelven en los tribunales inferiores. Lo importante es que solo el tribunal más alto de la organización puede apartarse de sus precedentes, si bien la elasticidad del precedente es algo relativo.

Hay que tener en cuenta que se ha distinguido desde un primer momento la *ratio decidendi* —o *holding*— que es el argumento o argumentos centrales de una decisión y que en puridad son el precedente —del *obiter dicta*—, consideraciones colaterales del tribunal que no tienen mayor importancia —si bien podrían servir en el futuro para nuevos pronunciamientos judiciales, al igual que los votos singulares—.

Finalmente, señalar que los precedentes no modifican las leyes —muchas veces se crean a partir de estas— pero las leyes pueden modificar precedentes.

4. El *common law* en Estados Unidos

Curiosamente en Estados Unidos se empieza a utilizar el precedente solo a partir de la independencia, o sea, desde fines del siglo XVIII y, por tanto, va a ser más flexible que en el Reino Unido.

Algunas características que podemos observar son las siguientes:

a) El seguimiento de un precedente no significa que sea obligatorio, pues es modificable si se considera erróneo o injusto.
b) Se presta atención al desarrollo político y social de la nación, lo que ha permitido incluso que cambien criterios jurisprudenciales con motivos de hechos tales como la Guerra de Secesión (1861-1865) y que inciden en los derechos civiles.
c) Los que lo cambian son por lo general los altos tribunales: las cortes supremas de los estados o de las que hacen sus veces. Siendo un país federal, no es de extrañar que se utilicen precedentes de cortes de otros estados, pues los de la Corte Suprema federal, con sede en Washington, son relativamente escasos, si bien muy importantes.[3]
d) Los cambios en los precedentes se guían sobre todo por la utilidad social, en un pueblo eminentemente pragmático y en donde el derecho se concibe como un instrumento para la convivencia pacífica.
e) La existencia de un país federal, que además tiene Constitución escrita y ha tenido tan rápida expansión geográfica —sobre todo en el siglo XIX— y tanta influencia a nivel mundial, ha hecho que el precedente haya crecido mucho y haya trascendido más allá de sus fronteras.
f) El único precedente realmente válido y de alcance general es el que emite la Corte Suprema federal, la cual no se considera ligada por sus precedentes anteriores, si bien trata de hacerlo. Esto obliga a los tribunales estatales.

Los precedentes tienen varias aristas, algunas de las cuales son las siguientes:

a) Los casos resueltos —me refiero a los del máximo tribunal— no se llaman necesariamente precedentes. Son resoluciones judiciales que fijan posiciones y que, por tanto, tienden a ser seguidas, en menor o mayor medida, por el resto de los tribunales tanto los de la federación como los de los estados. Su aceptación opera en principio, pero su firmeza solo la da el tiempo.

[3] El último y de gran repercusión es el referido al matrimonio homosexual de junio de 2015: *J. Obergefell vs. Hudges*.

b) La obligatoriedad de los casos tiende a aumentar conforme ellos se repiten y se ratifican. En tal sentido, un precedente bien puede ser fijado por un solo caso, pero no tendrá la misma fuerza sino es reiterado por otros posteriores que lo confirman. De esta manera, lo que lo lleva a convertirse en precedente nace, precisamente, en el hecho de que la primera vez que este aparece es fruto de un desarrollo lento, en donde se fijan criterios y luego se repiten. Es decir, van antecedidos por una serie de casos que construyen lentamente lo que luego será el rompecabezas armado en su totalidad.

c) Los precedentes no son eternos, pero tienden a durar y sobre todo cambian cuando hay que hacerlo. Por ejemplo, el famoso caso *Plessy vs. Ferguson* de 1896 que estableció el principio de separados pero iguales solo fue revocado en 1954, al prohibirse la segregación racial en las escuelas públicas *(Brown vs. Board of Education)*. Otros no menos célebres son el de *Miranda vs. Arizona* (1966) y el del aborto *Roe vs. Wade* (1973) que siguen vigentes, con diversas matizaciones.

d) La obligatoriedad del precedente se incrementa con el tiempo. Y cuando en el camino surge uno muy notorio y de gran repercusión, se convierte en un caso paradigmático que confirma lo anterior y señala rumbos hacia el futuro. De ahí el término *leading case* que es más bien de uso periodístico.

e) Existen varias maneras de matizar y atenuar el precedente, como son las técnicas de *distinguishing* y el *limiting* y que se emplean cuando se advierte que las situaciones no son iguales o que deben ser precisadas. En situaciones así se apartan de un precedente y lo hacen más acotado. Y en relación con el tiempo pueden ser retroactivos —o sea, para las partes involucradas— o prospectivos, hacia un futuro que puede ser cercano o lejano.

f) Y por cierto pueden ser revocados —*overruling*— total o parcialmente y con modulaciones en el tiempo.

5. Su irradiación en el resto de nuestra América

Como es sabido, la influencia de Estados Unidos fue muy importante en las recién independizadas colonias españolas, a las cuales antecedieron en el tiempo. A diferencia de la Revolución francesa que cambió de un régimen a otro pero que siguió siendo el mismo país —antiguo régimen a nuevo régimen, cambio de monarquía a república—, Estados Unidos se independizaron de una potencia externa, nacieron como un nuevo país y se dieron su propia organización que antes no existía: estructura federal y régimen presidencial. Todo esto fue prontamente conocido entre nosotros por la di-

fusión efectuada por los viajeros, por los cronistas y sus publicaciones, por la lectura de *El Federalista* y la influencia de los manuales de la época prontamente traducidos al castellano y sobre todo por el clásico *La democracia en América* de Tocqueville, cuyo primer tomo fue publicado en francés en 1835 y traducido casi de inmediato al castellano. Y si bien la herencia legal fue romanista —fuentes romanas, derecho castellano y legislación de Indias— algo llegó del *common law,* sobre todo a nivel constitucional, como lo demuestra la experiencia de varios de nuestros países. Esto se refleja a fines del siglo xix, cuando comienza a cobrar verdadera importancia la jurisprudencia que los autores empiezan a compilar y sistematizar, y que luego tendrá importante papel en el desarrollo jurídico del área. Así vino de suyo la importancia de los casos decididos judicialmente, es decir, de la jurisprudencia y de sus alcances. Veamos algunos de ellos:

a) En México la importancia de la jurisprudencia se manifiesta en las llamadas "tesis" que constituyen el criterio jurídico utilizado en los casos más importantes y que se han desarrollado ampliamente y que originalmente estaban centrados en la Suprema Corte de Justicia y en los tribunales colegiados de circuito. Pero lo característico fue la obligatoriedad de la jurisprudencia resuelta en procesos de amparo, donde ella se consolida cuando es producto de una votación mínima de ocho (8) jueces si lo adopta el Pleno de la Suprema Corte y de cuatro (4) si lo hacen las salas. A lo que debe añadirse que es necesaria una ratificación ininterrumpida de cinco (5) sentencias consecutivas en el mismo sentido, luego de lo cual surge su carácter imperativo, pudiendo ser contradicha o modificada en el futuro. En materia de amparo esto opera desde 1882 y continúa en la reciente reforma constitucional llevada a cabo en 2011. En la actualidad, la jurisprudencia obligatoria se encuentra a todo nivel, siempre que medien las condiciones para ello; las que no lo obtienen, tienen la categoría de "tesis" que son las que no alcanzan la formalidad de cinco sentencias consecutivas y "tesis de jurisprudencia" que son obligatorias.

   También hay que considerar que en materia de acciones abstractas de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales —conflictos de atribuciones y de competencias entre órganos y poderes del Estado— se puede establecer jurisprudencia —obligatoria— en un solo caso, siempre que exista una votación de ocho —de los once magistrados— en el pleno de la Suprema Corte de Justicia. Así como cuando se trate de resolver una contradicción de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito.

b) Argentina fue un gran receptor de la influencia estadounidense desde el siglo xix y se acentúa en el siglo xx, si bien adquiere fisono-

mía propia a partir de 1930. En el mundo jurídico la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es importante, al extremo de que en alguna oportunidad ha tenido creaciones judiciales garantistas, como son los casos de *Siri* (1957) y *Kot* (1958), si bien no fueron creaciones *ex nihilo*. Es decir, en estos dos procesos se pedía protección para ciertos derechos fundamentales a través de un recurso de *habeas corp*us y la Corte Suprema lo que hizo fue crear pretorianamente el proceso de amparo por una reconducción interesante: acomodó el proceso de *habeas corpus* existente para la libertad individual y lo reconvirtió en uno para la protección de los demás derechos distintos a la libertad ambulatoria y le dio nuevo nombre. Fue una creación interesante pero no salió de la nada, y por cierto no fue creación procesal, sino en todo caso conversión procesal. Es un poco lo que sucedió en el famoso caso *Marbury vs. Madison:* la Corte Suprema estadounidense no creó ninguna forma procesal, pues se trataba de un caso que venía como *writ of mandamus,* en el que se aprovechó la oportunidad para desarrollar una facultad implícita que permitió a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de una ley. O sea, afirmar el principio de supremacía constitucional que antes no existía, por lo menos de manera explícita.

El precedente como tal no existe en Argentina. Lo que hay son casos que se conocen, se siguen, se observan y crean una corriente de opinión favorable en el resto del ordenamiento. Incluso esto se ve en su manera de citar: primero va el nombre de las partes y luego la publicación donde aparece: fallos 239:1156 en donde el primer número es el tomo y el segundo la página.

c) Colombia tiene una Corte Constitucional desde 1991, creada en la Constitución de ese año, en la cual se recogió novedades y tradiciones que venían de atrás, en especial en materia de control constitucional. Sin embargo, y pese a la utilización del artículo 230 constitucional, la figura del precedente no está consagrado expresamente en este texto, lo que ha hecho que exista cierta resistencia en adoptarlo, pues no era considerado fuente del derecho, lo cual fue además materia de un intenso debate doctrinario. Pero en los últimos años la figura del precedente se ha abierto paso a golpe de sentencias de la Corte Constitucional, con una general aceptación, si bien no con la fuerza que sí tiene en otras partes, presentándose más bien como un fuerte precedente persuasivo. E igual ha sucedido en otros temas como producto de la intensa actividad tribunalicia de la Corte Constitucional.

d) En Perú, como en el resto de América Latina, se ha seguido siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien en forma no compulsiva, sino persuasiva. Incluso el Pleno de la Corte Suprema de Justicia cuando se enfrentaba a problemas nuevos y complejos, tomaba acuerdos que se condensaban en un documento que bajo el nombre de "circular" y con fecha precisa y firma del presidente de la Corte, era remitido a todos los jueces del país a través de los titulares de cada distrito judicial y en calidad de "recomendaciones", que con el tiempo adquirieron mayor fuerza.[4] Esta situación que venía desde atrás fue en parte matizada con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 y que se instaló en 1982, con facultades de conocer en casación, básicamente, los procesos de *habeas corpus* y amparo. Tiempo después se aprobó la Ley 23506 en 1982, que es la primera que regula en su integridad ambos procesos constitucionales, y que incluye pioneramente el precedente en su versión clásica y así consta en su artículo 9:

> Las resoluciones de *habeas corpus* y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

La importancia de este texto de 1982 radica en que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de "precedente". Y que en cierta forma es tomado de la vertiente estadounidense. Lo que viene después no se entiende sin este primer paso.

En la actualidad la normativa pertinente se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004 y que dice así:

> Artículo VII. Precedente
>
> Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

[4] Véase los *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia,* cuyo primer tomo se publicó en 1906 y que continúa en curso.

A diferencia del enunciado normativo de 1982, que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente imitado en otras áreas del ordenamiento peruano (el primero en reproducirlo fue la modificatoria introducida en el entonces vigente Código de Procedimientos Penales pocos meses más tarde a través del artículo 301-A, del cual es prácticamente una copia y al que siguieron otros similares).

Adicionalmente, existe la curiosamente denominada "doctrina jurisprudencial", de menor valor y con menos fuerza y más bien con sentido orientador (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Más aún, cuando muchas veces el propio Tribunal Constitucional no la considera.

La jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa —no pasan de cincuenta desde el año de su creación— pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado *ex nihilo* un precedente en el caso *Vásquez Romero* que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional con tendencia al abandono del garantismo.

El poder judicial, por su parte, ha tenido en los últimos años ciertos enfrentamientos con el Tribunal Constitucional por diferencia de criterios, si bien en los demás ámbitos trata de unificar su jurisprudencia a través de "acuerdos plenarios", adoptados en la Sala Plena de la Corte Suprema en materias diversas (laboral, civil, penal, etc.). La misma tendencia, con matices diversos, se ha extendido a la administración pública (INDECOPI, Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal Registral, etc.).

e) Bolivia ha creado con la Constitución de 2009 un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) y luego ha aprobado un Código Procesal Constitucional en 2012, que ha tenido un funcionamiento sin estridencias, pero sin poder apartarse demasiado del poder político. El mencionado Código, como si estuviésemos en pleno siglo XIX, dice que en materia interpretativa debe primar la intención del legislador constituyente (art. 2), si bien reconoce otro tipo de fuentes. Pero su artículo 15 señala claramente la vinculatoriedad de las decisiones de dicho Tribunal que alcanza a las instituciones del Estado y a la Administración, lo que no impide, por cierto, cambiar de criterio en el futuro. Ello, sin embargo, remonta en sus orígenes al artículo 44 de la Ley 1836 de 1998, que dispone la obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones del entonces Tribunal Constitucional, si bien en forma no muy precisa, pues no

tenía reconocimiento de fuente de derecho y además tuvo problemas en su aplicación, en especial por cierta resistencia de la Corte Suprema. El actual texto constitucional de 2009 confirma en su artículo 203 la vinculatoriedad de los fallos en sede constitucional, con lo cual el problema ha quedado zanjado en este punto. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional no ha hecho más que acentuar la existencia de un precedente constitucional, si bien no petrificado.

f) República Dominicana es el último de los países latinoamericanos —y del Caribe— que ha incorporado un Tribunal Constitucional en su Constitución de 2010. Ella misma trae el siguiente artículo 184 que señala textualmente:

> Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

La nueva Constitución de 2015 —que recoge prácticamente el íntegro de la anterior de 2010— repite el precepto en los mismos términos, que por lo demás fue precedido por legislación anterior, si bien en forma no tan precisa. Es quizá la versión más radical de lo que es o podría ser el precedente, pues tiene a nivel constitucional una dureza que no se observa ni siquiera en el caso brasileño. Sus características son las siguientes:

(i) Es precedente vinculante todo lo que resuelve el Tribunal Constitucional, sin distinción del tipo de resoluciones —pueden ser sentencias o no serlo—,
(ii) No se distingue en las resoluciones lo accesorio de lo principal, equiparando ambas, y
(iii) Se señala que son definitivas e irrevocables, o sea, son intocadas. Si bien entendemos que a nivel supranacional podrían ser revisadas en función de los compromisos internacionales que haya asumido el país.

La Ley Orgánica 137-11 del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales sancionada en 2011 ha matizado en su artículo 31 los alcances antes mencionados, posibilitando el cambio y modulación de los precedentes constitucionales, lo cual se refleja en la jurisprudencia existente.

6. *Súmula vinculante* en Brasil

La doctrina brasileña es acorde cuando sostiene que la unidad del sistema reposa necesariamente en la observancia del precedente y esto desde tiempo atrás. Todo ello centrado en el Supremo Tribunal Federal, el más alto del país, el de mayor extensión en la América y con una estructura federal que se pronuncia a través del llamado "recurso extraordinario", pensado básicamente en problemas constitucionales.

En este país existe desde 1964 lo que se conoce como *súmula,* o sea, una sumilla presentada en un párrafo de pocas líneas, que establece una directriz en una materia determinada, de carácter genérico y de corte teórico-doctrinario. Lo peculiar de esta *súmula* es que brota o nace de un caso concreto y de él se extraen principios o directrices que se vuelcan en ella. La *súmula* clásica no es un precedente, sino una simple guía u orientación para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces. Es una facilidad para el litigio y para el litigante, pero no son obligatorias. De ahí su diferencia con los precedentes de otros países, pues se presentan como una cápsula principista de enunciados generales que además no son obligatorios y que por su carácter abstracto permiten aplicaciones flexibles.

Posteriormente, mediante expresa reforma constitucional —llamada enmienda en la terminología brasileña— se creó en diciembre de 2004 la llamada *súmula vinculante* (EC-045) al modificarse el artículo 103 A de la Constitución vigente de 1988.

Algunas peculiaridades de este dispositivo son los siguientes:

i) obliga a todos los poderes públicos y a la Administración.
ii) se aprueba por los dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal Federal, sobre un tema que haya recibido pronunciamientos anteriores en materia constitucional y que el Supremo Tribunal considere necesario consolidar.
iii) la *súmula vinculante* puede ser modificada por el mismo Tribunal.

Sigue la forma de las anteriores *súmulas,* pero tienen mayor alcance y la misma forma de presentación; además, son aprobadas con cautela y no son numerosas. Y a diferencia de las anteriores son vinculantes y esto desde 2004, si bien las primeras *súmulas vinculantes* se aprobaron en mayo de 2007.

La *súmula* clásica no es en realidad un precedente: es una simple guía para los procesos judiciales de carácter orientador. La *súmula vinculante* no llega a ser tal, pero se le aproxima, como puede verse en la ley reglamentaria aprobada en 2006. Y porque además tiene esa vinculatoriedad que es su distintivo. Pero es difícil decir que pueda ser un precedente, pues su

construcción y manera de presentarse se asemeja más a una regla o norma general que a un precedente judicial o jurisdiccional.

7. ¿Creación del derecho?

El concepto de "creación" no es unívoco y más bien está relacionado con la capacidad de que surja algo nuevo sin antecedentes, o sea, que salga de la nada y que no tenga relación alguna con lo existente. En tal sentido, el significado primigenio de la "creación" en su origen bíblico es que surge algo en donde no había nada. De ahí viene la frase *creatio ex nihilo*. Este, pues, sería el sentido fuerte del concepto de creación, que en realidad casi no tiene uso, pues con tantos siglos de civilización y más aún de intercambios entre los pueblos y las culturas, añadido a la globalización de las últimas décadas, es casi imposible que pueda hablarse estrictamente de una creación *ex nihilo*. Incluso, en el campo de las creaciones científicas, como decía Freud, uno siempre se apoya en quienes lo han precedido, por lo que cabe admitir un sentido fuerte y un sentido débil de "creación". En lo primero, creación hoy por hoy es sumamente difícil y altamente improbable. En lo segundo, es frecuente que esto ocurra en diversos campos.

En el campo del derecho la situación esquemáticamente es así: en un principio los dos sistemas o familias jurídicas vigentes en Occidente eran creadoras y esto se aprecia en el periodo formativo del derecho romano —a codificación justinianea es un condensado final— y en el desarrollo del *common law,* en donde sobre la base de usos y costumbres ancestrales, se van creando instituciones y prácticas que se asentarán con los años.

En ambos sistemas ha habido debate sobre el tema, pero mientras que en el *common law* la idea es más bien pacífica en el sentido de que existe o se acepta la creación judicial y dentro de determinados límites, en el mundo romanista la situación ha sido a la inversa. Y eso se debe en gran parte a la estructura del sistema. Así, mientras que el eje central en el *common law* es el juez, en el mundo romanista es la ley o si se quiere el Código.

La Revolución francesa trajo consigo, fruto de los excesos del *ancien régime,* la figura de un juez que no podía invadir los ámbitos del cuerpo legislativo, depositario de la voluntad popular y, por tanto, debería ser un fiel cumplidor de la ley. Para eso surgió, si bien con antecedentes, la Corte de Casación que inicialmente dependió del parlamento.

Lo que no se advirtió en un primer momento es que cuando un juez resuelve, pasa *grosso modo* por dos momentos: interpretación de la ley y aplicación al caso concreto. Esto fue identificado como un silogismo en el cual la norma era la premisa mayor, el caso en debate la premisa menor de

la cual salía una conclusión. Es lo que luego se ha llamado la "subsunción" que existe hasta ahora, si bien acotada para determinados casos, en especial los llamados "fáciles". Es decir, no era un paso, sino dos. Aun así, la doctrina era clara; el juez debería limitarse a aplicar la ley en sentido estricto y nada más. Fruto de esta concepción nació la Escuela de la Exégesis —a raíz de la aprobación del Código de Napoleón— la cual tuvo una gran ascendencia durante todo el siglo XIX, con decisiva influencia en Francia y en el resto de Europa, y por cierto en la América Latina. En el siglo XX la situación cambiará lentamente y en forma acelerada, sobre todo después la Segunda Guerra Mundial, cuando se amplió grandemente el espectro del derecho al cual se superpuso una normativa supranacional, que en años iba a cambiar el panorama. Y esto coincidente con el renacimiento del iusnaturalismo, que se refleja en diversos hechos y actitudes, sobre todo en la llamada *fórmula Radbruch,* planteo acuñado por este famoso teórico alemán después de la Segunda Guerra Mundial, modificando así su criterio anterior a la guerra.

Y es que en sentido débil, toda aplicación del Derecho supone cierto nivel de creación. Pues hoy es pacífico admitir que,

a) las leyes no cubren todo el panorama ni el universo de problemas;
b) tampoco resuelven o tienen la solución de todos los que se presentan;
c) el ordenamiento contiene tal cantidad de instituciones y de principios, que pueden usarse precisamente para afrontar situaciones no previstas;
d) las leyes envejecen y no siempre pueden prever problemas que surgen tiempo después de que ellas entraron en vigencia, y
e) los jueces no pueden dejar de fallar en ningún caso.

Cabe recordar que ni siquiera en el clásico positivismo se niega esta posibilidad. Así, Kelsen, autor emblemático al sustentar la necesidad y conveniencia teórica de un Tribunal Constitucional —en su famosa ponencia de 1928— estableció la calidad de "legislador negativo" de ese órgano, con lo cual dio a entender que la "expulsión" de una norma es en puridad creación, pues moldea, modifica y altera lo existente. Y más tarde, al publicar la primera edición de su célebre *Teoría pura del derecho,* en 1934, acotó que la norma es un marco abierto a varias posibilidades y que el juez escoge libremente una de ellas, no por un acto de conocimiento, sino de voluntad. Tesis que mantuvo hasta el final.

El caso más palpable, o si se quiere más notorio, es el pensamiento jurídico estadounidense que nace modernamente con Oliver W. Holmes, continúa con Roscoe Pound y tiene sus más conspicuos representantes en Jerome Frank y Karl N. Llewellyn, quienes acentúan la importancia de la labor del juez y sus motivaciones, que son de distinto orden y que nada tienen que

ver con el razonamiento deductivo y lógico. Crean, pues derecho y al hacerlo tienen en cuenta diversos elementos que no aparecen a primera vista y muchas veces nada tienen que ver con las normas. Y así sucesivamente, con variantes hasta nuestros días.

El problema pues no es saber si los jueces crean derecho —pues admitimos que lo hacen— sino en saber cómo lo hacen y dentro de qué límites. Y aquí hay varios problemas, de los que enunciamos solo algunos:

a) Toda creación debe ser considerada estrictamente necesaria, si bien dentro de este concepto débil, hay creaciones de poca monta y otras de mayor calado.
b) La creación debe ser efectuada recurriendo a otros elementos del derecho positivo, en la medida en que sea aplicable.
c) Debe tenerse presente el marco constitucional y los valores que consagra y adicionalmente el ordenamiento supranacional, más aún si es que el Estado se ha adherido a tales instrumentos internacionales, sobre todo los de derechos humanos.
d) Toda decisión debe observar mínimamente las reglas de la lógica elemental y los principios lógicos clásicos (no contradicción, identidad, etc.).
e) Debe tenerse presente las consecuencias de tal decisión, sin que esto sea el único criterio a tomar en cuenta.
f) Debe salvarse en la medida de lo posible las opciones adoptadas por el legislador democrático (para lo cual existen varios medios, como la distinción entre "disposición" y "norma").
g) En pocas palabras, lo que se "crea" no debe ser arbitrario, es decir, debe ser razonable y en cierto sentido necesario.

8. La creación de precedentes

La creación del precedente está en cierto sentido vinculado con la "creación" del derecho y por cierto con la especial manera de cómo el o los jueces ven el derecho. Un precedente normalmente rompe la lógica de sus antecedentes y postula algo nuevo o distinto a lo anterior y con la pretensión de provocar seguimientos. Lo que falta por ver es si es un precedente o no. En términos generales, la distinción entre "jurisprudencia" —decisión de los tribunales— y "precedente" no es fácil, ya que todo precedente es una resolución judicial, pero no toda resolución constituye un precedente. El otro problema por ver es cómo distinguir y darnos cuenta de que estamos ante un precedente, lo cual depende de cada ordenamiento. Así, en el sistema estadounidense la jurisprudencia es orientadora e irradia su ejemplo en el resto del sistema judicial, como factor, sobre todo persuasivo, para el

resto de la judicatura. Que esta lo siga o no, depende de muchos factores que aquí no vamos a desarrollar. Pero cuando se trata de casos de cierta trascendencia que las cortes o tribunales repiten o reiteran, podemos decir que estamos ante un precedente, pues por la naturaleza del sistema —*stare decisis*— tienden a perdurar y a imponerse. El reciente caso resuelto por la Corte Suprema en materia de matrimonio homosexual tiene ese alcance, y si bien es reciente, es obvio que provocará seguimientos y será un precedente importante.

Ahora bien, lo relevante de la génesis del precedente en el sistema estadounidense, es que sus elementos se forman lentamente, caso por caso y de manera acumulativa, hasta que llega un momento en que lo que eran atisbos o adelantos parciales, se configuran y, a partir de ahí, empiezan a regir en forma plena; es el caso *Miranda* que pese a matizaciones, sigue vigente y lo aplica la policía en todos los estados de la Unión.

El caso peruano es distinto: el artículo VII del Código Procesal Constitucional establece —si bien con antecedentes que se remontan a 1982— la existencia de un precedente vinculante cuando el Tribunal Constitucional así lo determine, lo cual debió haberse entendido de la mejor manera, como una facultad pero prudente. Pero lamentablemente, si bien pocos en número, su elaboración ha sido algo errática: han nacido generalmente en un solo acto —como Minerva nació entera y con armadura de la cabeza de Zeus— sin relación con el tema en cuestión y además contrariando normas e incluso violando la propia Constitución a la cual interpretan en forma mañosa —como la limitación del recurso de agravio constitucional en los últimos años— si bien felizmente en cuanto a su número no son muchos.

En otras situaciones como la argentina, los precedentes se imponen solos y con el tiempo, y en este sentido está más cerca de la tradición estadounidense. Igual podríamos decir del caso colombiano, si bien es más reciente.

9. Precedente constitucional y creación del derecho

De acuerdo con lo señalado, los precedentes en general existen en el mundo romanista, pero enormemente diferenciados de los que se dan en el mundo anglosajón, del cual nos separan muchos matices. Pero es obvio que la idea es que los precedentes existan, en cierta manera para ordenar la producción tribunalicia y en parte para dar seguridad a los justiciables y favorecer la igualdad entre ellos —o sea, no ser tratados en forma distinta en situaciones iguales—. Siempre existirá el problema de cómo se llegó a ello y qué parte se impone sobre el resto, bajo qué modalidades y por cuánto tiempo.

Eso a la larga depende de muchos factores, siendo el más importante tener presente que no son eternos, sino más bien sometidos a los rigores del tiempo y de la evolución social, política y económica de una determinada comunidad. Y que además no tienen eficacia plena, que de sus partes unas son de seguimiento y otras no, y adicionalmente que pueden ser matizados, precisados, modificados y revocados, total o parcialmente.

Y por cierto, dentro de todo ello, los precedentes generalmente —pero no siempre— contienen aspectos creativos pero en el sentido que hemos anotado anteriormente, o sea, no son absolutamente nuevos sino relativamente nuevos, si bien se dan casos de precedentes que rompen con todos los antecedentes e instauran algo nuevo, como puede verse, sobre todo, en el mundo estadounidense.

En cuanto a los precedentes, es obvio que ellos abarcan o tienden a abarcar a todo el derecho o a varias de sus áreas. Así, existen precedentes —algunos persuasivos, otros obligatorios, según los ordenamientos— que recaen en aspectos civiles, penales, laborales, etc. Y también constitucionales. Es decir, existen precedentes constitucionales que son tan precedentes como cualquiera; es decir, son parte de una teoría general del precedente que los explica. La única diferencia de los precedentes constitucionales en relación con los que no lo son, es que ellos son determinantes para el ordenamiento en su totalidad. Así, mientras que un precedente en cortes ordinarias es importante y altera, modifica o encausa conductas en ciertas aéreas o zonas del ordenamiento, el de naturaleza constitucional tiene un mayor campo de influencia y cualitativamente es más valioso, sobre todo por su carácter expansivo.

10. Un desliz semántico: la "autonomía procesal" en la experiencia peruana

Uno de los aspectos más curiosos de la experiencia jurisprudencial peruana es la llamada "autonomía procesal" que el Tribunal Constitucional se ha arrogado desde el año 2005. Para eso partió de dos consideraciones no explicitadas pero conocidas:

a) la tesis de Peter Häberle quien sostiene que el "derecho procesal constitucional" no es más que "derecho constitucional concretizado" y, por tanto, aquel no debe tener relaciones en la medida de lo posible con el derecho o teoría procesal, y

b) la monografía de Patricia Rodríguez Patrón sobre la *"autonomía procesal" del Tribunal Constitucional* editada por Civitas en 2003, precedido por otros trabajos de la autora.

Veamos cada uno de ellos:

a) La tesis de Häberle sobre la inexistencia del "derecho procesal constitucional" es algo aislado en el pensamiento jurídico alemán, en donde el término se encuentra firmemente aceptado, como puede verse en los manuales de la materia. Aún más, existe acuerdo en que el Tribunal Constitucional Federal (TCF) debe ceñirse a las normas y figuras procesales, si bien en virtud de la incomplección de la ley que regula su actividad puede tomarse ciertas licencias para su mejor funcionamiento y con determinadas limitaciones.

b) Patricia Rodríguez Patrón analiza una práctica jurisprudencial y le da un nombre que considera práctico y explicativo. El término alemán *Verfahrensautonomie* significa en realidad "autonomía procedimental", o sea, los pasos varios que se dan al interior de un proceso y no sobre el proceso en sí mismo. La autora lo reconoce expresamente y dice que lo usa por comodidad y para distinguirlo de la "autonomía reglamentaria", pero como quiera que es el único texto que durante años circuló sobre el tema en el ámbito iberoamericano, fue apropiado para sus usos por el Tribunal Constitucional peruano y de esa manera justificar sus excesos y también algunos estropicios, cuando a mediados de la década del 2000 entró en un activismo inusual. Hubo pues una mala traducción y de parte del receptor un entendimiento perverso, cuyos efectos aún se mantienen.

Algunos reparos que pueden oponerse a esta tesis son los siguientes:

- El derecho en cuanto tal es una unidad y para efectos prácticos cada rama o área del derecho no es autosuficiente. En tal sentido, se distingue con validez hasta ahora la presencia de un derecho sustantivo al lado de un derecho adjetivo o instrumental. Decir que el derecho procesal constitucional es un derecho constitucional concretizado —al margen de que sea una metáfora feliz– es lo mismo que decir que el derecho procesal civil no es más que "derecho civil concretizado", lo que entendemos no ha sido postulado por nadie.
- Hay que tener cuidado con el uso de una palabra polivalente como es la de "autonomía", ya que etimológicamente puede significar no depender de nadie, pero también regirse por sus propias normas (*auto* y *nomía*, darse a sí mismo normas que lo regulan). En tal sentido, se dice que determinados órganos del Estado son autónomos, por ejemplo, los clásicos poderes del Estado y en ciertos países el Ministerio Público. En este caso, es obvio que los fiscales actúan con autonomía, pero eso no significa que no investiguen ni menos que acusen sin pruebas, pues tienen normas que regulan

sus actuaciones. Por tanto, en esta línea es claro que los tribunales constitucionales son autónomos, pero ellos se rigen por la Constitución, en primer lugar y secundariamente por las leyes relativas a su organización y los procesos que se llevan ante él. No tienen, pues, autonomía externa y menos en relación con terceros pues aquí existen límites.

- Decir que existe una "autonomía" procesal es lo mismo que decir que existe una autonomía de la voluntad o una autonomía en un proceso penal o administrativo. La autonomía bien entendida es capacidad de crear algo de la nada y eso no es factible en normas de orden público como son las normas procesales y que además, representan una garantía contra la arbitrariedad. Existe, si se quiere, "autonomía relativa", que en el fondo es aptitud o capacidad de interpretación o integración y teniendo como marco el orden jurídico. Más que autonomía estamos ante un "principio de elasticidad" de la norma procesal como lo señala la moderna doctrina. Y por cierto de la capacidad de los jueces al resolver casos sometidos a su jurisdicción.
- Cuando el Tribunal Constitucional peruano ha invocado la "autonomía" o se respalda en ella, es precisamente para incurrir en desatinos o hacer estropicios, como fue violar la Constitución en varios casos, por ejemplo, recientemente lo ha hecho en el precedente vinculante *Vásquez Romero* en donde ha desactivado las salas del Tribunal Constitucional, ha desaparecido el derecho a la instancia consagrado en la Constitución y ha yugulado el derecho de defensa y a ser oído, que son derechos fundamentales de las partes.
- Otra argumentación recae en los siguientes temas: *a)* la incomplección de la ley reguladora de la actividad del TCF que es más bien parca en sus enunciados, y *b)* la insuficiencia de los métodos de integración jurisdiccional del derecho. Esto es, llenar vacíos y siempre al interior de un proceso y generalmente desprendidos de la ley o en aplicación analógica. Y todo para el mejor logro de sus fines, sobre todo en la fase de ejecución. Dentro de este espectro se modelan nuevos tipos de sentencias, ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia italianas. Son, pues, "perfeccionamientos", "afinamientos" y "precisiones" a partir del proceso que no afecta la división de poderes ni menos el ordenamiento constitucional. Se trata de una "autonomía" acotada, o mejor dicho vista la impropiedad del nombre, de elasticidad y discrecionalidad que, dicho sea de paso, la tienen todos los jueces en todo tipo de procesos. Si esto no se observa, como se ha visto en varios casos del Tribunal Constitucional peruano, estamos simplemente ante una arbitrariedad descontrolada.

Si se revisa bien los fundamentos del libro mencionado de la Rodríguez Patrón, se podrá advertir por de pronto que la "autonomía procesal" que estampa en el título por comodidad y que pone entre comillas para resaltar su peculiaridad —o quizá su arbitrariedad— no existe en los hechos, pues lo que se da es una "autonomía procedimental" que tiene muchos límites y que en la práctica se limita a la integración del orden jurídico con elementos tomados de otras partes del ordenamiento procesal alemán o con interpretaciones ingeniosas. Es decir, mucho ruido y pocas nueces que ha terminado "justificando" situaciones no queridas por la autora.

En el caso concreto del Tribunal Constitucional peruano, al margen de ciertos casos esperpénticos (por ejemplo, haber creado un amparo contra amparo, un recurso a favor del precedente, una revisión de lo resuelto por el máximo órgano electoral cuando la Constitución no lo permite, la revisión y modificación de laudos arbitrales, el desconocimiento de sentencias firmes emitidas por la Corte Suprema dentro de procesos no constitucionales, el *per saltum* en la ejecución, haber modificado el sentido de "sentencia estimatoria", entendiéndola al revés, haber eliminado los plazos para que los procuradores en cuanto abogados del Estado pueden interponer determinados recursos aun cuando los plazos estuvieran vencidos, haber nombrado un fiscal supremo desconociendo que esa facultad la tiene por mandato constitucional el Consejo Nacional de la Magistratura, haber resuelto un conflicto universitario utilizando el Código Civil, etc.) ha tenido algunos aciertos que la doctrina pondera como "aportes" que aparentemente justificarían esta "autonomía" que nadie le concedió al Tribunal Constitucional, entre los cuales se señalan básicamente los siguientes aspectos:

- Creación del *amicus curiae*.
- Incorporación del litis consorte facultativo.
- Creación del "partícipe".
- Informe de hechos en las audiencias.
- Adecuación de plazos.
- Reconversión de ciertos procesos para una mejor consecuencia de los fines que se pretende.
- Tipología de las sentencias constitucionales.

Como se ve, estos temas son inocuos, tienen un fin garantista y favorecen el desarrollo de los procesos constitucionales y no rompen ninguna prohibición normativa y, en última instancia, esto lo hace cualquier tribunal que se estime y sin necesidad de recurrir a conceptos inatingentes como el de "autonomía procesal". Pero es solo el Tribunal Constitucional el que incurre en excesos notorios *contra leggem* y *contra constitutionem*. Más aún, cuando con no disimulada soberbia se proclamó hace algunos años como "vocero" del poder constituyente, encargo que por cierto, nadie le ha asignado.

11. Algunas consideraciones finales

En los principales países de la América Latina fue importante desde un principio la ley y su fiel cumplimiento. Pero poco a poco fue matizándose y ya en el siglo xx se dio una mayor importancia a lo resuelto por los jueces. O sea, la jurisprudencia en diversas áreas, en especial las clásicas de orden civil y penal, que si bien no eran compulsivas, eran orientadoras y buscaban sistematizar lo existente y que presenten claros signos de predictibilidad para los justiciables. Fue algo temprano en algunos países y más tarde en el resto. Pero el movimiento a favor de esta jurisprudencia más o menos vinculante se hace extensivo a partir de los años cincuenta del siglo pasado y aun antes. Es ahí cuando las influencias y corrientes de opinión dejan de guiarse únicamente del derecho francés y español y empiezan a considerar el mundo sajón estadounidense. Esto último, evidentemente, como producto de las inversiones que se realizan en nuestros países y además por un mejor conocimiento de la tradición del *common law* y de los intercambios universitarios, culturales y comerciales, así como por la firma de tratados de libre comercio. Pero, en general, este fenómeno de la recepción empieza en el siglo xix y se proyecta en el xx. Dentro de él aparece la figura del "precedente" que con este nombre o sin él se incorpora a nivel constitucional o legal en forma plena a partir de los años ochenta del siglo pasado. Y esto nos muestra en términos generales dos extremos: por un lado, el precedente peruano, bastante ceñido y más aun el dominicano que es más reciente, y, por otro, la experiencia argentina y en cierto sentido la colombiana, que son más flexibles, más la primera que la segunda. El caso del Brasil es curioso, pues siendo posterior a la normativa peruana tiene obligatoriedad pero con un diseño y armado *sui generis,* que lo coloca como un esfuerzo distinto a lo que es frecuente en el resto de la América Latina, aun cuando quizá los fines que se persigan sean los mismos.

La incorporación del "precedente" no deja de suscitar problemas y cuestionamientos, ya que es una institución propia de una familia jurídica distinta a la nuestra y, aún más, la forma como se incorpora y sus modalidades de aplicación. Pero pasado el tiempo, la figura del precedente se ha impuesto en nuestros ordenamientos, en especial el constitucional y no retrocederá. Es decir, no obstante su origen foráneo llegó para quedarse. Pero permanece como tarea pendiente saber cómo opera, qué alcanza, cuáles son sus modalidades y con qué características. Y sobre todo que no caiga en arbitrariedades y excesos. Y son las experiencias surgidas a su amparo las que motivan cuestionamientos y reflexiones que siguen vivas y además en forma no pacífica. Ese es el reto que ante sí tienen abogados, jueces y académicos, de lo que aquí hemos querido dejar constancia en forma por demás sumaria y superficial.

12. Recomendación bibliográfica

Sobre el tema del precedente, la literatura, sobre todo en inglés, es inabarcable. Lo existente en el ámbito hispánico es generalmente de divulgación y de segunda mano, al margen de traducciones no siempre acertadas. Aquí nos limitaremos a lo esencial. Un enfoque panorámico, *cfr.* Plucknett, Theodore F. T., *A Concise History of Common Law,* Boston, Little, Brown and Co., 1956. En lo referente a Estados Unidos, *cfr.* Tushnet, Mark, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis,* Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015; Tunc, André y Tunc, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas,* México, UNAM, 1957 (trae un largo capítulo sobre el precedente). Sobre Inglaterra, *cfr.* Barnett, Hilaire, *Constitucional and Administrative Law,* 10ª ed., Abingdon (Reino Unido), Routledge, 2013. Sobre el precedente en general, véase Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent,* Nueva York, Oxford University Press, 2008; Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008; Hansford, Thomas G. y Springs II, James F., *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court,* Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008; Brenner, Saul y Spaeth, Harold J., *Stare Indecisis. The alteration of precedente on the Supreme Court: 1946-1992*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006 (provocador desde el título). Un panorama global sobre el tema lo desarrolla Reed Amar, Akhil, *America's Unwritten Constitution,* Nueva York, Basic Books, 2012 (entre lo "no escrito" figura en lugar destacado las interpretaciones de la Corte Suprema federal). Entre aquellos que han escrito sobre el tema en castellano, yendo directamente a las fuentes y sin intermediarios (lo cual no es usual) destacan el de Magaloni Kerpel, Ana Laura*, El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001; Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law,* Madrid, Civitas, 1995; en línea similar se encuentra Barker, Robert S., *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos,* Lima, Grijley, 2014 (si bien escrito originalmente en inglés, el autor lo hizo especialmente a mi pedido y para ser traducido y publicado en Perú, primero en 2009 en una revista especializada y luego revisado y con agregados en 2014 como libro). Un gran panorama que recoge ponencias de un congreso mundial, *cfr.* Bernal Pulido, Carlos y Bustamante, Thomas (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. Sobre el problema de la creación en el derecho, *cfr.* Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean derecho?", en *Isonomía,* núm. 18, abril de 2003, y más ampliamente Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, FCE, 1956 (con reimpresiones).

En lo referente a países, anotamos los siguientes. Para México véase Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1995, y los más recien-

tes relacionados con las modificaciones constitucionales: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y de la nueva Ley de Amparo,* México, UNAM-IMDPC-Porrúa, 2013; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho de amparo,* México, UNAM-Porrúa, 2011, y la voz "Jurisprudencia judicial" a cargo de Guerrero Lara, Ezequiel en *Enciclopedia Jurídica Mexicana,* México, Porrúa-UNAM, 2002, t. IV. Para Argentina, Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996-1973, 3 ts.; Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007; Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010-2016, 5 ts. En el caso de Colombia: Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; López Medina, Diego E., *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2008; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 4ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012; Quinche Ramírez, Manuel F., *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015. En Perú: Castañeda Otsu, Susana (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Grijley, 2010; Tupayachi Sotomayor, Jhonny (comp.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, 2ª ed., Lima, Adrus, 2014; Castillo Córdova, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014; AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, 3ª ed., Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2008 (contiene todos los antecedentes, desde su primera versión puesta en circulación en 2003 en calidad de anteproyecto y que circuló ampliamente, hasta el proyecto final, el debate parlamentario y la aprobación del texto oficial a principios de 2004). Un comentario detenido de la ley 23506 y sus antecedentes, *cfr.* Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales:* habeas corpus *y amparo,* Lima, JVC Ediciones, 1992. De acuerdo con datos proporcionados por la revista *El Magistrado,* núm. 61, agosto de 2016, en el periodo enero-julio de ese año, se instalaron y sesionaron cinco plenos jurisdiccionales en la Corte Suprema peruana. Sobre la "autonomía procesal" véanse Landa Arroyo, César, "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú", en AA.VV., *Proceso y Constitución,* ed. por Giovanni F. Priori Posada, Lima, Ara Editores-PUCP, 2011; Eto Cruz, Gerardo, "Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?", en la obra del mismo autor *Constitución y procesos constitucionales,* Lima, Adrus, 2013, t. II. Un análisis crítico en Monroy Gálvez, Juan, "La teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: Sobre la presunta «autonomía procesal constitucional»", en *Revista Peruana de Derecho Público,* núm. 16, ene-jun, 2008. En el caso de Bolivia: *Sistematización de la jurisprudencia*

constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal, Sucre, Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana, José Antonio Rivera (consultor), 2008, t. I; AA.VV., *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano*, Memorias del 2º Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2014 (trae un interesante artículo de Jorge Asbun sobre el precedente); Cardozo Richard, E. y Herrera Núñez, William (coord.), *Código Procesal Constitucional,* Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2014. En Brasil: Ferreira Mendes, Gilmar y Gonet Branco, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2013; Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, 2ª ed. rev., São Paulo, Dos Tribunais, 2011 (hay traducción castellana, incompleta); Ramos Tavares, André, *Nova ley da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários á Lei 11.417 de 19.12.2006,* 2ª ed., São Paulo, Editora Método, 2007. La edición de la Constitución hecha por la prestigiosa editorial Saraiva en 2014 recoge hasta ese momento 32 *súmulas vinculantes* en un periodo de 10 años, cada una con una extensión aproximada de cinco líneas condensadas en un párrafo. Para República Dominicana véase García, Juan Jorge, *Derecho constitucional dominicano*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional, 2016; AA.VV., *Constitución comentada*, Santo Domingo, FINJUS, 2011; Acosta, Franklin E. Concepción, *El precedente constitucional en la República Dominicana*, Santo Domingo, s/e, 2014.

Las únicas fuentes sobre la denominada "autonomía procesal" se encuentran en los trabajos de Patricia Rodríguez Patrón, interesantes pero sin mayor conocimiento del mundo procesal que, como decimos, ha sido interpretada antojadizamente en los predios peruanos y en algunos países del área y además partiendo de una traducción incorrecta que soslaya la diferencia entre "procedimiento" y "proceso". Ellos son: "La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 62, may-ago, 2001 en donde leemos a pie de nota 16, p. 129, lo siguiente: "Aquí hemos preferido la traducción de *Verfahrensautonomie* por "autonomía procesal" para evitar equívoco respecto a la "autonomía reglamentaria"…; *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional,* Madrid, Thomson-Civitas, 2003; *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Madrid, Iustel, 2005, donde señala que "…la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al derecho privado… una de esas aplicaciones ha tenido como objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento" (p. 36) que es la "autonomía normativa"… las otras dos que estudia la autora son la "autonomía organizativa" y la "autonomía presupuestaria" (*sic*). Como se aprecia, el uso de "autonomía" es demasiado libre y poco riguroso.

Entre los relativamente escasos estudios generales en el área, señalamos: Garro, Alejandro M., "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del derecho comparado", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 24, sep-dic 1988; Rivera Santiváñez, José Antonio, "Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 9, 2005; Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional,* Lima Palestra, 2007; Oteiza, Eduardo, "El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* núm. 10, 2007.

Útiles me han sido la información y criterios intercambiados con diversos colegas, entre los que menciono a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Hermógenes Acosta de los Santos, Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Morales Saravia, Pablo L. Manili, Alan E. Vargas Lima, Luis Castillo Córdova y Edward Alexander Dyer Cruzado. *Last, but not least,* Robert S. Barker, por las valiosas orientaciones que me dio en referencia al precedente en el mundo sajón.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio constitucional?

*Ana Giacomette Ferrer**

Sumario: 1. Introducción. 2. La acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, solo como punto de partida al asunto central de la ponencia. 3. Breves consideraciones a lo que la doctrina constitucional denomina vía de hecho: de la Teoría de los defectos a las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; 4. Selección y Revisión de tutela por la corte constitucional: ¿Nuevo Litigio Constitucional? 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La acción de tutela es, sin duda, uno de los recursos judiciales más conocidos y utilizados en Colombia. El Consejo Superior de la Judicatura de este país ha estimado que en la actualidad las tutelas representan más del 20% de los procesos que son iniciados en la rama judicial. Además, por todos es sabido que la Acción de Tutela, es un proceso judicial breve, sumario, sencillo, por medio del cual se puede solicitar la protección de los derechos fundamentales, ante su vulneración por parte de las autoridades o de los particulares, en determinados casos. Consagrada por el artículo 86 de la Carta Política de Colombia, y desarrollada legislativamente por el Decreto 2591 de 1991 y fuente de un considerable acervo jurisprudencial en materia

* Doctora en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; especialista en Docencia Universitaria de la misma Universidad; magister en Derecho con énfasis en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de los Andes; catedrática de Derecho Probatorio en las especializaciones de Derecho Procesal Civil de las Universidades Rosario y Medellín. Docente de la cátedra La prueba en los Procesos Constitucionales en la Especialización de Derecho Probatorio de la Universidades Rosario, Medellín y Sergio Arboleda. Catedrática invitada en la Maestría Derecho Procesal Constitucional, en la Universidad Lomas de Zamora (Argentina). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Colegio de Abogados Rosaristas; Presidenta del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional; conferencista nacional e internacional en temas sobre enseñanza del Derecho; Derecho Procesal, Procesal Constitucional, Probatorio y MASC. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá Y Barranquilla. Tratadista. Correo electrónico: anitagiacometto@hotmail.com

de interpretación de derechos fundamentales. Sus características están contempladas en la misma conformación constitucional: de acceso fácil, antiformalista, prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento; todas estas características es lo que nos lleva afirmar que en Colombia, la tutela es un proceso atípico; adicionalmente, se resalta la enmarcación de la acción dentro de la justicia constitucional, por el peculiar sistema de revisión de los fallos de instancias en la Corte Constitucional.

No podemos asegurar que con 26 años de vigencia de nuestra Carta Política, la tutela "goce de buena salud", si bien en un principio la tutela reconcilió al ciudadano de a píe con la sociedad y con la administración de justicia; lo muestran los llamados DERECHOS DE LA COTIDIANIDAD, por ejemplo: pensión, jubilación, reubicación de vendedores ambulantes para recuperación de espacios públicos, derechos de los estudiantes frentes a autoridades educativas de instituciones públicas o privadas, protección de derechos de minorías étnicas, religiosas, sexuales, etc., constituyen ejemplos de líneas jurisprudenciales de tutela que se centraron en la protección del ciudadano como objeto de la acción.

Los vaivenes jurisprudenciales se suscitan cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, esta posibilidad puso de presente juegos de poder y de egos; y, cuando de poder se trata se produce la concentración y el abuso: Corte suprema de justicia, Consejo de Estado, no aceptaban y no aceptan este "remedio judicial"; se resisten a que haya un control jurídico a su actividad; trayendo como consecuencia lo que se conoce como "choque de trenes" que no es más que una QUERELLA DE INVESTIDURA ENTRE LOS ÓRGANOS JUDICIALES. Entonces, lo que *ab initio* se concibió como principio de protección de derechos del ciudadano, va mutando y se va generalizando para protección de derechos económicos, multimillonarios. Precisamente, esto es lo que motiva el nombre de la presente ponencia, en el marco de este XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional: de cómo esta figura tan controvertida de tutela contra providencias judiciales, que lleva ínsita la selección y revisión de la misma por la Corte Constitucional, se convirtió, en nuestra opinión, en un nuevo litigio constitucional.

2. Acción de tutela como mecanismo de protección constitucional: solo como punto de partida al asunto central de la ponencia

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, está prevista para la protección inmediata de los derechos constitucionales, conforme al artículo 86 de la carta política. De hecho el Decreto 2591 de 1991,

por el cual se reglamenta la acción de tutela, plantea que es un mecanismo que, por regla general no procede contra decisiones judiciales, y en sentencia T 892 de 2011 se afirmó:

> La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.[1]

Se trata de un mecanismo que está al alcance del constituyente primario y esto la convierte en la forma ideal para garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad da cuenta de todo lo contrario, mencionemos por ejemplo, cómo un trámite informal establecido por la Constitución, se ha convertido en un verdadero proceso constitucional, afectándose el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, por cuanto que, la han elitizado tanto, a punto que algunos consideran que sin la representación de un abogado no es posible presentar una acción de tutela "aceptable" para que un juez se pronuncie sobre la violación de un derecho fundamental, o amenace su violación; además, se observa cada vez con mayor frecuencia el incumplimiento de los jueces en el plazo para fallar la tutela, trayendo consigo, paradójicamente, la continuidad en la violación de más derechos fundamentales. Frente a este último aspecto, dicha omisión, según el Consejo Superior de la Judicatura, es sancionada con la suspensión en el ejercicio de las funciones, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 46 del Código Disciplinario Único.[2] Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció, a partir de la figura del incidente de desacato,[3] que tiene como objeto propiciar que se cumpla el fallo de tutela, y cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991. Cabe hacer la aclaración que, una cosa es el incumplimiento del fallo de tutela impetrado, y otra es el no fallo de la tutela en el plazo correspondiente.

---

1 Corte Constitucional, Sentencia T-892 de 30 de noviembre de 2011. MP Nilson Pinilla Pinilla.

2 Estamos haciendo referencia a la Ley 734 de febrero 5 de 2002.

3 A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia. Sentencia C 367 de 2014. MP Mauricio González Cuervo.

3. Breves consideraciones a lo que la doctrina constitucional denomina vía de hecho

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, admitió en un principio sin restricciones la posibilidad de tutela contra providencias judiciales.[4] Con posterioridad mediante sentencia C-543 de 1992, declaró la inexequibilidad de las normas que posibilitaban tutela contra sentencias. Entonces creó la línea jurisprudencial de las vías de hecho,[5] así como las modalidades de defectos que producían tales vías de hecho (sustantivo, orgánico, fáctico, y procedimental)[6] luego pasó a denominarlas *causales genéricas y específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias*, en virtud de las cuales si bien en principio no procede la tutela contra providencia judicial, ello sí es posible de manera EXCEPCIONAL, previo el cumplimiento de requisitos de procedibilidad,[7] que la doctrina de Corte Constitucional se ha empeñado en denominarlos:

a) GENERALES DE PROCEDIBILIDAD, que determina si el juez constitucional conoce del asunto: (i) que la conducta del agente carezca de fundamento legal; (ii) que la acción obedezca a la voluntad subjetiva; (iii) que viole derechos fundamentales de manera GRAVE e INMINENTE; (iv) que no exista otra vía de defensa judicial; (v) que el tema sea de relevancia constitucional; (vi) que no se trate de sentencia de tutela. Aquí se deben dar todos los requisitos mencionados.

b) ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD, Viola o no el Derecho Fundamental invocado; que se inicia con lo que se denominó la *"Doctrina de los defectos";* tales defectos en un primer momento fueron llamados: sustantivo, procedimental, orgánico y fáctico; más adelante, la Corte empieza a redefinir dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y reemplaza la expresión *"vía de hecho"* por "*causales genéricas de procedibilidad"* agrupándolos así: sustantivo, procedimental, orgánico, en una categoría; fáctico –en sus dimensiones positiva y negativa- y agrega: error inducido, desconocimiento del precedente, falta de motivación y violación directa de la Constitución. A diferencia de los generales, frente a estas causales, mínimo tiene que cumplirse una de ellas.

---

4 En efecto el decreto 2591, arts. 11, 12 y 40, se referían a que la tutela sí procedía contra providencias judiciales, entratándose de violación de derechos fundamentales y agotamiento de recursos ordinarios.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 1993.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-131 de 2010. MP María Victoria Calle.

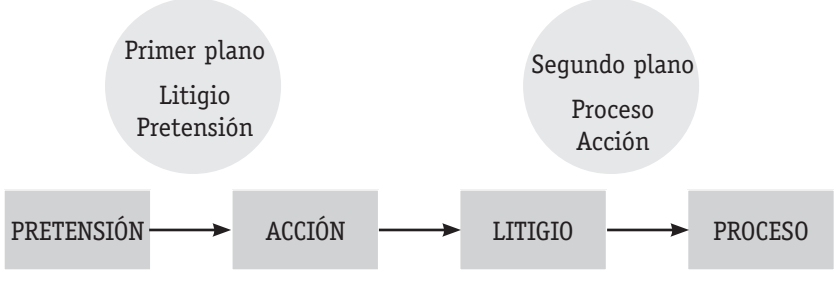
Es lógico pensar, que ante tantos requerimientos, aunados a la selección y revisión de la tutela por la Corte Constitucional, lo que antes era del común, se volvió para especialistas y así se fue configurando una élite de abogados, para hacer parte de lo que hoy se suele llamar *"litigio constitucional"*, y que, coincidentemente, lo conforman en su gran mayoría exmagistrados de la Corte Constitucional.

4. Selección y revisión de tutelas por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio Constitucional?

Para ir adentrándonos en nuestro tema, se considera conveniente plantear qué se entiende por litigio y su diferencia con proceso; y hacer el ejercicio hermenéutico en tratándose de esta clase de proceso de control concreto de constitucionalidad.

4.1. Litigio y su diferencia con el proceso

El litigio se ha definido, por Carnelutti, como el conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. Por su parte, el proceso es entendido, a partir de las definiciones aportadas, por este mismo autor, como la suma de los actos que se llevan a cabo para la composición del Litigio , y su finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes a través de la sentencia que dicta el juez. De tal forma que la relación entre estos dos conceptos se puede resumir de la siguiente manera: Todo proceso presupone un litigio. Ahora bien, pasando a sus diferencias, hay que decir que son conceptos que se encuentran en dos planos diferentes. En un primer plano está el litigio y la pretensión, y en un segundo plano está el proceso y la acción. El primer plano puede existir independientemente del segundo, por cuanto que, pueden existir sin necesidad de que haya un proceso como tal. De esta forma se puede decir entonces, que sin pretensión no puede haber acción, y sin acción no puede hablarse de proceso, pues la acción es la llave que abre la puerta del litigio. Veamos:



4.2. Litigio constitucional

Nos preguntamos: el anterior esquema, ¿cambia en esta categoría de procesos constitucionales? Es indudable que la atipicidad referida a la acción de tutela, está enmarcada además de las características señaladas por el artículo 86 Superior, por los tres elementos que, de acuerdo con el Derecho Procesal Contemporáneo, son propios de un proceso ordinario, esto es: SUJETO, OBJETO y ACTIVIDAD PROCESAL, y que, en la acción de tutela se surten de una manera diferente; lo anterior siguiendo el derrotero señalado por el Decreto 2591 de 1991:

> […] 2.1. Sujetos: Se relaciona este elemento con los entes de derecho que deben intervenir en el proceso de control concreto de constitucionalidad;
>
> 2.1.1. Juez de la República: La acción de tutela se puede impetrar en todos los campos judiciales, ya sea de orden civil, penal, administrativo, de familia, comercial y en cualquiera otra modalidad en que se produzca la violación y/o amenaza del derecho fundamental.[8]
>
> 2.1.2. Partes: En la acción de tutela intervienen siempre dos partes plenamente identificadas que pueden ser únicas o plurales, según sea el caso, personas naturales o jurídicas, extranjeros, que según el artículo 100 de la C P "[…] disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos"… y aun menores de edad, los cuales pueden comparecer por intermedio de sus representantes legales. Sobre este particular, ha expresado la Corte Constitucional: "La Acción de Tutela, según resulta del artículo 86 de la Constitución, tiene un sujeto activo, la persona de cuyos Derechos Fundamentales se trata, o quien obra a nombre de ella, y uno pasivo, entidad o autoridad pública o persona particular contra la cual se dirige, que es precisamente quien, según aquella, causa daño o amenaza a los Derechos Fundamentales invocados, merced a su conducta activa u omisiva[…]"[9]
>
> 2.2 Objeto: La pretensión procesal en estos asuntos, está encaminada a la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, ya sean estos personas naturales o jurídicas, encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle

[8] En este punto se remite al lector a lo tratado en el subtema "La acción de tutela como Recurso Constitucional.

[9] Corte Constitucional, sentencia T-578 de 1997; MP José Gregorio Hernández Galindo. Concordantemente los artículos 46 y 47 del decreto 2591 de 1991 que legitiman al Defensor del Pueblo, para que en nombre de cualquier persona que así lo solicite o se encuentre en situación notoria de desamparo o indefensión, interponga la acción; y el 16 *ibidem,* expresa que tal acción deberá dirigirse contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

en estado de subordinación o indefensión. La vulneración o violación contiene el concepto de daño o perjuicio y éste se presenta cuando el bien jurídico que representa es lesionado; en tanto que constituye amenaza de ese derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, puede sufrir mengua, es decir, la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente o próxima.

2.3 Actividad Procesal: Es cierto que, como regla general, la demanda de tutela carece de tecnicismos y formalismos; sin embargo, deberá contener por lo menos el nombre y la dirección de la persona solicitante del amparo, una relación de los hechos que son motivo de la tutela, del derecho o derechos que se consideran violados o amenazados de vulneración, el nombre de la persona natural o autoridad que están causando la violencia o amenaza de trasgresión del derecho, las pruebas que certifican sus afirmaciones y la autoridad a la cual va dirigida. Una vez recibida la tutela por el operador judicial a quien correspondió por reparto, se analiza la procedencia o no de la misma, de lo cual se pronuncia mediante auto; en caso de proceder la acción y en desarrollo del debido proceso se debe notificar a la parte accionada para que ejerza su derecho de defensa y, como en todo proceso, pueda efectuar una contestación en la que se allane o acceda a las pretensiones del accionante. Surtida la notificación, el funcionario judicial procede a analizar tanto los hechos presentados como los sustentos probatorio[10] para determinar el alcance de la violación o la amenaza de vulneración al derecho o derechos de los cuales se pide amparo. Si las pruebas son suficientes, el juez de tutela categoriza el agravio causado y formula la medida, que de acuerdo con la situación planteada, sea la que ponga fin a la trasgresión o amenaza del derecho amparado, profiriendo la orden que corresponda al caso sujeto a juicio, fallo que deberá proferirse dentro de los 10 días posteriores a la presentación de la acción,[11] según lo señala el artículo 29 de Decreto 2591 de 1991, norma que además de enunciar qué debe contener el fallo,[12] establece que el mismo no podrá ser inhibitorio. Se establece igualmente que el término para el cumplimiento de la sentencia dictada no excederá las 48 horas.

---

10 La actividad probatoria en la acción de tutela, se estudiará en el capítulo correspondiente, para ilustrar, comparativamente, cómo se surte tal actividad en los procesos de control constitucional abstracto y concreto, de acuerdo con el esquema que inicialmente se planteó.

11 Sobre este respecto, la Corte en sentencia T-465 de 1994, MP José Gregorio Hernández, señaló "…Es entendido que se trata de días hábiles, es decir, aquellos durante los cuales se ejerce la función judicial en el Despacho correspondiente, pero también resulta indudable que el término señalado por la Constitución política es perentorio e inexcusable. Dicho plazo para decidir corresponde a una garantía a favor de los asociados en el sentido que, si acude ante los jueces para hacer realidad el orden justo al que aspira la carta, pueden tener la certidumbre de que obtendrán resolución oportuna y eficaz…".

12 De acuerdo con esta disposición, el fallo de tutela deberá contener: *a)* la identificación tanto del solicitante, como del sujeto vulnerador o amenazante del derecho; *b)* la determinación del derecho que efectivamente se tutela; *c)* la determinación de las acciones que se requieren del accionado; *d)* la fijación del plazo, perentorio de 48 horas para el cumplimiento de lo fallado, y *e)* eventualmente ordenar la inaplicación de una norma, cuando la violación o amenaza de trasgresión se derive de esa norma.

> Vencido el término concedido en el fallo sin que el accionado cumpliere con las acciones o suspensión de las mismas con el fin de cesar en la trasgresión o amenaza amparada, el juez de tutela podrá exigir el cumplimiento de la sentencia ante el Superior Jerárquico del accionado para que éste emplace al responsable a cumplir lo ordenado en virtud de sus facultades disciplinarias, o tramitar el desacato del fallo que se diligencia como un incidente procesal y faculta al juez de tutela a imponer arresto hasta por seis meses según la gravedad de lo desatendido y una multa hasta por 20 salarios mínimos mensuales, además de las sanciones penales a que hubiere lugar por la conducta omisiva del accionado. Esta determinación deberá consultarla el juez a su superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes, si tal sanción procede o se revoca según lo señala el artículo 25 de Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, sin perjuicio de que el fallo de tutela fuere impugnado, en observancia del debido proceso y como garantía del derecho de defensa (arts. 31 y 32). [...]

En conclusión tenemos: unas partes identificadas (actora y demandada), con una única pretensión, esto es el amparo de sus derechos vulnerados o amenazados, por acción o por omisión, que deben cumplir una serie de actos procesales, entiéndase proceso, que se activa precisamente porque hay Litis, esto es: intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. No obstante, en este proceso de control concreto de constitucionalidad, cuando de la selección y revisión de tutela se trata, el problema se acentúa; de ahí que pasemos a un análisis somero, de cada uno de estos pasos o fases.

4.3. Selección de tutelas

Sea lo primero precisar que no existe marco normativo que regule el tema; se refieren pero a la revisión eventual: los artículos 86 y 241.9 de la Carta Política, que habla de eventual revisión; el artículo 32 y 33 del decreto 2591/91 (sin motivación expresa y según su criterio), el Decreto 262 de 2000 art. 7.12 referido a la insistencia, Acuerdos de la Corte Constitucional 05 de 1992, modificado por los acuerdos 01 de 2004 y 02 de 2007: art. 49 —de forma discrecional y sin motivación—, finalmente los Acuerdos 01 de 30 de Abril de 2015 y el 02 de julio 22 de 2015 éste último *"Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*".

La Constitución en su artículo 241, numeral 9, dispone que le corresponde a la Corte Constitucional *"revisar en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales*", en desarrollo de este mandato, todos los expedientes de tutela del país son remitidos a la Corte Constitucional, para su *"eventual revisión*"; este punto lo desarrollaremos más adelante. Así, la selección de

tutelas ha sido descrita por la Corte como un acto discrecional, si bien hoy día está discrecionalidad está matizada en la medida en que se ejerce de conformidad con los principios y criterios orientadores de selección. Este proceso inicia con la llegada de los expedientes de tutela a la Corte Constitucional, desde todos los rincones del país por remisión de los jueces de primera instancia, una vez el fallo de tutela queda en firme, es decir, cuando se ha dejado vencer el término de 3 días que la norma prevé para impugnarlo y, cuando siendo de segunda instancia, se notifica a las partes.

Es preciso, entonces, hacer una síntesis comparativa, entre lo que sobre el *"proceso de selección de tutela"*, contemplaban los Reglamentos anteriores al año 2015 y lo reseñado posteriormente:

ANTES:

a) Una vez los expedientes eran recibidos por la secretaría de la Corte Constitucional, esta procedía a elaborar una carátula -que contenía la información mínima exigida por el reglamento interno de la Corte: número de radicación dentro de la Corporación, nombres de las partes y derecho fundamental presuntamente violado- que identifica al expediente, para facilitar su selección.[13]

b) Posteriormente, la designación de la Sala de Selección se realizaba mediante sorteo, una semana antes de que iniciara su labor, de tal forma que nadie sabía quiénes eran los magistrados encargados de ello, y los sorteos los hacía la Sala Plena, en presencia de todos los magistrados y de la Secretaria General. Ahí, la sala de selección estudiaba las tutelas preseleccionadas, así como las insistencias de tutelas no seleccionadas en el mes anterior. Si una tutela no era seleccionada, existía un plazo de 15 días calendario para insistir en su revisión, contados a partir de la notificación del auto mediante el

[13] Entre 1992 y 2003, tomando como cierta la descripción realizada en la sentencia C-1716 de 2000, las reseñas de la Secretaría incluían mucho más que el mínimo mencionado en el reglamento: contenían referencia a los jueces de instancia, una revisión de los fallos anteriores, anotación de las pruebas recaudadas en el proceso y una apreciación sobre la posible vulneración de los derechos del demandante. Adicionalmente, estas reseñas se enviaban a la Unidad de Tutelas para que los abogados que la integraban las evaluaran y dieran su concepto a la correspondiente Sala de Selección. Pero esta práctica cambió en 2003, cuando la presidencia de la Corte determinó que en adelante solamente se incluiría al mínimo reglamentario en las reseñas y no habría intervención de la Unidad de Tutelas. Con todo, se dejó abierta la posibilidad de que, a juicio de quienes realizaran las reseñas, se presenten más detalles de algunos de los expedientes que pudiesen ser más interesantes o urgentes. Históricamente, quienes se han encargado de hacer las reseñas esquemáticas son los auxiliares *ad honorem* o auxiliares judiciales grado 1 de cada despacho. En general, se trata de estudiantes de Derecho o recién graduados.

cual se informa que la tutela no fue seleccionada.[14] Si no se insiste en ese plazo, la tutela quedaba excluida de manera definitiva; de existir insistencia, el estudio de la misma correspondía a otra Sala de Selección del mes siguiente, la cual también se sorteada al azar.

c) La insistencia como potestad -regulada a través de la Resolución 669 de 2000 para la Defensoría del pueblo; y, Resolución 301 de 2013[15] más general- involucra una simplificación del procesamiento de información, de tres maneras: aumenta el número de individuos involucrados en el examen de los expedientes, revela un mayor interés de las partes en el resultado del proceso de revisión del fallo y permite que sean consideradas otras interpretaciones institucionales de lo que resulta urgente o importante en materia de derechos fundamentales. Además, cada institución competente, para insistir en la selección de expedientes de tutela, ha estructurado el trámite de las insistencias, de manera que es posible aprender de la experiencia y lograr mejores balances entre el aspecto estrictamente informacional y el aspecto político o normativo involucrado en la decisión. Pero, dicha potestad se considera tan discrecional como la potestad de seleccionar expedientes para su revisión: se defiende que contra ella no cabe recurso alguno pero, aun así, simultáneamente se han desarrollado procedimientos para garantizar que el ejercicio de la potestad apunte hacia las finalidades determinadas por el legislador.

Si bien la insistencia existe desde el momento mismo en que se reguló la tutela y se volvió operativa, no es un mecanismo al que acudan los ciudadanos masivamente, ni tiene la visibilidad que uno supondría que debería tener. De hecho, la Corte Constitucional no disponía de ningún archivo concienzudo y depurado en relación con el universo total de las insistencias que habían sido presentadas ante la Corporación, ni tenía estadísticas sobre la efectividad de las insistencias de distintos funcionarios, ni tampoco contaba con material que proveyera orientación en cuanto a los temas en los que se ha insistido más, o las personas a favor de quienes se insiste con mayor frecuencia. Incluso, se había suscitado una opinión por parte de algunos magistrados, según la cual, las insistencias por ellos mismos presentadas eran comunicaciones privadas que estando protegidas por el derecho a la intimidad, no podían ser dadas a conocer al público, ni siquiera a efectos de una investigación académica. Los autos de las salas de selección, aunque

[14] En todo caso, para los asuntos que no son seleccionados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el respeto al precedente judicial por parte de todos los jueces del país, son garantías para que se asegure la protección efectiva de los derechos constitucionales.

[15] *"Por el cual se reglamenta el trámite de insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Procurador General de la Nación ante la Corte Constitucional."*

mencionaban las insistencias y las relacionaban con expedientes concretos, no indicaban quién o quiénes eran los autores de las insistencias. La ausencia de estos datos volvió casi imposible entender el papel de las insistencias en la selección de tutelas.

ACTUALMENTE:

De ahí que, atenidos al actual reglamento, los artículos 57 y 58 del Acuerdo 02 de 2015, referidos a la insistencia y su trámite, introducen como modificaciones relevantes:

> *a) […]Las insistencias presentadas por los Magistrados deberán ceñirse a los principios y criterios que orientan el proceso de selección; b) Los textos de todas las insistencias serán publicados en la página web de la Corte Constitucional, una vez recibidas por la Secretaría General. En caso de que el expediente sea seleccionado, en la sentencia se hará referencia al contenido de la insistencia. […]*

A pesar de la forma como venía funcionando este proceso de selección de tutela, la entonces presidenta de la Corte Constitucional, María Victoria Calle, anunció a comienzos del 2015, la intención de hacer modificaciones profundas en el proceso de selección, como respuesta a la crisis institucional que se generó a partir del episodio de corrupción en la escogencia para la revisión de una tutela por la compañía Fiduspetrol. Según lo que afirmó Calle, se modificaría el reglamento entonces vigente, de tal forma que uno de los cambios es permitir la presencia de un delegado de asuntos constitucionales de la Defensoría del Pueblo en las diferentes salas de selección. Adicional a esto, se conformarían comités de trabajo con personal de todos los despachos, para presentar un proyecto más amplio de transformación del reglamento, que buscaría llenar los vacíos de procedimiento previo a la revisión de las acciones. Además de esto, y dada la situación que un magistrado de la Corte Constitucional —Jorge Pretelt— habría sido protagonista, se solicitaría la conformación de grupos especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para las funciones de investigación y juzgamiento de las filtraciones de información reservada de las que ha sido objeto el Tribunal.

Así las cosas, en el nuevo Reglamento Interno instituido por el Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015, *"Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional"* la Corte Constitucional instaló:

a) la **Unidad de Análisis y Seguimiento** al Proceso de Selección de Tutelas, unidad conformada por un delegado de cada uno de los nueve Magistrados que integran la Corporación, así como también un coordinador designado por la Presidencia, que tendrían entre

otras funciones, la de verificar que se cumplan los principios y criterios orientadores en la selección de las acciones de tutela que serían revisadas por la Corte. El grupo de profesionales presentaría periódicamente informes tanto a la Sala Plena, como a las Salas de Selección, sobre: (i) los principales temas de que versan los expedientes de tutela que llegan a la Corte; (ii) identificar los problemas jurídicos más relevantes sobre la interpretación de un determinado derecho fundamental o el funcionamiento de la justicia constitucional; (iii) poner de presente la existencia de situaciones estructurales o coyunturales que afecten a un número importante de poblaciones vulnerables; (iv) detectar problemas en los procedimientos de selección implementados y proponer directrices y recomendaciones puntuales a la Sala Plena y (v) alertar sobre eventuales casos de corrupción relacionados con la concesión de amparos.[16]

b) Los acontecimientos que minaron la institucionalidad de la Corte especialmente año 2015, motivaron lo que establece la Sección I, Capítulo XIV del Acuerdo en comento; en efecto, los artículos 51 y siguientes precisan los principios, y criterios orientadores del proceso de selección, para **limitar** el campo de discreción a la hora de seleccionar las tutelas. Entre los **principios**, atenidos al art. 51 del actual reglamento, se encuentran la moralidad, la eficiencia, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, seguridad jurídica, mismos que, como es sabido, impregnan el sistema jurídico colombiano.

c) Adicionalmente, el art. 52 integra normativamente la utilización de los **criterios de selección** denominándolos: objetivos, subjetivos y complementarios que la doctrina ha desarrollado y a los que se hará referencia brevemente más adelante.

d) Además, se mantiene la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes para la revisión de tutelas. De igual forma, se conserva el recurso de insistencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591/91.

Independientemente de las demás modificaciones introducidas en el reglamento, el cuestionamiento crucial es si dichos cambios son suficientes para establecer un procedimiento transparente y honesto a la hora de la selección de tutelas, de manera que se pueda restablecer la institucionalidad de la Corte Constitucional y se reconstruya la finalidad propia de la acción de tutela: la protección de derechos fundamentales. Particularmente en lo relativo a los criterios orientadores nos parece un tanto problemático que el reglamento no se haya ocupado de nutrir de contenido en qué consisten cada uno de estos criterios, no obstante existir dentro de la doctrina un desarrollo al respecto.

[16] Num. h, art. 54 del Acuerdo, 2 de julio de 2015.

En cualquier Estado con un catálogo de derechos fundamentales, existe la necesidad de preservación de los mismos, máxime cuando estos son de carácter subjetivos en cuyo caso el ordenamiento normalmente dispondrá de herramientas procesales para hacerlos efectivos en caso de alguna vulneración.[17] Siendo este el objeto de la tutela,[18] es evidente que el rol de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional abocarán el conocimiento de las acciones de tutela bien sea para fijar el contenido y alcance de los derechos materia del amparo o para procurar la protección del derecho fundamental subjetivo que se reputa violentado. Es a estos dos roles, que puede asumir la Corte Constitucional, lo que la doctrina ha definido como el carácter objetivo y subjetivo del conocimiento de las acciones de tutela.

Nos referiremos brevemente a los mencionados criterios orientadores para la selección de tutela:

Criterio objetivo: siendo la seguridad jurídica un imperativo constitucional la determinación del alcance de los derechos fundamentales es crucial. Es por tal motivo que se reconoce la importancia de la Corte Constitucional en este punto, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y como ente unificador de jurisprudencia. En este punto la función primordial del Tribunal Constitucional es "asegurar la eficacia de la Constitución a través de criterios de interpretación de esta".[19] Y esa eficacia deviene de la fijación de parámetros hermenéuticos específicos que guíen el actuar de los jueces ordinarios al decidir tutelas.

Esta dimensión del carácter objetivo de la función de la Corte Constitucional encuentra asidero pragmático en el texto constitucional, pues en este se destaca que la Corte Constitucional es la intérprete autorizada de la Constitución.[20] Esta característica de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional es la que dota de sentido a la unificación de jurisprudencia para guiar el quehacer constitucional de toda la rama judicial del Estado colombiano y en ese sentido fijar con criterio vinculante el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se pretende por medio de la acción de tutela.

---

17 Alexy, Robert, *Teoría de los derecho fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

18 El art. 86 de la Constitución política establece que Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

19 Cascajo Durán, Manuel, "El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, p. 123.

20 A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo […].

Algunos autores que se han detenido en el análisis de los procesos de selección de tutela contemplan varias etapas en el desarrollo histórico del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Un primer momento se refiere a la transformación de una cultura preconstitucional en una cultura constitucional, a partir de la fijación de derroteros específicos que les permitan a los jueces apegados a la ley solucionar los casos de derechos fundamentales con herramientas de índole constitucional.[21] En segunda medida, y contando con un desarrollo jurisprudencial relativamente amplio, el carácter objetivo de la función de la Corte se predicará de nuevos casos, esto es, nuevos supuestos de hecho que requieran delimitación en cuanto al alcance de los derechos involucrados en el caso.

Asimismo, podrá el órgano de cierre considerar pertinente realizar un cambio de jurisprudencia, tal y como lo ha destacado la misma Corporación en sentencia C-836 de 2001.[22] También puede ocurrir que con ocasión a una decisión de tutela el órgano de cierre considere oportuno aclarar o complementar lo establecido previamente en la jurisprudencia. Esta etapa se refiere a una "jurisdicción constitucional reflexiva".[23]

Por otra parte, es posible que el conocimiento de las tutelas por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se vea motivado por la existencia de fallos contradictorios frente a un supuesto de hecho de-

---

21 Aragón Reyes, Manuel, "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo, en instrumentos de tutela y justicia constitucional", en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, 2002, p. 28.

22 En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (art. 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (arts. 1 y 3). […]
Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. […] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

23 López Pietsch, Pablo, "Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 51, 1997, p. 151.

terminado. En estos casos se abre paso a la función unificadora en estricto sentido, esto es, a la génesis de las sentencias de unificación *strictu sensu*.[24]

Finalmente, es posible que el carácter objetivo de la tutela se manifieste a través de una labor correctiva por parte del máximo Tribunal Constitucional al encontrarse con fallos que se aparten de lo dictaminado por él.[25] Este presupuesto, en la objetividad de la tutela, es el que ha dado paso a recursos como el *certiorari*, en el cual, no siendo objeto de selección y eventual revisión, una parte puede solicitar a un Tribunal de superior jerarquía que, utilizando su discreción, determine si examina la decisión adoptada por un operador jurídico de menor rango.

Criterio subjetivo: como se dijo anteriormente, la consagración constitucional de un catálogo de derechos fundamentales subjetivos conlleva la creación de mecanismos para su protección. El que se establezca la primacía de la Constitución como norma de normas hace que dicho catálogo adquiera preponderancia absoluta dentro del ordenamiento jurídico y por tanto, que la protección de dichos derechos sea fundamental para el propósito y coherencia que la misma Constitución procura.

Sin embargo, existe una confrontación doctrinaria en este punto, pues hay autores que consideran que a la Corte Constitucional no le compete la protección de los derechos subjetivos como tal, pues esta es función de los demás operadores constitucional –los demás jueces de la República- quienes estarán guiados en su actuar por las directrices planteadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Es por ello que se ha aseverado en la doctrina que *"Si el ordenamiento jurídico le ha atribuido a otras instancias la protección de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo al crear un mecanismo especial para su protección, el papel que tiene que asumir el máximo órgano de interpretación no es este, en principio*."[26] Adicionalmente, la subsidiariedad de la tutela como mecanismo de protección pareciera indicar que a quien le pertenece la protección de los derechos fundamentales subjetivos es por regla general al operador jurídico ordinario, pues para ello el sistema jurídico ha establecido una serie de conductos tendientes a garantizar la efectividad de los derechos. Esto debe matizarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la tutela procede como mecanismo principal si no existe otra acción eficaz e idónea para la protección del derecho que se reputa vulnerado.[27]

---

[24] López Cuéllar, Nelcy, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional,* Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 44.

[25] Cascajo Durán, Manuel, *op.cit*, p. 112.

[26] López Cuéllar, Nelcy, *op.cit*, p. 49.

[27] Esta regla jurisprudencial es posiblemente la que ha ampliado el espectro de posibilidades de procedencia de la acción de tutela, pues además de cimentarse en verdaderos concep-

Para quienes defienden el carácter subjetivo de la revisión de tutelas el argumento central es, que si la tutela es improcedente por no existir vulneración actual o inminente de un derecho fundamental, es porque la tutela de estos derechos es lo primordial para el mecanismo de protección y la dimensión objetiva de este viene por añadidura de su misión principal.[28] De igual forma, se ha argumentado que un exceso en el desarrollo del carácter objetivo de la tutela podría conllevar a un desconocimiento del derecho subjetivo, lo cual es irreconciliable con la Carta Política misma. Un ejemplo de ello sería el excesivo desarrollo objetivo, al punto que lo único que importa es el determinar el alcance del derecho pretermitiendo la audiencia de las partes, lo cual obraría en detrimento de su derecho fundamental al debido proceso.[29] A pesar de lo anterior, es evidente que el desarrollo de la función objetiva de la tutela, a través de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, comporta de igual forma el desarrollo de su dimensión subjetiva, al poder, el máximo órgano, decidir sobre el caso en concreto. Por ello se ha establecido que la tutela tiene una doble dimensión inescindible: **subjetiva-objetiva.**

Esta contextualización sobre las dimensiones objetiva y subjetiva de la tutela sobre las cuales se cimientan los criterios de selección mencionados por el numeral, dan cuenta de la incertidumbre que genera la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional al que se hizo mención anteriormente. En efecto, no existe una determinación en concreto de cuál sería el modelo a seguir, pues el artículo 52 del Acuerdo solo habla de criterios objetivo, subjetivo y complementario. Si existe tanto debate en la doctrina sobre la labor de la Corte en punto de los parámetros objetivos y subjetivos y ello es lo que determina en últimas cuál es el papel que debe jugar el órgano de cierre en sede de la revisión de tutelas, entonces ¿de qué forma el Reglamento da cuenta de un patrón específico de selección? Además, la enunciación genérica que hace el Acuerdo sobre los criterios aun no cierra la brecha de amplia discreción que existía antes de la modificación y ello implicaría que en realidad no se ha introducido un cambio con consecuencias pragmáticas evidentes. Ello se complementa si se observa que a lo largo de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha existido una prevalencia de ambos "criterios" a la hora de la selección. Por una parte, el expresidente de la Corte Constitucional, José Gregorio Hernández defiende la utilización de un modelo objetivo de selección, en-

tos gaseosos, ha tenido la virtualidad histórica de pretermitir los procesos ordinarios para procurar una solución más expedita. Ahora, el número de tutelas por decidir en el país da cuenta de que la subsidiariedad de la tutela pasó de ser la regla general contemplada normativamente, a ser la excepción en la práctica.

[28] Osuna Patiño, Néstor Iván, Tutela y amparo: derechos protegidos, Bogotá, Universidad Externado de 1998, p. 75.

[29] *Ibidem,* p. 93.

tendida como la función de unificación, delimitación y pedagogía que tiene la Corte Constitucional. Por otra parte, el también expresidente de la misma Corporación, Carlos Gaviria Díaz propugnaba por el desarrollo del criterio subjetivo de selección, esto es, que la Corte debe proteger los derechos fundamentales subjetivos, de acuerdo a lo dicho anteriormente. Si los criterios a los que hace mención el Reglamento ya existían previamente —de forma jurisprudencial— y eran utilizados a efectos de realizar la selección de tutelas, entonces ¿es posible hablar de verdaderos criterios, a partir de la modificación en comento? ¿Cómo puede cambiarse la visión institucional de la Corte Constitucional si en realidad no se introducen modificaciones que cambien el esquema bajo el cual se desarrollan los escándalos que han azotado a la Corporación en los últimos años? En definitiva, el nuevo Reglamento se queda corto en cuanto al establecimiento de un conducto específico que restrinja las posibilidades de que la selección de tutela se haga con una finalidad diferente a aquellas propuestas por los modelos objetivo y subjetivo de selección, esto es, el desarrollo de un litigio con el propósito de satisfacer intereses multimillonarios; obsérvese que el parágrafo del artículo 52 del Acuerdo, aclara que: "*En todos los casos, al aplicar los criterios de selección, deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico*".

Ahora, si se observa, el Reglamento menciona, además de los criterios subjetivo y objetivo de selección, la posibilidad de utilizar otros criterios "complementarios"; menciona: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público. Nos preguntamos: ¿A qué puede estarse refiriendo el Acuerdo con esto? ¿Qué debe entenderse por criterios complementarios o de qué forma esta alocución ha sido desarrollada en la doctrina? Ciertamente el Acuerdo en este punto abre una brecha enorme para la génesis de parámetros de selección creados a placer por quienes tienen la potestad de seleccionar tutelas. A manera de ejemplo, en España, con la reforma introducida a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se creó un parámetro adicional que debe tener en cuenta el Tribunal para admitir un caso presentado mediante el recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional para determinar los motivos de la admisión. La reforma se limita a plantear que para efectos de determinar la especial trascendencia de la materia se deberá examinar "su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales" (art. 50 LOTC) ¿Podría entenderse esto como un criterio complementario? ¿Tienen los Magistrados de las salas de selección la potestad de interpretar la noción de criterios complementarios como una puerta para introducir criterios que

han sido adoptados en ordenamientos jurídicos foráneos? Si se pensara, por ejemplo, que ello es posible y se utilizara el criterios de especial trascendencia constitucional a la que hace mención la LOTC, ello podría significar que el trámite de la eventual revisión de la tutela se haría aún más sofisticado y con ello se alejaría aún más al ciudadano de a pie de la Corte Constitucional. Es más, cobraría mayor fuerza la idea de que la selección y la revisión de las tutelas es un nuevo escenario de litigio constitucional. En efecto, "El requisito de la especial trascendencia constitucional, como presupuesto de la admisión del recurso de amparo, obliga a cambiar el contenido de la demanda de amparo. En la misma, como hasta ahora, deben exponerse con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado (art. 49.1 LOTC). [...] En este punto, los abogados deberían tener en cuenta, de una parte, que no es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental para entender debidamente justificada la trascendencia constitucional; de otra, que justificar la trascendencia del recurso exige razonar que su contenido justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en atención a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia o para la determinación y alcance de los derechos fundamentales".[30]

Por otra parte, es curioso la introducción de una serie de principios rectores que guíen el trámite de la selección, los cuales, a nuestro juicio, deberían ser precisados por el acuerdo mismo dada su naturaleza vaga y porque su indeterminación claramente habilita para que su contenido sea llenado por las motivaciones a la hora de la selección, esto es, por los Magistrados mismos, siendo innegable que ello amplía aún más el grado de discrecionalidad en la selección si son ellos los que fijan los parámetros para seleccionarlos. Además, la cuestión con los "conceptos jurídicos indeterminados", utilizando la alocución del Consejo de Estado, es que se trata de zonas grises en donde el espacio argumentativo es tan basto que se le puede dotar de casi cualquier contenido a los principios, lo cual facilitaría la selección de casos por motivaciones diferentes a las que deberían impregnar la labor de la Corte Constitucional.

Con lo anterior no se quiere decir que deba pretermitirse completamente la discreción a la hora de la selección, pues ello implicaría crear un escenario en donde la autonomía judicial, de suma importancia por su consagración constitucional, se vería completamente truncada, lo cual no tiene

[30] Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto del recurso de amparo,* disponible en *http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional*

ninguna clase de sentido dentro de la jurisprudencia. Lo que se argumenta es que dicha discrecionalidad debe matizarse y limitarse en una medida razonable a efectos de generar un cambio en la visión que actualmente se tiene del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, lo cual no sucede con la modificación introducida al Reglamento Interno, tal y como se adujo anteriormente. Esta posición ha sido apoyada doctrinariamente a través de argumentos que propugnan por el establecimiento de parámetros claros a la hora de selección las tutelas. Es así como "un caso debería ser seleccionado cuando: 1. Contenga hechos de los cuales se desprenda un aspecto de los derechos fundamentales no abordado hasta el momento por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional […] 2. Si a pesar de existir pronunciamiento acerca de determinado aspecto de los derechos fundamentales, en criterio de los magistrados que integran la Sala de Selección sea necesario analizar un eventual cambio de jurisprudencia[31] […] 3. No obstante existir un pronunciamiento sobre determinado alcance de un derecho fundamental, el fallo de la Corte sea reciente y para ser arraigado en la cultura judicial, a través de unos pocos casos, se desarrolle la pedagogía constitucional a través de estas restringidas reiteraciones […] 4. Sin perjuicio de tratarse de un caso ya abordado por la Corte, de no ser seleccionado el caso se causaría un daño grave al accionante"[32] […], tal y como lo consagra normativamente el ordenamiento jurídico alemán.

Estos y otros criterios detallados podrían haberse introducido en el Reglamento para que exista un derrotero claro en cuanto a las justificaciones para realizar la selección de tutelas. No obstante, el Acuerdo se limita a reiterar una serie de criterios que ya existían en la jurisprudencia, añadiendo zonas grises representadas por los indeterminados principios y por la alocución de "criterios de selección complementarios."

4.4. De la revisión eventual de las tutelas[33]

Con relación a la revisión eventual de los fallos de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado sentadas las bases de lo que implica el concepto; así, en sentencia C-018 de 1993, la Corte, al estudiar la palabra

[31] En este punto, la sentencia C-836 de 2001 ha fijado unos criterios claros para establecer cuando existe la necesidad de introducir un cambio en la posición jurisprudencial, tales como cambios normativos o en la realidad jurídica del país tomando en cuenta las condiciones económicas, políticas o sociales. En ese sentido, en este punto las bases doctrinarias para argumentar la selección están dadas por la jurisprudencia misma.

[32] López Cuéllar, Nelcy, *op.cit*, p. 128.

[33] Acuerdo 02 de 2015; cap. XIV , secc. III.

'eventual', concluyó que la Constitución no prevé la obligatoriedad de la revisión de todos los fallos de tutela. Además, agregó que la revisión eventual es más importante que la obligatoria, en razón de su contenido y alcance, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela, es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional. Y esto, se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y carácter paradigmático, las cuales junto con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias. De tal forma que, para la Corte, resulta mucho más fructífero trabajar sobre pocos casos significativos e importantes.

Ahora bien, en sentencia C -1716 de 2000, la Corte reiteró su posición, afirmando que cada uno de los fallos que llegan a la Corte son estudiados, pero no todos ellos ameritan revisión. Y la razón de esto es que la gran mayoría de ellos contiene decisiones de instancia que son correctas, y la protección de un derecho, o su negación, han sido ordenadas de acuerdo con la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte. En esta sentencia, se hizo referencia a los principios de igualdad, economía y eficiencia, como forma de justificar el hecho de que la Corte deba pronunciarse sobre absolutamente todos los casos que le son remitidos.

Además, en esta sentencia se sistematizaron las razones[34] por las cuales el carácter eventual de la revisión de los fallos de tutela no vulnera el principio de igualdad y resulta acorde a la Constitución. Razones que resumimos así: i) El hecho de no pronunciarse de fondo sobre cada uno de los casos que se presentan no vulnera el principio de igualdad, pues no todas están en similares condiciones. De tal forma que solo los fallos en contra de

[34] "…cada uno de los expedientes de tutela que se presenta en el país, es examinado por la Corte; cuando en el caso, por ejemplo, el juez de instancia ha estimado que las pretensiones del actor no proceden porque existe otro mecanismo para la solución de la controversia, la Corte no pasa de largo"; ha reiterado "que frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por vía judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal, que compararla con los postulados de la Constitución. La existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto a otros. Es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión, en el caso concreto cual es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva". Es así como la Corte en revisión ha revocado innumerables fallos de instancia que negaban la protección por existencia de un medio judicial ordinario, pues resulta ineficaz, ya que la espera que tendría que soportar el afectado es excesiva, o el resultado previsible no compensa el daño sufrido en los derechos fundamentales del actor.

la Constitución o la doctrina de la Corte, ameritan una nueva sentencia; ii) cuando las pretensiones en un caso de tutela se desestiman por razón de existir un mecanismo ordinario idóneo para dirimir la controversia planteada por la demanda, y la Corte considera que la decisión se ajusta a derecho, no se viola derecho o principio alguno sino, por el contrario, se cumple la ley y se desarrolla la Constitución;[35] iii) el núcleo esencial del debido proceso consiste en el respeto de las formas propias de cada juicio; iv) la previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad".[36]

Ahora bien, en lo atinente al trámite y decisión de las acciones de tutela en contra de la Corte Constitucional, en Auto 055 de marzo 16 de 2011,[37] la Alta Corporación se declaró incompetente para conocer de dichos trámites, por las siguientes razones: (i) no existe norma constitucional o legal que le otorgue competencia a esta Corte para resolver acciones de tutela en etapa procesal distinta a la revisión; además, asumir como juez de instancia vulneraría la posibilidad de impugnar la decisión ante un superior; (ii) la regla contemplada en el Decreto 1382 de 2000, según la cual las acciones de tutela instauradas en contra de las altas cortes, deben repartirse para su conocimiento y decisión a las Salas, Secciones o Subsecciones de la misma entidad accionada, no puede aplicarse análogamente o extenderse a la Corte Constitucional, y, (iii) en caso de instaurarse acción de tutela en contra de la Corte Constitucional, debe aplicarse la regla general de competencia derivada de los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con la cual, son competentes para conocer la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales.

---

35 La tutela tiene carácter subsidiario (art. 86 CP y art. 6 del decreto 2591) y por esta característica de su naturaleza, solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial apto para obtener la protección de su derecho. No es una instancia paralela ni adicional, ni puede ella suplantar los mecanismos especiales existentes, sino debe respetarlos, y es preciso que el juez reconozca que hay un procedimiento previsto por el legislador que impide la aplicación de la tutela, so pena de vulnerar la Constitución.

36 De tal manera que, cuando el juez y la Corte encuentran en la ley un mecanismo especial idóneo para restablecer el derecho del actor o hacer efectivas sus justas pretensiones, deben remitirlo a hacer uso de él, para preservar el orden jurídico y la especialidad de la jurisdicción, pero sobre todo, el debido proceso.

37 La Sala Plena de la Corte Constitucional, en uso de sus facultades constitucionales y legales, procede a decidir lo que en derecho corresponda respecto de la negativa del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, en tramitar y decidir acción de tutela incoada por A, en contra de "la Sala Cuarta de Revisión" de la Corte Constitucional.

Y, adicionalmente , sostuvo que la omisión en dar el trámite correspondiente a la mencionada acción de tutela, atenta contra los principios de celeridad y economía procesal que guían el amparo constitucional, pues se ha dilatado el conocimiento y trámite[38] de la mencionada acción de tutela, con desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales son competentes a prevención para conocer de las acciones de tutela.

Debemos entender que la revisión de los fallos de tutela no es una tercera instancia o una instancia adicional, sino un mecanismo de naturaleza diferente, *sui generis,* tendiente a la unificación de la jurisprudencia nacional, como lo ha entendido la Corte Constitucional. El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 35 señala que la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional, es en efecto devolutivo –es decir, no se suspende la aplicación del fallo revisado- , pero la Sala de Revisión de la Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere necesarias, por ejemplo, la suspensión provisional de la sentencia revisada, también puede decretar medidas cautelares.

4.5. Hipertrofia sufrida por la prueba

Aunado a lo anterior, surge el problema de la prueba en vía de hecho judicial; que se debe mirar bajo varias aristas: (i) *La tutela ante las instancias de los tribunales ordinarios:* en verdad que frente al tema probatorio, no existe mayor reparo que hacer; quien interpone la tutela contra una providencia judicial, debe llevar toda la carga de cumplimientos de los requisitos ya expuestos y por supuesto el tema probatorio. Aquí existe un proceso o trámite

[38] En tal sentido, los casos concretos que los jueces de tutela ya han estudiado y sobre los cuales han proferido decisión, favorable o desfavorable a la protección pedida, no constituyen el motivo primario de la revisión constitucional. El objetivo del análisis que emprende la Corte es el de arrojar luz sobre el alcance y contenido sistemático de las normas fundamentales relativas a derechos de esa misma índole, formulando las directrices de interpretación y aplicación que han de ilustrar sucesivas decisiones judiciales. Ello, a propósito de los casos escogidos, que son paradigmas de los cuales parte la Corte para establecer su doctrina constitucional y la jurisprudencia. La selección de casos singulares para revisión constitucional no es un derecho de ninguna de las partes que han intervenido en los procesos de amparo, ni tampoco de los jueces que acerca de ellos han resuelto. La Corte Constitucional revisa esos fallos "eventualmente", como lo dice la Constitución, es decir, puede no revisarlos, si no lo tiene a bien, y la decisión de no hacerlo es discrecional, de manera que no se quebranta derecho subjetivo alguno por decidir la Corte que se abstiene de escoger un determinado proceso con tal fin.

en donde se respetan las garantías procesales, notificándole a la convocada o demandada el tema de tutela contra su providencia, y éste ejerce su legítimo derecho a la defensa y a la contradicción. (ii) *La tutela ante la revisión eventual de la Corte Constitucional:* pensamos que el problema se centra aquí; en primer lugar, por el trámite del proceso de selección y revisión de la tutela. Adicionalmente, como se desarrolla un proceso sin partes, ello hace que las partes –antes de la vigencia del acuerdo de julio de 2015- especialmente la accionada, solo se enterara que su sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional, precisamente cuando se le comunicaba que la sentencia había sido revocada o no. ¿Se practicaron pruebas??? Es posible… pero la parte no lo supo; ¿se le violó su debido proceso??? Consideramos que sí, no había respeto en este filtro de las garantías constitucionales y procesales.

Pero, ¿qué ocurre hoy día? La consideración es la misma que antes hemos esbozado; simplemente por la manera tan "extraña" en que surte esta actividad probatoria. En efecto, según el Acuerdo 02 de 2015, el Capítulo XV, se refiere a DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS y específicamente el artículo 64 que estudia "*pruebas en revisión de tutelas"*, señala: "Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General" […] (el subrayado y las cursivas son nuestras). Consideramos que resulta igualmente inocuo este "procedimiento probatorio", por cuanto que las pruebas se ponen a disposición de las partes, luego de que se han recepcionados; no participan en su práctica, no ejercen su derecho de contradicción; insistimos en que también se viola su debido proceso constitucional que consagra el artículo 29 de la Norma Superior; además nos preguntamos: ¿qué debe entenderse, cuando el artículo indica que las partes se pronuncien sobre las pruebas ya practicadas?

5. Reflexiones al cierre

Se reafirma que, por lo menos hasta julio de 2015, existía un diseño institucional de selección y revisión de tutela, de carácter informal, que a nuestro juicio era el problema: el criterio de selección era un *poder discrecional* de la Corte Constitucional, que decidía cuáles temas seleccionar y por ende actuaba como legislador y promotor de políticas públicas, lo que conllevaba que no fuera un proceso democrático.

El desarrollo histórico del trámite de selección de tutelas aunado a la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional da cuenta de la génesis de un nuevo litigio constitucional como tal. En efecto, la sofisticación en el momento de la presentación de una tutela, aunado al hecho de la inseguridad que generan los nuevos criterios introducidos por el reglamento, generará un nuevo espacio en donde cada vez más se necesitará de un especialista en la materia a efectos de conducir una eventual revisión ante la Corte Constitucional. Este fenómeno no es nuevo si se observa la doctrina de las causales generales y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en donde la temática al ser tan elaborada hace necesaria la presencia de un experto a efectos de procurar la protección de un derecho fundamental que se reputa vulnerado. Lo anterior da cuenta de que la tutela se encuentra en un proceso de distanciamiento del ciudadano de a pie, en contravía de la pretensión de la Asamblea Constituyente de 1991. En efecto, si la idea era crear un mecanismo de protección de derechos fundamentales que estuviera a la mano de cualquier sujeto, el desarrollo de dicha acción pone de presente que ese no es el propósito que se está satisfaciendo.

Algunos van más allá: el problema no son los procesos de selección y revisión de las tutelas, sino el sistema de elección de los magistrados que conforman la Corte Constitucional en Colombia, que "aparentemente" es claro, pero que, la realidad nos muestra como esa magistratura constitucional, constituye hoy día uno de los obstáculo para el desarrollo de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Creemos que no son excluyentes; todo ayuda, desafortunadamente, a la problemática de hoy día.

6. Bibliografía

Aragón Reyes, Manuel, "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo, en instrumentos de tutela y justicia constitucional", en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, 2002.

Alexy, Robert, *Teoría de los derecho fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

Cascajo Durán, Manuel, "El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 63, 2001.

López Pietsch, "Pablo, objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español, en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 51, 1997.

López Cuéllar, Nelcy, "Estudio de la selección y revisión de tutelas en la corte constitucional", Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto del recurso de amparo,* disponible en *http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional*

Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos,* Bogotá, Universidad Externado, 1998.

Jurisprudencia

Colombia. Constitución Política 1991.

Congreso de la República de Colombia, decreto 2591 de 1991.
_____, ley 734 de 2002.

Corte Constitucional, Reglamento Interno, acuerdo 02 de julio 22 de 2015.
_____, Sentencia T-158 de 1993.
_____, Sentencia T- 231 de 1994.M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
_____, Sentencia T-131 de 2010. M. P. Dra. María Victoria Calle.
_____, Sentencia T-578 de 1997; M.P. Dr. José Gregorio Hernández.
_____, Sentencia T-465 de 1994, M. P. Dr. José Gregorio Hernández.
_____, Sentencia C-836 de 2001.
_____, Auto 055 de marzo 16 de 2011.
_____, T-892 2011 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Resolución 669 de 2000, "Por la cual se reglamenta el trámite de las solicitudes de Insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Defensor del Pueblo ante la Corte Constitucional".

Resolución 301 de 2013, "Por el cual se reglamenta el trámite de insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Procurador General de la Nación ante la Corte Constitucional".

Doctrina

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Barreto Rozo, Antonio, "El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias", julio-diciembre 2010.

Retos y desafíos de las jurisdicciones constitucionales locales en México

*Alfredo Gómez Vásquez**

El sistema normativo mexicano actualmente cuenta con una Constitución federal y 31 constituciones locales, sin contar la de la Ciudad de México, por no estar a la fecha en vigencia, en total 32 normas fundamentales, en todas encontramos la misma temática, la parte dogmática, los derechos y garantías de los gobernados y en su parte orgánica la organización estatal, apartados que no tendrían sentido, sin dejar de hablar de las jurisdicciones constitucionales, que le dan vigencia y eficacia al Estado de derecho.

Sin embargo, antes de referirme a los desafíos y retos que enfrentan actualmente las jurisdicciones locales, que comprende a las magistraturas y procedimientos de defensa constitucional, es preciso establecer cuál es el rasgo característico, desde el punto de vista constitucional, que tienen los Estados miembros para darse sus propios sistemas jurídicos locales, porque este será el fundamento de sus propias jurisdicciones locales y, por ende, de su fortaleza para salvaguardar la supremacía constitucional, la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en esas cartas constitucionales.

Entrando al tema que nos ocupa, es pertinente decir que ese rasgo característico de los Estados federados para darse su propia Constitución, como sabemos se llama Autonomía Constitucional, que emerge, nace y se construye con base en los principios, valores y reglas que rigen el sistema jurídico mexicano, contenidas en los artículos: 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el principio de soberanía nacional; 40, que sienta las bases en que descansa el federalismo mexicano; 41, la forma del ejercicio del poder soberano, al subrayar que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal. Por su parte, el artículo 124 estipula las facultades que

* Profesor Investigador PRODEP, tiempo completo, líder del C.A. Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho. Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entenderán reservadas a los estados. De esta forma, las facultades expresas que corresponden a la federación serán de interés nacional y las reservadas a los estados son generalmente particulares o locales.

Los estados federados dentro de este ámbito de autonomía tienen competencia para darse su propio orden jurídico local, incluyendo su norma constitucional, que tiene el carácter de norma suprema,[1] ya que el dispositivo 133 de la Constitución federal establece el principio de supremacía constitucional-convencional y demarca la pirámide jerárquica de leyes en el sistema jurídico mexicano.

Dentro del rango de autonomía concedida a los 31 estados federados, más próximamente el que corresponderá a la Ciudad de México, deben organizarse políticamente con base en los principios y reglas constitucionales contenidas en los artículos 116 y 117 de la ley suprema. Conforme a esta normatividad, estos órdenes estatales han dividido su ley fundamental en dos partes, a saber: la dogmática, en donde encontramos una declaración de los derechos fundamentales y garantías de cada estado; y la orgánica, que atiende la estructura de la organización estatal, principalmente se ocupa de la división del poder público, el reparto de las competencias, facultades y prohibiciones expresas de los poderes públicos, ejecutivo, legislativo y judicial de dichas entidades federativas.

Los estados de la federación mexicana al contar con autonomía para darse su propio orden jurídico interno, les asiste el deber constitucional y actualmente convencional de protección y garantía de ese orden local, para mantener la firmeza de la división del poder público estatal y sobre todo para garantizar la promoción, respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en aquellas cartas constitucionales, de otra manera no tienen sentido los órdenes locales.

En cuanto a las jurisdicciones estatales, encontramos que actualmente veintiún estados de la República Mexicana cuentan con sistemas de control constitucional. Es pertinente precisar que en todos estos entes estatales se ejercen materialmente dichas jurisdicciones constitucionales, dentro de las cuales figuran Veracruz, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Querétaro, estado de México, Nuevo León, Chiapas, Coahuila, Sinaloa, Chihuahua, Na-

[1] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 1997, p. 131, "El imperativo de darse su Constitución cada entidad federativa, que la teoría reconoce como característica esencial del sistema, impónelo, a su vez la Constitución general en su artículo 41, cuando dice que el pueblo ejerce su soberanía en los términos establecidos por dicha Constitución y por «las particulares de los Estados»".

yarit, Oaxaca,[2] Durango, Morelos, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán, Campeche, Colima y Zacatecas. Todas ellas cuentan con magistratura constitucional, con sus respectivos órganos encargados de ejercerla y los procesos constitucionales, es decir, los instrumentos procesales destinados a asegurar el principio de supremacía constitucional,[3] ahora también convencional.

Dentro de este ámbito, al respecto es pertinente precisar que la mayoría de las entidades federativas cuentan con organismos de protección de los derechos humanos, denominados Comisiones Estatales de Derechos Humanos o Defensorías, como es el estado de Oaxaca, quienes de acuerdo con la Constitución federal, su misión es la tutela del orden jurídico nacional, incluyendo los órdenes estatales en materia de derechos humanos. Dichos organismos recibirán quejas de los particulares por violaciones a los derechos humanos en contra de autoridades administrativas, previstos no solo en el orden federal y convencional, sino también en las Constituciones locales. Aquellos entes estatales están facultados para emitir recomendaciones públicas, no vinculantes, ante las autoridades responsables en términos del artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quienes están obligadas a cumplir con las recomendaciones, so pena de ser llamadas ante las representaciones populares de los estados, para que expliquen de manera fundada y razonada la negativa de su cumplimiento.

Las veintiún jurisdicciones citadas son de rango constitucional, pues como se afirmó, los estados gozan de autonomía constitucional para darse sus propias constituciones, máxime que así lo ha sentado el Alto Tribunal Constitucional mexicano, como último y definitivo interprete de la Constitución, en jurisprudencia firme,[4] al reconocer validez a las jurisdicciones

---

2 Gómez Vásquez, Alfredo, *Derecho procesal constitucional. Comentarios a la Reforma Constitucional de Derechos Humanos y Amparo 2011,* Oaxaca, UABJO, 2013, p. 103.

3 Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional núm. 6, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, 2005, p. 8.

4 CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. ES VÁLIDO ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UN SISTEMA DE MEDIOS PARA EXIGIR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO ESTATAL. Décima Época; P./J. 23/2012 (10a), Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta;* libro XIII, octubre de 2012, Constitucional, t. 1, p. 288. La superioridad de la Constitución de cada Estado de la Federación sobre el resto de sus normas internas, tiene fundamento en los artículos 40, 41, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de modo que resulta válido establecer un tribunal y un sistema de medios para el control constitucional local, que tenga por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los Poderes estatales, en cuanto a su régimen interior y la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en el ámbito del orden estatal, en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal.

constitucionales locales, con la finalidad de controlar el actuar del poder público estatal y la protección y garantía de los derechos humanos en el ámbito estatal.

Algunos modelos de jurisdicciones locales no distan mucho del diseñado a nivel federal, salvo ciertas particularidades dignas de elogiarse por cuanto ve a la novedad del modelo de control adoptado.

En este plano encontramos dos tipos de jurisdicciones: la *constitucional de la libertad y la orgánica,* como lo señala Mauro Cappelletti.[5] En cuanto al primero, encontramos que seis estados —Veracruz, Tlaxcala, Querétaro, Chiapas, Nayarit y Oaxaca— tienen diseñado sendos juicios de protección de los derechos humanos, claro, con diferentes denominaciones, sin embargo, la finalidad de todos es la defensa de los derechos fundamentales locales. Al respecto, es pertinente puntualizar que la legislación queretana, además cuenta con un *procedimiento para la custodia de los derechos colectivos y difusos;* el estado de Coahuila con un *control difuso de constitucionalidad*, contra actos de autoridad y leyes en juicio que violenten la normativa constitucional local, adelantándose ambos órdenes a la reforma constitucional federal en materia de derechos humanos de junio de 2011; cabe destacar la particularidad de que en el estado de Oaxaca, el *juicio de protección de los derechos humanos* procede ante la Sala Constitucional por incumplimiento de las recomendaciones hechas a la autoridad responsable por el *ombudsman* local,[6] algo semejante al modelo defensivo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así como también destaca el *recurso por violación de derechos fundamentales* previsto en el estado de Tabasco.

En cuanto a la jurisdicción orgánica local, del estudio y análisis comparativo se estableció que veintiún órdenes locales han adoptado mecanismos de tutela para mantener el Estado de derecho, específicamente para salva-

---

CONSTITUCIONES LOCALES. DENTRO DE SUS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL PUEDEN ESTABLECERSE MECANISMOS PARA SUPERVISAR Y ORDENAR QUE SE SUBSANEN OMISIONES LEGISLATIVAS O NORMATIVAS. Décima Época; P./J. 23/2012 (10a), Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta;* libro XIII, octubre de 2012, Constitucional, t. 1, p. 287. No existe disposición constitucional alguna que impida que las Constituciones estatales establezcan, dentro de sus medios de control constitucional, un mecanismo para supervisar y ordenar que se subsanen omisiones legislativas o normativas, y hacer efectivos y judicialmente exigibles los plazos y requisitos señalados en las leyes y decretos del Poder Legislativo, cuando se prevé en ellos la emisión o reforma de otros cuerpos normativos con el objeto de dar eficacia plena a la Constitución o a las leyes de cada entidad federativa.

5 Cappelletti, Mauro, "La giurisdizione costituzionalle delle libertá", cit. por Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Querétaro, FUNDAP, 2002, pp. 90 y 101.

6 Gómez Vásquez, Alfredo, *op. cit.,* p. 135.

guardar el principio de división del poder público estatal. Dichos instrumentos de defensa han sido tipificados generalmente con la denominación de *controversias constitucionales*, que tienen por objeto dirimir conflictos de competencias suscitados entre poderes estatales, entre estos y los municipios, así como entre municipios. Siendo el órgano constitucional competente para dirimir este tipo de controversias el pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado o Sala Constitucional respectiva. Es preciso aclarar que las sentencias que declaren procedente la controversia contra una norma general tendrán efectos generales, siempre que fueren aprobadas por una mayoría calificada del Pleno.

En esta tesitura se encuentra que quince estados de la República: Veracruz, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Querétaro, estado de México, Nuevo León, Chiapas, Coahuila, Nayarit, Oaxaca, Durango, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán han adoptado en sus leyes fundamentales la figura de la *Acción de inconstitucionalidad*, que tiene por objeto contradecir una norma de carácter general que confronta con la normativa constitucional local, estando legitimados para ejercitar la acción determinados entes públicos o determinado porcentaje de la integridad de estos, algo parecido al diseño de la *acción abstracta de inconstitucionalidad* a nivel federal. Es competente para conocer del conflicto, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado. Es posible que las sentencias dictadas por aquel órgano jurisdiccional tengan efectos *erga omnes*, siempre que la misma fuere aprobada por una mayoría calificada del Máximo Tribunal Local.

En el estudio comparativo se estableció que siete estados de la República —Veracruz, Quintana Roo, Querétaro, Chiapas, Nayarit, Durango y Yucatán— cuentan con la *acción por omisión legislativa* como medio de control constitucional, solo que Nayarit le denomina *acción de inconstitucionalidad por omisión*, las cuales tienen por objeto constreñir a los congresos estatales u otra autoridad competente a la expedición de la norma general, ley o decreto necesario para ejercer una facultad constitucional local, se concede la acción generalmente al gobernador del estado, ayuntamientos, y eventualmente al Congreso, como Chiapas y Tlaxcala.

Merece hacer mención que el estado de Oaxaca cuenta con el *control preventivo de leyes y decretos*, en el cual corresponde a la Sala Constitucional realizar el estudio de constitucionalidad previo a la aprobación, por parte de la Legislatura estatal, de los proyectos legislativos. También el estado de Yucatán cuenta con este tipo de instrumento, denominándolo *control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley* aprobados por el pleno del Congreso del estado, hasta antes de ser promulgados y publicados por el ejecutivo estatal, otorgando competencia para conocer de este tipo de control al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado, así como el estado de Tabasco.

Sin embargo, ante el nuevo paradigma planteado por la progresista reforma constitucional de junio de 2011, en materia de derechos humanos y amparo, se considera pertinente que los órdenes estatales actualicen su respectivo sistema constitucional a la par de dicha reforma federal; o sea, empatarlos al ritmo de los valores y principios de la normatividad nacional y convencional, atendiendo al deber jurídico de promover, garantizar, proteger y respetar los derechos humanos en términos de los artículos: 1 y 133 de la ley suprema; así también, a la par de la normativa contenida en el artículo 1 de la CADH —deber de respeto de los derechos humanos por los estados parte—; así como su artículo 2 —deber de adoptar disposiciones de derecho interno—; y el diverso 29 de la CADH, sobre normas de interpretación de dicho instrumento; asimismo 26 y 27 sobre la observancia de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ambos pactos suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

En consonancia con lo anterior, en el plano estatal resulta ineludible plasmar los mecanismos procesales que deben regir el quehacer jurisdiccional como: *la cláusula de interpretación conforme*, considerada "… como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.", en palabras del jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor,[7] *hoy desempeñando vehementemente la vicepresidencia* del Máximo Tribunal Interamericano; la implementación del principio pro persona, en la interpretación judicial a cargo de los jueces y de toda autoridad que materialmente ejerzan funciones jurisdiccionales, aplicando el criterio que más beneficia a los intereses de la persona en los asuntos de su competencia.

El establecimiento del *control difuso de constitucionalidad*, como una nueva facultad expresa que les impuso la reforma constitucional a los jueces nacionales y a todas las autoridades que ejerzan materialmente funciones jurisdiccionales en términos de los artículos 1 en relación con el 133 de la norma suprema nacional y criterios de jurisprudencia interamericana, para que en el quehacer jurisdiccional en última instancia inapliquen o invaliden, en su caso, las normas generales contrarias a la Constitución local.

Se plasme materialmente el *control difuso de convencionalidad ex officio*, como un deber de los jueces nacionales —en especial los locales— de

[7] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma coordinadores* México, IIJ-UNAM, 2011, p. 358.

realizar sin condiciones ni pretextos un examen de compatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris* interamericano, protocolos adicionales y la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos de su competencia, aplicando la normativa más favorable a la persona.

La necesidad de actualizar los órdenes jurídicos locales resulta de imperiosa necesidad para fortalecer las jurisdicciones constitucionales, pues en la medida en que el juez nacional —federal, local y municipal— tenga a su alcance y conozca dichos mecanismos, seguramente estará en condiciones de emitir decisiones más equitativas y justas en su actividad jurisdiccional.

En cuanto al grado de eficacia jurídica que han tenido y tienen dichas jurisdicciones constitucionales a la fecha, probablemente no ha sido la esperada, por el lento avance que han experimentado, sin embargo, tratando de encontrar los retos y desafíos que impiden su pleno desarrollo, tenemos que son variados y distintos, siendo los más relevantes los siguientes:

PRIMERO. Un factor de estructura constitucional, por cierto muy complejo, lo encontramos en la duplicidad de los órganos de control, pero también en los procedimientos de tutela constitucional a nivel federal y local para la defensa del mismo objeto y fin, circunstancia que impide que florezcan a plenitud las jurisdicciones locales como lo sostengo en las siguientes consideraciones:

a) Bajo esta tesitura resulta que en el nivel federal tenemos el juicio de amparo para la defensa de los derechos humanos y garantías contenidos en la Constitución federal y en el plano convencional; en el orden local o estatal, los juicios de protección para la defensa de los derechos fundamentales y garantías contenidas en algunas constituciones locales, que generalmente son los mismos derechos fundamentales y garantías detalladas a nivel federal, salvo algunas de estas últimas mejoradas a nivel local y otras propias del entorno sociocultural de cada estado. Consecuentemente, al resultar agraviado un particular en sus derechos constitucionales por actos de autoridad o norma general, aquel prefiere reclamar dichas violaciones constitucionales a través del juicio de amparo, y no mediante del juicio de protección local, porque a través del amparo federal el gobernado siente y confía encontrar mayor protección a sus derechos y libertades públicas, si se tiene en cuenta que en el orden jerárquico nacional las constituciones locales son consideradas como leyes ordinarias revisables por el Poder Judicial Federal, y no leyes propiamente constitucionales de acuerdo con el alcance normativo contenido en los artículos 103 y 133 del pacto federal, y conforme al 107 de la nueva Ley de Amparo.

b) En relación con las controversias constitucionales, cuya finalidad es la salvaguarda del principio de la división del poder, encontramos que un conflicto competencial local suscitado entre poderes, entre estos con los municipios y entre municipios, se puede plantear indistintamente ante la justicia constitucional federal o local. Ello implica una duplicidad de órganos de control y procedimientos para conocer y resolver el mismo conflicto. Ante esta situación, el ente público local invadido prefiere, como hemos visto, dirimir la controversia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mas no ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado respectivo, por la desconfianza en la justicia constitucional local y debido al juego de intereses políticos que la controversia conlleva, y

c) En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad a nivel local, constatamos que han tenido poco éxito en la realidad jurídica, debido principalmente a la ausencia del principio de división de poderes en las entidades federativas como se apuntará enseguida, pero también porque las resoluciones que en esta materia emite el órgano de control, que por lo general son los tribunales superiores de justicia de los estados, no son definitivas, sino revisables por el Poder Judicial Federal en vía de amparo, situación engorrosa que lejos de encontrar una justicia constitucional pronta y expedita, se vuelve tortuosa y retardada, lo que implica denegación de justicia.

SEGUNDO. Otro factor de origen sociológico, que está latente en todos los niveles de gobierno, es la falta de credibilidad y confianza de los gobernados —personas físicas o morales)— en las instituciones jurídicas y en su justicia, cuestión que se acentúa con mayor énfasis en los sistemas de justicia a nivel local, en donde la división del poder público es una utopía, debido a que prevalecen verdaderos feudos de poder, centralizado en el ejecutivo estatal, quien en uso de sus facultades metaconstitucionales somete a los poderes legislativo y judicial, haciendo, como se sostuvo en líneas precedentes, inoperante la división del poder público estatal. Esta situación *de facto,* pone en riesgo la independencia y autonomía judicial en la impartición de justicia local, siendo la principal razón por la cual los gobernados poco interés despiertan por la justicia constitucional local y, por el contrario, prefieren la justicia federal.

Como vemos, el camino por el que recorren las jurisdicciones constitucionales locales es incierto y complejo, requieren de un pulcro trabajo de ingeniería constitucional para fortalecerlas; de otra suerte, aquellos modelos de justicia, los órganos de control y los instrumentos de tutela constitucional local se pueden extinguir, como sucede en los estados de Morelos y Tlaxcala, donde desaparecieron las acciones de inconstitucionalidad y acción por omisión legislativa, respectivamente; otro caso se puede constatar

en el estado de Oaxaca, donde ante la ausencia de actividad constitucional, a la Sala de Control Constitucional le son asignadas actividades ajenas a su competencia constitucional. En consecuencia, resulta prioritario robustecer estas jurisdicciones locales, porque de otra suerte se pueden convertir en paliativos burocráticos sin razón ni justificación alguna en esta apremiante realidad sociojurídica.

Bibliografía

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM, 2011.

Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Querétaro, Fundap, 2002.

Gómez Vásquez, Alfredo, *Derecho procesal constitucional. Comentarios a la reforma constitucional de derechos humanos y amparo 2011,* Oaxaca, UABJO, 2013.

Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 6, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, 2005.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* México, Porrúa, 1997.

Jurisprudencia

Jurisprudencia 23/2012 (10a), Décima Época; Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta;* libro XIII, octubre de 2012, Constitucional, t. 1; pp. 287-288.

La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano

*Rubén Hernández Valle**

Sumario: 1. Nota introductoria. 2. El constitucionalismo social. 3. La Constitución de Querétaro. 4. La influencia de la Constitución de Querétaro en el Derecho Constitucional latinoamericano. 5. Conclusión.

1. Nota introductoria

La Constitución de Querétaro de 1917 constituyó un fenómeno de gran trascendencia en el ámbito del derecho constitucional latinoamericano. Es innegable su influencia sobre los ordenamientos constitucionales de nuestro continente a partir de 1917. Todos ellos, poco a poco, fueron incorporando algunas de las nuevas instituciones reconocidas en su texto hasta desembocar en un fenómeno jurídico que se extiende a todas las constituciones vigentes.

Costa Rica no fue ajena a este fenómeno, como veremos más adelante. En realidad, las reformas de corte social y económico introducidas en nuestro ordenamiento constitucional a inicios de la década de los cuarenta, del siglo pasado, y en la Constitución vigente de 1949, encuentran su matriz constitucional en la Constitución de Querétaro, aunque su fundamento ideológico haya sido la doctrina social de la Iglesia.

Sin embargo, para entender la importancia que ha tenido en nuestro ordenamiento constitucional la Constitución de Querétaro es necesario analizar, en primer término, el concepto de Estado de derecho y su posterior evolución hacia el Estado social constitucional de derecho, para luego entrar al análisis de las principales innovaciones que introdujo la Constitución de Querétaro en materia económica y social, para desembocar, finalmente, en el análisis concreto de la influencia que esa Constitución ha tenido en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Costa Rica, magistrado suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

2. El constitucionalismo social

2.1. Antecedentes

Es evidente que las características del Estado de derecho han contribuido notablemente a articular el sistema constitucional moderno. Inicialmente predominó el constitucionalismo de corte liberal, a partir del cual las constituciones reconocían exclusivamente derechos y libertades individuales, con sus corolarios de los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia.

El constitucionalismo social irrumpe en el escenario jurídico con la promulgación de las constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919.

Mientras la primera tuvo gran influencia en América Latina, la segunda fue emulada en varios Estados europeos.

La explicación del diferente ámbito de influencia de ambas constituciones tiene una explicación lógica: las tesis sociales de Weimar tuvieron eco en las sociedades industriales porque permitían hacer frente a las presiones obreras que se inspiraban en la revolución soviética de 1917, en cambio, "las tesis mexicanas fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de sociedades rurales".[1]

2.2. Contenido

Ambas constituciones —la de Querétaro y la de Weimar— introdujeron nuevos elementos hasta ese momento desconocidos en el constitucionalismo. En efecto, las características fundamentales del constitucionalismo social que inauguraron, que todavía se mantiene vigente y en plena evolución, fue el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza y de principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. En el caso de la Constitución de Querétaro habría que agregar toda la gama de acciones agrarias y la consiguiente limitación del tradicional derecho a la propiedad de corte liberal.

A partir de tales preceptos constitucionales, nacieron instituciones como la seguridad social, los tribunales especializados en materia laboral, el salario mínimo, el descanso semanal, las vacaciones anuales, los límites de la jornada laboral. Asimismo, aparecieron los primeros derechos prestacio-

[1] Valadés, Diego, "La no aplicación de las normas y el Estado de derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 103, IIJ-UNAM, 2011.

nales, en virtud de los cuales el Estado se hizo cargo de financiar y prestar servicios en el ámbito educativo, salud y vivienda, entre otros.

Desde luego, ambas constituciones establecieron normas que sirvieron de fundamento a la intervención del Estado en el campo económico.

Como dice Eduardo Ortiz:

> El Estado social significa, en cambio, un aumento en beneficio de la igualdad, más que de la propiedad y de la libertad. Su finalidad es repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho del que más necesita. Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a determinadas personas, clases o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los más necesitados en el goce de la propiedad, aunque jurídica y supuestamente tengan tanta libertad como el rico. Las técnicas del Estado social están en los servicios públicos, en las prestaciones de socorro a ciertos grupos o de fomento de ciertas actividades y, sobre todo, en las políticas económicas del Estado, sobre precios, moneda, crédito y hacienda pública (básicamente tributaria). A la inversa de lo que ocurre con las técnicas del Estado de derecho que representan una prohibición al Estado y una abstención de este frente al individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen riqueza. La agravación del régimen impositivo, la maniobra crediticia para evitar la inflación o la recesión económica, la intervención de precios, el aumento de los servicios públicos, etc., o de las prestaciones pecuniarias del Estado a favor del individuo, representan una acentuación desde su carácter social".[2]

El constitucionalismo social vino a complementar el Estado de derecho, dado que las sociedades de esa época exigían mayor intervención de parte del Estado en todas las actividades de la vida de la comunidad, especialmente en los campos económico y social.

El problema de entonces, desde el punto de vista jurídico, era combinar armónicamente la libertad y la seguridad de los individuos. En esa ecuación se sintetizó el dilema de la coexistencia del Estado de derecho y del constitucionalismo social o Estado intervencionista.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el problema estribó en integrar la libertad en el campo económico y social para lograr la igualdad efectiva y no solo formal de los ciudadanos. En otros términos, si el Estado de derecho constituía la coronación de la democracia formal y legalista, el constitucionalismo social, por su parte, trató de que la sociedad conociera una democracia real y operativa. El principio de igualdad formal ante la ley

[2] Ortiz Ortiz, Eduardo, "Costa Rica: Estado social de derecho", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* núm. 29, may-ago, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, 1976, p. 57.

cedió ante la concepción de la igualdad como concepto traducible en realidades concretas de carácter económico y social.

El Estado constitucional, a partir de entonces, interviene activamente en los campos económico y social, tratando de que la riqueza se distribuya de manera más equitativa y de que toda la población tenga acceso y participación de esa riqueza.

En virtud de lo anterior, las constituciones, a partir de la promulgación de las constituciones de Querétaro y de Weimar, dejaron de ser simples documentos garantizadores de las libertades individuales para convertirse en instrumentos jurídicos ágiles que permiten una acción más eficaz del Estado en los campos económico y social, con el objeto de lograr la plena realización del sistema democrático no solo como forma de Estado, sino fundamentalmente como forma de vida.

Por ello el Estado, a partir de la aprobación de las citadas constituciones, dejó de contentarse con una acción negativa dirigida a salvaguardar exclusivamente las libertades individuales mediante la limitación de sus propios poderes como era la esencia del Estado de derecho de corte liberal. El Estado pasó a tomar una acción positiva, dedicándose a la reforma de la sociedad y al logro del bien común. No más pasividad, sino interés creativo del Estado.

Dentro de este orden de ideas, los nuevos derechos de orden económico y social limitaron e inclusive, en algunos casos, llegaron a hacer nugatorios algunos derechos individuales tradicionales, lo que se manifestó, especialmente, en el ámbito de las libertades económicas y del derecho a la propiedad.

Análogamente, la igualdad abstracta de todos frente a la ley fue cediendo terreno a una discriminación entre los distintos sujetos para asegurar una igualdad real. La ley, como norma general, no siempre constituye el instrumento más idóneo para actuales tales medidas. Por ello, la administración ha recibido nuevas funciones y poderes discrecionales de planificación y de decisión necesariamente amplios y que tenían parangón con los que disponían los gobiernos al amparo del Estado de derecho de corte burgués y liberal.

3. La Constitución de Querétaro

La Constitución de Querétaro se convirtió en el referente obligatorio para los restantes países latinoamericanos, en relación con tres aspectos socioeconómicos de gran importancia:

1. el derecho a la propiedad;
2. los derechos laborales, y
3. la prohibición de monopolios y el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios.

Justamente en estos tres aspectos concretos centraré mi análisis acerca de la influencia que la Constitución de Querétaro ha tenido sobre el derecho constitucional costarricense a partir de su promulgación.

3.1. El derecho a la propiedad

El artículo 27 de la Constitución de Querétaro constituyó una novedad en su momento, pues vino a regular el derecho a la propiedad de una manera que ninguna otra Constitución lo había hecho hasta entonces.

El texto tiene un contenido complejo y multiforme, por lo que conviene analizar las principales innovaciones introducidas.

3.1.1. La propiedad pública o institucional

En el primer párrafo, la norma en examen declara, de manera tajante, que "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".

Esta disposición es novedosa en cuanto considera que la totalidad del territorio mexicano es propiedad exclusiva del Estado, con lo cual rompe con el concepto tradicional de que la propiedad privada es un derecho originario e inalienable. En la nueva concepción simplemente se autoriza al Estado a transmitir su dominio a los particulares, los cuales a partir de este acto estatal de transmisión del dominio, adquieren un derecho a la propiedad sobre determinados bienes. Es decir, el derecho a la propiedad surge como consecuencia de un acto estatal, mediante el cual se traslada el dominio a los particulares sobre determinados bienes inmuebles.

Sin embargo, a renglón seguido, establece que la propiedad privada "no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización". Con ello, por otra parte, se refuerza el derecho a la propiedad privada de quienes han sido autorizados por el Estado para ejercer el dominio sobre determinados bienes inmuebles.

También se le atribuye a la nación "el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos". Verbigracia, los metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas; los yacimientos de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes, los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos.

Asimismo, son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes, etcétera.

La norma considera que el dominio de la nación sobre tales bienes es inalienable e imprescriptible y su explotación solo podrá realizarse mediante concesiones otorgadas por el gobierno federal a los particulares o sociedades civiles o mercantiles constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que establezcan las leyes.

Aquí la novedad reside en que las concesiones para la explotación de los bienes inalienables están restringidas a solo los ciudadanos y sociedades mexicanas.

3.1.2. Los alcances del derecho a la propiedad privada

Como indicamos anteriormente, el derecho a la propiedad privada ya no se concibe como originario ni inalienable, sino más bien como una concesión estatal. Sin embargo, una vez reconocido ese derecho sobre determinados territorios, la norma constitucional en examen le otorga algunas garantías importantes.

Dentro de este orden de ideas, Tena Ramírez, ha dicho que "el autor de la Constitución sustentó un nuevo concepto de derecho de propiedad, por más que conservó como garantía individual a favor del particular una especie de propiedad precaria y derivada". [3]

En primer lugar, establece la garantía de que solo puede ser expropiada por causas de utilidad pública y mediante indemnización. Las leyes de la fe-

[3] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* 21ª ed., México, Porrúa, 1985, p.188.

deración y de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, determinan los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada y de acuerdo con esas leyes la autoridad administrativa hace la declaración correspondiente.

En segundo lugar, la norma establece reglas precisas sobre la forma de fijar la indemnización por expropiación. Para ello, la autoridad expropiante se debe basar en la cantidad que como valor fiscal haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito, por haber pagado sus contribuciones con esta base, aumentándolo con 10%. El exceso de valor que haya tenido la propiedad particular por las mejoras que se le hubieren hecho con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial, y a resolución judicial.

Este sistema es muy ágil y permite que el Estado tome posesión casi inmediata de un bien cuando es expropiado por haber sido declarado de utilidad pública.

Un tercer elemento novedoso y revolucionario para la época, fue la creación del patrimonio familiar. En efecto, la norma constitucional en examen dispone que "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable, no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno". (art. 27, frac. XVII, lit. *f* de la Constitución).

El artículo 123 de la misma Constitución explicita más este concepto, al indicar que "Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios".

De ahí que otro autor mexicano haya dicho, con justa razón, que de la redacción del artículo 27 de la Constitución de Querétaro surge un régimen triangular de la propiedad en razón del sujeto a quien se atribuye o imputa la cosa: propiedad privada, propiedad pública y propiedad social.[4]

3.1.3. Las limitaciones a la propiedad privada

En primer término, "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como

[4] Madrazo, Jorge, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada,* México, UNAM, 1985, p. 73.

el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación". (art. 26, párr. 2 de la Constitución).

Esta norma le otorga amplios poderes al Estado para restringir la propiedad privada. Verbigracia, la eliminación de los latifundios, el desarrollo de la pequeña propiedad; creación de nuevos centros de población agrícola, etcétera.

Solo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en el territorio mexicano.

Las asociaciones religiosas y las iglesias no tienen, en ningún caso, capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces. Asimismo, las sociedades comerciales por acciones no pueden poseer o administrar fincas rústicas. Si su giro de actividad es la industria, la explotación minera o petrolera solo pueden poseer o administrar aquellas propiedades que fueren necesarias para los establecimientos o servicios de su giro empresarial.

En cada Estado y territorio se fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida.

3.2. Los derechos laborales

El segundo gran aporte de la Constitución de Querétaro al constitucionalismo latinoamericano fue el reconocimiento de los derechos laborales.

El artículo 123 comienza por establecer una norma programática, mediante la cual se obliga al Congreso de la Unión y de los estados a expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región a favor de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos sin contravenir los principios fijados en esa misma norma.

3.2.1. Derechos individuales

Entre los derechos individuales, se establece que la jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas. La jornada máxima nocturna se fijó en siete horas. Sin embargo, durante esta jornada se prohibieron las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de dieciséis años. Tanto a las mujeres como a los menores se les prohibió el tra-

bajo industrial nocturno, y el comercial se prohibió a los menores después de las 10 pm. La jornada ordinaria de los menores mayores de doce años y menores de dieciséis no podía exceder las seis horas.

Por cada seis días de trabajo, los operarios tenían derecho a un día de descanso. A las mujeres, durante los tres meses anteriores al parto, no se les permitía desempeñar trabajos físicos que exigieran esfuerzo material considerable y en el mes siguiente al parto lo disfrutaría forzosamente de descanso, debiendo percibir el salario íntegro y conservar el empleo y los derechos adquiridos al amparo de su contrato. En el periodo de lactancia tenían derecho a dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

El salario mínimo se fijaría tomando en cuenta las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tenían derecho a una participación en las utilidades, la cual sería fijada por comisiones especiales que se formarán en cada municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación que existirá en cada estado.

Se consagró el principio de que para trabajo igual deberá corresponder salario igual, sin tomar en cuenta ni el sexo ni la nacionalidad. El salario mínimo estaba exceptuado de embargo, compensación o descuento. El salario debía pagarse en efectivo. Las horas extraordinarias tenían que pagarse doble. El trabajo extra no podía exceder de las tres horas diarias.

Los despidos sin causa justa daban lugar al pago del auxilio de cesantía. Igual tratamiento se daba cuando el despido obedeciera al hecho de que el trabajador hubiera ingresado a un sindicato o asociación o hubiera participado en una huelga lícita. En este caso, el monto de la indemnización era de tres meses de salario.

Todas las cláusulas que contenga un contrato de trabajo que sean contrarias a los principios antes indicados, se consideraban absolutamente nulas y se tendrían por no puestas. Es decir, todas las estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio de los trabajadores.

3.2.2. Derechos colectivos

Tanto los obreros como los empresarios tienen derecho a coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.

Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros. Las huelgas se considerarán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha fijada para suspensión del trabajo.

Las huelgas serán consideradas ilegales únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejercieran actos violentos contra las personas o las propiedades. Los paros, a su vez, serán lícitos solo cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo. Aunque la norma lo diga, se debe entender que lo será sin responsabilidad patronal.

3.2.3. Seguridad social

Los empresarios son responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten. En tal caso, deberán pagar la indemnización correspondiente, según se haya traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por medio de un intermediario.

El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera este, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía

compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes.

Finalmente, y como un antecedente inmediato de los modernos institutos de seguridad social, la Constitución de Querétaro dispuso que "Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular". (art. 123, frac. XXIX de la Constitución).

3.3. La prohibición de monopolios y el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios

El artículo 28 de la Constitución de Querétaro prohíbe los monopolios privados. Solo admite como monopolios públicos los siguientes: la acuñación de la moneda; los correos, telégrafos y radiotelegrafía; la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el gobierno federal. La única excepción para los particulares, son los privilegios que por tiempo determinado se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el exclusivo uso de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

La misma norma constitucional consagra otro gran principio, completamente novedoso para la época, como lo fue el de la protección a los derechos de los consumidores y usuarios. En efecto, dijo el citado artículo que:

> la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. (art. 28, párr. segundo de la Constitución).

Es indudable que estas normas constitucionales tuvieron una honda repercusión en la consolidación posterior del moderno Estado mexicano.

4. La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano

4.1. Introducción

Las constituciones latinoamericanas antes de 1917 tenían más o menos la misma conformación: regímenes presidencialistas en su parte orgánica y un catálogo de derechos civiles y políticos heredados de la Revolución francesa, la Constitución de Cádiz y las constituciones europeas del siglo XIX.

Ninguna de ellas consagraba derechos sociales a favor de sus ciudadanos, lo cual ocurrió por primera vez con la promulgación de la Constitución de Querétaro en 1917 en América Latina.

4.2. El concepto de propiedad

La primera gran influencia sobre las constituciones latinoamericanas la encontramos en el concepto de derecho de propiedad. En efecto, del concepto liberal tradicional que arranca desde la Revolución de que la propiedad privada es un derecho individual, ilimitado, se pasa a la moderna concepción de que la propiedad privada cumple una función social.

Este giro copernicano en la concepción de la propiedad privada lógicamente tendrá hondas repercusiones en el derecho constitucional latinoamericano, pues inaugura la estación de las intervenciones estatales en la economía privada, mediante la introducción de mecanismos de restricción al goce de los derechos económicos, la regulación y, en algunos casos, la prohibición de nuevos monopolios privados.

Esta nueva concepción de la propiedad privada permite también precisar mejor el régimen jurídico de la propiedad pública y las potestades del Estado para tutelarla.

En efecto, esta nueva concepción de la propiedad significa que esta institución debe orientarse al cumplimiento de una función social, de manera tal que el derecho de propiedad está limitado por esa orientación. La función social es tarea que corresponde cumplir a la sociedad, pues el derecho de propiedad es derecho subjetivo y privado, por lo que su titular no puede ser convertido en funcionario de esa función social.

La función social implica ejercer el derecho de propiedad de manera tal que no perjudique a terceros y soportar la armonización con los derechos de los demás. Por ejemplo, los titulares del derecho de propiedad deben respetar el principio constitucional de tutela al ambiente. Las obligaciones derivadas

del respeto de este principio serán siempre de carácter negativo, es decir, le indican al propietario lo que no puede hacer a fin de armonizar su ejercicio con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que el artículo 50 garantiza a todos los habitantes de la República.

En otros términos, la propiedad en cuanto institución existe y se define en cuanto cumple, al mismo tiempo, una función de interés personal, de utilidad e interés para toda la sociedad. El derecho de propiedad, en cuanto derecho fundamental, es un derecho cuyo ejercicio, no obstante que está sometido a limitaciones que lo hacen compatible con dicha función social, no implica la obligación de satisfacer esa función. Su deber jurídico se circunscribe a no ejercitar su derecho en forma contraria a tal función, pues la consecución de esta es tarea de la sociedad. De lo contrario se terminaría colectivizando el derecho de propiedad, lo cual es contrario al contenido ideológico liberal- democrático que permea nuestro ordenamiento.

Indudablemente, la concepción del derecho a la propiedad en América Latina sufrió la influencia directa del artículo 27 de la Constitución de Querétaro. A partir de esta nueva concepción de la propiedad privada, se estableció la posibilidad de que el Estado tuviera en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

El tema de la regulación sobre la propiedad agrícola rural también encuentra sustento en el artículo 27 de la Constitución de Querétaro con el tema de la aparcería rural y de los ejidos. En América Latina estos conceptos fueron adaptados a la realidad de cada país, pero lo cierto es que por primera vez, las constituciones y la legislación ordinaria ensayan regular la propiedad y, sobre todo, la tenencia de la propiedad rural.

4.3. Los derechos laborales

La segunda gran influencia de la Constitución de Querétaro en las constituciones latinoamericanas, la encontramos en el ámbito laboral. En efecto, su influencia se produjo tanto a nivel de la titularidad de los derechos individuales como de los de carácter colectivo.

4.3.1. Derechos individuales

En materia laboral, específicamente, se estableció que el trabajo es un deber social y gozaba de especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzos y aptitudes.

También se acogió el principio de que el trabajador manual o intelectual tenía derecho a un salario mínimo que cubra las necesidades de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual sería fijado periódicamente, atendiendo a las modalidades de su trabajo y a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola.

También se reguló la jornada ordinaria de trabajo semanal estableciendo como máximo 48 horas, y fijando límites para la jornada diaria, así como para la nocturna. Asimismo, se estableció la obligación de remunerar con 50% adicional el trabajo extraordinario. También se consagró el derecho a vacaciones anuales pagadas, cuya extensión y oportunidad serían reguladas por ley.

En muchos países se crearon jurisdicciones especiales de trabajo para mejor resolver los conflictos que se deriven de las relaciones entre patronos y trabajadores.

4.3.2. Derechos colectivos

Se reconoció el derecho a la sindicalización, tanto a los trabajadores como a los patronos, para la persecución de fines exclusivos de su actividad económico-social.

Asimismo, se consagró el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, de acuerdo con las regulaciones legales pertinentes, sobre todo cuando se trataba de ejercitar el derecho de huelga en los servicios públicos.

Algunas legislaciones le otorgaron fuerza de ley a las convenciones colectivas y contratos colectivos de trabajo que, con arreglo a la ley, se concertaran entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados. Es interesante señalar que la titularidad para suscribir convenciones se otorgó a los sindicatos y no a los trabajadores considerados individualmente.

4.3.3. Derechos prestacionales

Algunas legislaciones establecieron la obligación de los patronos de adoptar en sus empresas las condiciones necesarias para la higiene y seguridad del trabajo, así como la obligación del Estado de velar por la preparación técnica de los trabajadores, a fin de procurar la mayor eficiencia en las labores de los mismos y de lograr un incremento de la producción nacional.

En casi todas las constituciones latinoamericanas se introdujo el principio de que los derechos y beneficios sociales eran irrenunciables y su enumeración no excluía otros que se deriven del principio cristiano de justicia social.

Nuevamente tenemos que concluir que en materia de derechos laborales y, en general, de prestaciones sociales, el derecho constitucional latinoamericano deriva de la Constitución de Querétaro. En efecto, con las adaptaciones y correcciones del caso por el paso de los años, los textos de todos esos ordenamientos son muy similares en sus contenidos.

4.3.4. La seguridad social

La Constitución de Querétaro inauguró en América Latina el tema de la seguridad social.

Las constituciones latinoamericanas, bajo la influencia de la de Querétaro, hicieron a los empresarios responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten. En tal caso, deberían pagar la indemnización correspondiente, según se haya traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen.

Asimismo, se obligó al patrono a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera este, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación.

En numerosas constituciones de nuestro continente se reconoció el derecho a constituir Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de accidentes y otros con fines análogos. Posteriormente, estas cajas evolucionaron hacia los modernos institutos de seguridad social que existen en todos los países latinoamericanos.

5. Conclusión

La influencia de la Constitución de Querétaro en las constituciones latinoamericanas posteriores es innegable. Podríamos afirmar, sin hesitaciones, que aquella abrió las puertas para que las diversas constituciones latinoamericanas convirtieran el tradicional Estado de derecho en el moderno Estado social de derecho.

Bibliografía

Madrazo, Jorge, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada,* México, UNAM, 1985.

Ortiz, Eduardo, "Costa Rica: Estado social de derecho", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* núm. 29, may-ago, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, 1976.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* 21ª ed., México, Porrúa, 1985.

Valadés, Diego, "La no aplicación de las normas y el Estado de derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 103, IIJ-UNAM, 2011.

Control de convencionalidad, ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (el caso *Fontevecchia vs. Argentina)*

*Juan Carlos Hitters**

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Contenido del Fallo de la Corte Suprema Nacional del 14 de febrero de 2017 (Caso … *Ministerio de Relaciones y Culto*…). 3. Casos en los que la Corte IDH ha mandado a "dejar sin efecto" fallos locales. 4. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos. 5. Réplica. 6. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación. 7. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo Nacional. 8. Imposibilidad de incumplir un fallo de la Corte IDH. El caso Radilla Pacheco. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Antecedentes

1.1. Generalidades. Conflicto de competencias entre el Supremo Tribunal argentino y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El difícil problema que pretendemos poner de relieve es focalizar las facultades decisorias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en su relación con los supremos tribunales de los diversos países que se han plegado al modelo del Pacto de San José de Costa Rica.

Es decir, lo que buscamos saber es si aquel cuerpo regional estaría en condiciones de "dejar sin efecto" o "revocar" los pronunciamientos de las más altas cortes domésticas.

Esta cuestión se ha planteado recientemente en Argentina, donde la Corte Suprema le disputa parte de la competencia al Tribunal Interamericano, sosteniendo que si bien las sentencias de este son obligatorias, dicho organismo no puede "casar" o "dejar sin efecto" decisiones judiciales locales.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina y profesor emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha Universidad.

Desanudar esta madeja es trascendente, porque se discuten en definitiva las potestades de estos órganos; y en tal cuestión no se puede albergar hesitación alguna porque hace a la *distribución de competencia* de ambos tribunales, uno nacional y otro supranacional;, y además implica resolver si para cumplir con los fallos interamericanos es necesaria una especie de "contralor previo" por parte de los más altos cuerpos jurisdiccionales domésticos.

1.2. El caso *Fontevecchia*

1.2.1. Sentencia de Fondo y Reparaciones[1]

Conviene aclarar previamente y de modo sintético, para luego desarrollar con mayor profundidad esta álgida cuestión, que la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN), el 14 de febrero de 2017[2] ha sostenido enfáticamente por mayoría de fundamentos: *que ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de dejar sin efecto un pronunciamiento doméstico*.[3]

Será importante poner de relieve que los tribunales argentinos habían condenado a la Editorial Perfil y a los directivos Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, en el año 2001, haciendo lugar al pedimento del entonces presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, por la infracción a su *derecho a la intimidad* con motivo de la publicación de dos artículos en el año 1995 en la revista *Noticias;* ambos se referían a un presunto hijo no reconocido del primer mandatario, así como a la relación de este último con su madre.

Luego, la Corte IDH puso énfasis en sostener que *no hubo una injerencia arbitraria* en el derecho a la vida privada del presidente, funcionario público electivo del más alto grado del país. Ello así pues las publicaciones de marras constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expre-

1 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238.

2 CSJN, 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3 En tanto la Corte IDH resolvió "...Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación (...) relativas a: dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico así como todas sus consecuencias…", *cfr.* Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016.

sión, habida cuenta que se trataban de: 1. *asuntos de interés público* y 2. e*l presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión a posteriori objetó*.

Entendió entonces que al condenar a la revista y a los señores Fontevecchia y D'Amico se cometió el error al excluir de toda ponderación, en el caso concreto, los aspectos de *interés público de la información*.

Aquí queda en claro que la Corte IDH le imputó a la jurisdicción doméstica un déficit, al "no valorar tal cuestión esencial".

1.2.2. Primera Supervisión[4]

Como es sabido, el Tribunal regional tiene la competencia de supervisar el cumplimiento[5] de sus fallos.[6]

Por ello, el 19 de septiembre de 2015, ante la falta de acatamiento de alguna de las mandas impuestas en el proveimiento interamericano de 2011,[7] sostuvo este que pasados dos años y ocho meses del pronunciamiento prístino, Argentina no había informado respecto de implementación del acatamiento de la aludida sentencia ni presentó escrito alguno,[8] lo que

---

4 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015.

5 Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana", en *La Ley,* 6 jun 2012, p. 1.

6 Dicha potestad surge de la propia jurisprudencia de la entidad jurisdiccional de marras, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá,* y además se desprende de los dispuesto en los arts. 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 30 de su Estatuto y 69 del Reglamento.

7 Corte IDH. *Caso Fontevecchia,* Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *supra*.

8 Señala la Corte en esta Supervisión de Cumplimiento que: "… los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales *(cfr. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, Considerando tercero*; Caso Baena Ricardo vs. Panamá*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 131, y *Caso Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez*. Resolución de 21 de agosto de 2014, considerando sexto) y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al respecto, es menester añadir que siempre, según el derecho internacional consuetudinario y lo afirmado por la Corte, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar *(cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Sentencia de 27

implica un incumplimiento de la obligación de informar. Por esto, dijo que ante el silencio estatal, la supervisión debía continuar.[9]

1.2.3. Segunda Supervisión[10]

Luego, el 22 de noviembre de 2016 consideró que a esa fecha, el Estado había acatado la mayoría de los mandatos de la sentencia de 2011, salvo: *a) dejar sin efecto la condena civil Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico* y todas sus consecuencias (puntos dispositivo 2 de la sentencia), y *b)* entregar en concepto de reintegro las sumas efectivamente pagadas, las costas y gastos de la etapa internacional.[11]

Por ello, *mantuvo abierto el proceso de supervisión* y no cerró el caso.

---

de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 40, y *Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerando sexto). Tal como ha indicado la Corte (*cfr. Caso Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 43, párr. 50, y *Caso Cruz Sánchez vs. Perú*. Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párr. 451), el artículo 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados *(cfr*. *Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala*. Resolución del 21 de agosto de 2014, considerando sexto)". Corte IDH. *Caso Fontevecchia*. Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1 de septiembre de 2015, *supra*, considerando quinto (primera supervisión).

9 Por ello resolvió: "1) Disponer que Argentina adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones dispuestas en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada en el presente caso, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2) Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de marzo de 2016, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte, de conformidad con la parte considerativa de esta Resolución; 3) Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe, y 4) Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Corte IDH. *Caso Fontevecchia*. Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1 de septiembre de 2015, *supra*, resuelve, puntos 3, 4, 5 y 6.

10 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016.

11 Véase párrs. 105, 117, 128 y 129 de la sentencia Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina,* 2011.

2. Contenido del fallo de la Corte Suprema Nacional de 14 de febrero de 2017 (caso … *Ministerio de Relaciones y Culto…)*

Para dejar perfectamente enfocada esta problemática, no será ocioso llevar a cabo una pequeña explicación de los tramos de estas actuaciones que pasaron por tres tribunales locales, por la Comisión IDH y luego la Corte IDH. En efecto, la demanda original fue desestimada en primera instancia. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó y, como consecuencia hizo lugar a la pretensión del entonces presidente Carlos Menem y condenó a la *Revista Noticias* y a los demandados ya aludidos, fijando un monto indemnizatorio. La Corte Suprema de la Nación, en su pronunciamiento de 25 de septiembre de 2001, ratificó la sentencia del *a quo,* solo reduciendo la cuantía indemnizatoria.

Con posterioridad, primero intervino la Comisión IDH y luego la Corte IDH en su fallo de fondo, de 29 de noviembre de 2011, y en la de Supervisiones, que ya aludimos, la primera de 1 de septiembre de 2015 y la segunda de 22 de noviembre de 2016.

La Corte regional ordenó, entre otros tópicos, que se debía: "a. *Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, como así también todas sus consecuencias…*".[12]

Este pronunciamiento fue parcialmente acatado por el sistema doméstico, salvo el apartado a, ya que el más Alto Tribunal de la Nación, en su fallo de 14 de febrero de 2017[13] expuso, por mayoría compuesta por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Rosenkrantz, y el voto concordante de Horacio Rosatti, y con el voto disidente de Juan Carlos Maqueda, que el cuerpo interamericano "*no puede dejar sin efecto la condena civil impuesta*", pese a que señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio. Empero, añadió que "*…Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias de dictadas por el Tribunal Internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado inter-*

[12] Además dispuso publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y asimismo entregar sumas de dinero reconocidas como reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

[13] CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *cit.*

nacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH…".[14] (las cursivas son nuestras).

En definitiva, la CSJN le negó a su par regional la potestad de revocar fallos domésticos de la más alta jerarquía local.

2.1. Postura de la mayoría de la Corte Nacional

En forma estenográfica corresponde reiterar que según el más alto cuerpo jurisdiccional doméstico, él no puede "*dejar sin efecto la condena civil impuesta*" habida cuenta que la Corte IDH carece de aptitud para disponer esta orden. Señaló en paralelo que dicho cuerpo interamericano no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales, dado que la jurisdicción es *subsidiaria*, coadyuvante y complementaria.[15]

Adunó en paralelo que la vía de "*dejar sin efecto*" una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es "un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional". Agregando que, por definición, los tribunales internacionales son de *competencia limitada de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido*.

"Dejar sin efecto" —añadió— equivale a "revocar" y que ese trámite está fuera de la competencia convencional.

Postuló en ese sentido, que el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no contempla este andarivel, que tampoco ha sido siquiera imaginado —dice— en los trabajos preparatorios de la Convención.[16]

"Dejar sin efecto" un decisorio de la CSJN con calidad de *res judicata* es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz del artículo 27 de la Constitución Nacional, ya que dicha norma impone una *esfera de reserva soberana*[17] que se denomina *fórmula argentina*, postulado este que no ha sido modificado en la Convención Constituyente de 1994.

---

14 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *cit.*, considerando 6.

15 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *supra*, considerando 8.

16 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2. *Cfr.* CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *supra*, considerando 14.

17 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *supra*, considerando 16.

Antes de seguir adelante, conviene alertar que lo hasta acá expresado por la mayoría de la CSJN no resulta ser una novedad, ya que remarca en gran parte lo sostenido por los votos disidentes de Fayt y Boggiano en los autos *Arancibia Clavel,*[18] y repetido luego por Fayt en su voto minoritario *Espósito,*[19] entre otros.[20]

2.2. Postura concurrente del juez Rosatti

Este ministro —que fue miembro de la Convención Nacional Constituyente— se pliega a los argumentos de la mayoría, particularmente en lo que hace a la esfera de *reserva soberana* de nuestro país, añadiendo fundamentos propios.[21]

---

18 CSJN, 24/08/2014, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -Causa N° 259".

19 CSJN, E 224-XXIX, 23 de diciembre de 2004, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa —Bulacio, Walter David— ".

20 Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, la argentina (CSJN, exp. 1307/2003) fue condenada por primera vez por la Corte IDH (fallo del 28 de noviembre de 2002, *Cantos vs. Argentina*), por violentar los arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH. En efecto, el más alto órgano de justicia local no dio acatamiento al pronunciamiento supranacional con respecto a unas costas producidas en el derecho interno y a la reducción de los honorarios de los peritos y abogados intervinientes. Como respuesta de ello el Superior Tribunal de la Argentina —en una sentencia dividida—, ante el pedido del Procurador Nacional respecto a que se cumpla el fallo interamericano —esto es reducir la paga de los emolumentos profesionales—, sostuvo por mayoría que no podía disponer lo pedido porque de esa manera se afectaría el derecho de los terceros que no intervinieron en el pleito, y que además no podía afectarse a cosa juzgada local que había dispuesto un monto mayor. Allí el Dr. Maqueda en su voto minoritario puso de relieve que el Estado debía dar cumplimiento a las disposiciones de la Corte Interamericana por ser obligatorias. El 26 de agosto de 2010, al Supervisar la Corte IDH dichas actuaciones, *dispuso que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento pronto a los puntos resolutivos pendientes de acatamiento de la sentencia regional*. Esta todavía no ha sido cumplida por el derecho interno pese a que ha habido varias actuaciones para no violentar el fallo regional.

21 Señaló el juez Rosatti que "…a la luz de la obligación que surge del art. 68.1 de la CADH —que ha sido suscrita por la República Argentina y goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)—, por la cual el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte, corresponde poner de manifiesto lo siguiente: Con relación al inciso c) del considerando 2, se ha informado a este Tribunal que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra en vías de cumplimiento la medida de reparación prevista en el punto 4 de la parte dispositiva del referido fallo, hecho que da cuenta del principio de ejecución de dicho punto del pronunciamiento internacional (véase fs. 23/24 del escrito 2869/2016; fs. 1 del escrito 3201/ 2016) . Con relación al inciso *b,* del considerando 2, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IOB declaró que el Estado argentino dio cumplimiento total a la

Considera que "no se puede hacer prevalecer automáticamente y sin escrutinio alguno el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional argentino, a los cuales los tratados internacionales (y con más razón la interpretación de dichos tratados) deben ajustarse y con los cuales debe guardar conformidad".[22]

Esta interpretación, agrega, es reflejo de una fuerte tradición constitucional doméstica, tal como supo exponer Joaquín V. González: "Un Tratado no puede tener la supremacía de la Constitución Nacional".

Señala que frase de la Corte IDH "dejar sin efecto" debe interpretarse de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional instituida en el sistema republicano constituido por el ordenamiento constitucional argentino (arts. 1, 8 y 16), "no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin violentar lo dispuesto en los artículos 27 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar".[23]

2.3. Postura minoritaria del juez Maqueda

El ministro referido en el epígrafe —que también integró la Convención Constituyente de 1994— se pone, en alguna medida, en las antípodas de sus colegas, entiende que los decisorios de la Corte Interamericana deben cumplirse en su totalidad.

Por ello, siguiendo a pies juntillas los fundamentos de la Corte IDH en el caso *Fontevecchia,* sostiene justamente que corresponde *"dejar sin efecto"* la anterior decisión de la Corte Nacional fallada con otra composición.

El juez Maqueda, coherentemente con sus opiniones anteriores, en su lúcido voto discrepa con los jueces de la mayoría, pues siendo las sentencias del organismo interamericano "obligatorias" y "vinculantes" en el ámbito de su competencia; no acatarlas —dice— implica una infracción convencional (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

medida de reparación ordenada en el punto 3 de su sentencia, relativa a la realización de las publicaciones del pronunciamiento internacional y del resumen oficial en los medios allí contemplados. *Cfr.* CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *supra*, voto del juez Rosatti, considerando 4.

22 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, *supra*, voto del juez Rosatti, considerando 5.

23 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), voto del juez Rosatti, considerando 8.

Tratados).[24] Además, explica que negarse a dejarlas sin efecto evita cuestionamientos futuros (considerando 6).

3. Casos en los que la Corte IDH ha mandado a "dejar sin efecto" fallos locales

3.1. Generalidades

Si bien es por demás sabido que los órganos judiciales pueden —y a veces deben— modificar su jurisprudencia cuando resulte necesario, no lo es menos que en este asunto la CSJN se pasó a las antípodas, concretando una doctrina que nos parece muy endeble.

En verdad, lo resuelto en *Fontevecchia* por el Tribunal del Pacto no es una novedad, ya que ha habido otros precedentes del mismo cuerpo en sentido similar.

Antes que nada —y para evitar confusiones—, hay que tener bien en cuenta que en este trabajo estamos hablando de casos en que el Tribunal de Costa Rica ha dejado sin efecto *sentencias*, pues como parece una obviedad, en muchísimos otros asuntos mandó a dejar sin efecto, *'prácticas'*, *'normas'* y *'leyes'* violatorias de la Convención.[25]

Vamos a traer a colación algunos asuntos sobre el particular, sin pretender agotar los casos.

3.2. El caso *Palamara Iribarne vs. Chile*[26]

En el fallo citado en el epígrafe, la Corte IDH determinó que los procesos llevados a cabo en la *jurisdicción "penal" militar* en contra de la víctima no tuvieron las garantías de competencia, imparcialidad e independencia nece-

[24] CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Voto del juez Maqueda, considerandos 4 y 5.

[25] Ferrer Mac Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", en Carbonell y Salazar (coords.), *Derechos Humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 339-429. Véase Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en *"El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales"*, Fundap, México, 2012, p. 163.

[26] Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

sarios en un Estado democrático, el país *debe "dejar sin efecto" en el plazo de seis meses la sentencia emitida por la Corte Marcial de la Armada chilena por el delito de desacato*.[27]

Esta sentencia espeja una saga de pronunciamientos —sobre todo de México— de ese Tribunal, donde fustigó la posibilidad de que los cuerpos judiciales castrenses juzguen a civiles por delitos comunes.[28]

Importa alertar que Chile finalmente cumplió con el mandato de "dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Palamara" [29] (quien fue la víctima).[30]

Sin duda, la solución aquí brindada no podía ser enfocada de otra manera, ya que se trataba de una sentencia de un Tribunal Penal Militar totalmente incompetente y parcial.

3.3. El caso *Tristán Donoso vs. Panamá*[31]

Otro ejemplo de esta matriz lo podemos ver en *Tristán Donoso vs. Panamá,* donde finalmente la Corte IDH condenó a *"dejar sin efecto"* una sentencia penal por violentar el Pacto de San José de Costa Rica.

La víctima, Santander Tristán Donoso, trabajaba en el año 1996 como asesor legal de una Diócesis y en paralelo como abogado litigante y defensor. En su momento, tuvo una conversación telefónica privada con su cliente que fue interceptada y grabada subrepticiamente, de donde surgiría *prima facie* que el procurador general de la Nación habría recibido en el año 1994 un dinero en calidad de donación de dudosa procedencia. Dicho funcionario público divulgó el contenido y debido a ello, el letrado aludido finalmente fue condenado por el delito de injurias.

---

27 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra*, párr. 253.

28 Como bien dice la jurista chilena María José Eva Parada (*Chile ante el sistema interamericano, el caso Palamara,* Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, repositorio. uchile.cl, 2006) el fallo es de gran importancia para ese país, pues entre otras cosas exige adecuar el ordenamiento interno no solo en lo que señala con relación a las leyes de desacato, sino también en lo que respecta a la justicia militar. En ese orden de ideas la Ley 20477 del 22 de noviembre de 2016 restringió la competencia de los tribunales militares de la forma aquí indicada.

29 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2016.

30 Véase CEJIL, *Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en relación con el caso Palamara Iribarne vs. Chile*, de 27 de agosto de 2009.

31 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.

Ante tal situación, luego de agotar los recursos internos, patrocinado por el CEJIL promovió la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) que luego llegó a la Corte IDH. El Tribunal regional, con fecha 21 de enero de 2009, condenó al Estado a "…*dejar sin efecto la condena penal (…) y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia*…"[32] (las cursivas son nuestras).

En cumplimiento de lo dispuesto Corte IDH, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CCSJ) de Panamá, absolvió al mencionado letrado de los cargos como autor del delito de calumnias; y *dejó sin efecto* las penas impuestas de dieciocho meses de prisión, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y el pago de la indemnización civil por el daño material causado a la víctima.

Por todo ello, en la supervisión[33] de 1º de septiembre de 2010, la Corte IDH dio por cumplido en forma total los puntos resolutivos de la sentencia ya aludida y *archivó las actuaciones.*[34]

Obsérvese que el máximo órgano de justicia de Panamá, en su Sala Segunda, acató sin ambages lo dispuesto por la Corte regional, "*dejó sin efecto*" la providencia condenatoria, *basándose exclusivamente en el mandato de la Corte IDH*.

3.4. El caso *Kimel vs. Argentina*[35]

Eduardo Kimel era un conocido periodista de investigación quién escribió el libro *La masacre de San Patricio*, ocurrida durante la dictadura militar argentina el 4 de julio de 1976. Allí se aludía al asesinato de cinco religiosos

---

[32] Dijo allí: "Esta Corte ha determinado que la sanción penal emitida en contra del señor Tristán Donoso afectó su derecho a la libertad de expresión (*supra,* párr. 130). Por tanto, el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia, el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que este pudiere tener respecto de terceros, a saber: *a)* la calificación del señor Tristán Donoso como autor del delito de calumnia; *b)* la imposición de la pena de 18 meses de prisión (reemplazada por 75 días-multa); *c)* la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término; *d)* la indemnización civil pendiente de determinación, y *e)* la inclusión de su nombre de cualquier registro penal. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia". Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá, supra*, párr. 195; *ibidem*, Puntos Resolutivos, disposición 14.

[33] Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2010.

[34] Con fecha 1 de septiembre de 2010.

[35] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

de la orden de los Palotinos. El actor criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y al juez en particular. El magistrado promovió una querella criminal, de la cual resultó condenado en primera instancia Kimel a un año de prisión en suspenso y una multa de veinte mil pesos.

Resulta preciso señalar, para entender en pocas líneas el trámite de estas actuaciones, que transitaron por el derecho interno, luego por la Comisión IDH y por último por la Corte IDH.

Allí, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal había absuelto en 1996 —por mayoría— al señor Kimel. Sin embargo, la Corte Suprema Nacional, también por mayoría, con fecha 22 de diciembre de 1998,[36] revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal para que dictara una nueva sentencia. El máximo órgano jurisdiccional nacional considero que la decisión había sido arbitraria.

Después el 17 de marzo de 1999, la Sala IV, siguiendo los lineamientos de la Corte doméstica, confirmó parcialmente la decisión condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de sentenciar al señor Kimel por injurias, entendió que se había configurado el delito de calumnias.

Contra la providencia de alzada, el afectado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema Nacional que fue rechazado, lo mismo que una queja que también fue desestimada, por lo que la condena quedó firme en el campo argentino el 14 de septiembre de 2000.

Ya en la instancia supranacional, el Tribunal interamericano —el 2 de mayo de 2008— concluyó, entre otros temas, que el Estado debe *dejar sin efecto* la condena penal impuesta a Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

Luego —y otra vez al ámbito doméstico—, el pronunciamiento de la Sala IV aludido fue atacado por vía del recurso de revisión, y resuelto el 10 de noviembre de 2011,[37] el que se apontocó en dos pilares: 1) el fallo de la Corte IDH que había mandado dejar sin efecto la sentencia; y 2) que la modificación legal dispuesta por la ley argentina 26.551[38] de los tipos penales

[36] CSJN, fallos 321-3596.

[37] Causa 13.272, fallo de la Sala III, CNP, "Kimel, Eduardo Gabriel sobre recurso de revisión" registro 17/08/2011.

[38] Cabe enfatizar que como consecuencia del tránsito supranacional del caso *Kimel* se sancionó el 18 de noviembre de 2009 la Ley 26.551, que modificó parcialmente el Código Penal del país. Por el artículo 1 de dicha norma legislativa se sustituyó el artículo 109 por el siguiente texto: "la calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida por multa de pesos tres mil ($3,000) a pesos treinta mil ($30,000). En ningún caso

en las que se basó la postura condenatoria, habilita el recurso de revisión (art. 479, inc. 5 del Código Procesal Penal). Ante dicha petición, el fiscal general y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en su calidad de "Amigo del Tribunal" aceptaron que se hiciera lugar al recurso de revisión.

Con base en ello, dicha Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal, y basándose más en la modificación legislativa que en el fallo de la Corte IDH hizo lugar al recurso de revisión y dejó sin efecto el pronunciamiento condenatorio *acatando de ese modo el decisorio interamericano del 2 de mayo de 200*8.

Finalmente la Corte IDH, luego de tres supervisiones, declaró que el Estado argentino había dado total cumplimiento a la obligación de *dejar sin efecto* la condena penal por lo que decidió archivar el expediente.[39]

Se advierte aquí que el poder judicial doméstico, por vía indirecta —a través del recurso de revisión— *dejó sin efecto* una sentencia local, que esta vez no había sido dictada por la Corte Suprema, sino por un tribunal inferior.

3.5. El caso *Bueno Alvez vs. Argentina*[40]

En el caso aludido en el epígrafe, tramitado durante la época democrática en Argentina (1988), fue detenido Bueno Alvez, quien denunció casos de

configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las cuales no sean asertivas". El art. 2 de dicha ley modificó el art. 110 del siguiente modo: "el que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($1,500) a pesos veinte mil ($20,000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardas en relación con un asunto de interés público".

39 El pronunciamiento fue el siguiente: "…Declara que: El Estado ha dado cumplimiento total a la obligación de dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven *(punto resolutivo séptimo de la Sentencia)*, de conformidad con lo señalado en los considerandos noveno a décimo tercero de la presente resolución. Y resuelve: 1. Dar por concluido el caso Kimel, dado que la República Argentina ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008.2. Archivar el expediente del presente caso. 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2013. 4. Que la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifique la presente resolución a la República Argentina, a los representantes de los familiares de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos…" Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

40 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 164.

tortura. Como consecuencia de ello se condenó a René Jesús Derecho, por el delito de torturas de las que había resultado víctima también Pérez Galindo, siendo el caso sobreseído por el Tribunal Supremo Argentino, como consecuencia de haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción.[41]

Contra el fallo, y en las mismas actuaciones, el señor Pérez Galindo —como querellante— dedujo un recurso de aclaratoria, vía que fue recalificada por la Corte Suprema como "recurso de revocatoria". Este cuerpo hizo lugar a tal planteamiento —por mayoría— [42] citando expresamente las consideraciones expuestas en el precedente *Espósito*.[43] En consecuencia, sin más argumentación que la referencia al caso *Bulacio,* le dio cabida a la revocatoria, *dejando sin efecto el fallo de la propia Corte* y devolviendo las actuaciones al tribunal de origen.[44]

3.6. El caso *Herrero Ulloa vs. Costa Rica*

El caso *Herrera Ulloa*[45] tiene una gran similitud con el asunto *Fontevecchia*.

Mauricio Herrera Ulloa fue condenado por vía penal y civil en el derecho interno costarricense a raíz de varias publicaciones. Se trató de un periodista que trabajaba en el diario local *La Nación* que publicó, en su momento, un grupo de artículos en los cuales denunciaba por diversas conductas ilícitas a un funcionario, Félix Przedborski, que representaba a dicha nación ante un organismo supranacional, la Organización Internacional de Energía Atómica (EURATON).

Este último incoo en mayo de 1995 dos querellas por "delitos de difamación, calumnias y publicaciones ofensas". Herrera Ulloa finalmente fue condenado por el máximo tribunal de justicia del país, lo mismo que a la empresa periodística donde trabajaba.

---

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal -causa Nº 24.079. D. 1682. XL. Sentencia 29 de Noviembre de 2011.

42 Con los sufragios de los jueces: Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda según su voto, y con las disidencias de los jueces Faty y Argibay quienes propusieron hacer lugar a la prescripción.

43 CSJN. *Caso "Espósito",* año 2004, fallos: 327:5668.

44 La Corte IDH en su supervisión de sentencia del 5 de julio de 2011, dispuso entre otras cosas realizar las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (punto 3.b).

45 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

Posteriormente, la Corte IDH sancionó al Estado de marras considerando que en el territorio aludido no estaba prevista la doble instancia en materia penal, de conformidad con el artículo 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, y existiendo otras irregularidades al debido proceso legal. Sostuvo que se debía dejar sin efecto en todos los extremos la sentencia penal condenatoria.

En la Supervisión de Sentencia del 22 de noviembre del 2010, la Corte IDH señaló que Costa Rica cumplió a cabalidad con el fallo.

Adviértase que en este asunto en el derecho interno en lugar de "*anular*" literalmente la decisión condenatoria y sus consecuencias; el Estado acató las órdenes de la siguiente manera: 1. Por medio del Juzgado Contencioso Administrativo ordenó la cancelación de los intereses etc., y 2. En cuanto a las costas, a través de un Tribunal Constitucional Administrativo, puso a disposición del diario *La Nación* los fondos pertinentes.[46]

No va a resultar ocioso puntualizar que a causa de ello ese cuerpo judicial interamericano dio por cerrado el caso y archivó las actuaciones.[47]

---

[46] Sobre el particular dijo el Tribunal "…Con respecto a la obligación de dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (punto resolutivo cuarto de la Sentencia), el Estado informó lo siguiente: *a)* sobre la suma adeudada por intereses, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda aprobó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, la cancelación de intereses legales y moratorios por un monto de ¢8.447.457,44 colones, el cual fue depositado a favor de La Nación el 13 de noviembre de 2009, y *b)* en cuanto al monto adeudado por costas personales, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, aprobó por medio de resolución de 23 de febrero de 2010 la suma de ¢422.372,87 colones, la cual 'se encuentra a disposición de la empresa para ser girada contra el fondo de costas que el Estado mantiene para este fin'. Asimismo, señaló que ha solicitado la gestión de los trámites correspondientes para que dicho monto sea depositado en la cuenta bancaria de la empresa. Por lo anterior, el Estado consideró que 'ha satisfecho las obligaciones derivadas de la Sentencia de 2 de julio de 2004, motivo por el cual solicitó que se declare el cumplimiento definitivo en este aspecto'", Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, párr. 7.

[47] En tal sentido resolvió: "…1. Dar por concluido el caso Herrera Ulloa, dado que la República de Costa Rica ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004; 2. Archivar el expediente del presente caso; 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo periodo ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010, y 4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución a la República de Costa Rica, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima", Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de noviembre de 2010, *supra*, puntos resolutivos.

Obsérvese que ni el Estado en general, ni el poder judicial en particular, hicieron objeciones algunas a la posibilidad de "*dejar sin efecto*" fallos domésticos, no se cuestionó entonces —como hizo la CSJN argentina— las potestades del órgano regional.

De paso, debemos tener presente que no fue el Tribunal Superior el que cumplió el fallo, sino otros órganos del ámbito doméstico.

4. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos

4.1. Argumentos del fallo argentino comentado

Como anticipamos, el pronunciamiento bajo análisis, si bien implicó un tratamiento meduloso de la cuestión que venimos enfocando, consideramos que la mayoría se ha apegado demasiado al *dualismo*, minimizando de algún modo las potestades de la Corte IDH en lo que tiene que ver con los artículos 62, inciso 3 y 68 de la CADH. Fluye de la postura mayoritaria que si bien los pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional regional son obligatorios, *no pueden ordenarle a la más alta jerarquía judicial doméstica cazar, anular o dejar sin efecto sentencias*.

Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la CSJN, *sino los principios que fijó el fallo;* que puede significar un paso atrás para Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad.[48]

Se parte del artículo 27 de la Constitución nacional, que señala que los tratados con las potencias extranjeras *deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos por la carta magna*. Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continua sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los tratados internacionales y viceversa. Por ello, el pronunciamiento de marras parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia "subsidiaria" y que nuestro Tribunal "supremo" nacional, por su carácter de tal, *no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano*.

Lo que debe quedar bien en claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional), y los tratados sobre derechos humanos, que como vemos, son de distinta esencia que los tratados entre dos Estados.

[48] Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, Col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111, México, Porrúa, 2015.

De allí que según nuestra posición, el artículo 27 de la Constitución nacional obviamente no tuvo en miras —considerando la época— los tratados sobre derechos humanos que implican *una cesión parcial de la soberanía* cuando el Estado se adhiere a ellos; porque la Corte IDH no es un Tribunal extranjero, sino que forma una soldadura indestructible entre el derecho interno y el derecho internacional.

Siendo ello así, puede ser que la Corte IDH haya utilizado en varias oportunidades la frase *"dejar sin efecto"* de manera no muy feliz en su aspecto terminológico, ya que en lugar de sostener ello, pudo decir que el derecho doméstico se adapte a la Convención, sin aludir a esa expresión *("dejar sin efecto")* que lleva a posturas ríspidas en el campo local. Por ello, pensamos que en el futuro debería adaptarse esta fraseología sin mutar su esencia.

Lo cierto es que las cuestiones *sub exámine* llegan al Tribunal Supremo argentino vía un oficio de la Cancillería (Dirección General de Derechos Humanos) para que ese cuerpo "…cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con la sentencia publicada por la Corte Interamericana…" (párr. 4).

Recuérdese que la Corte IDH había dispuesto: *a) dejar sin efecto la condena civil, así como todas sus consecuencias; b) publicar un resumen oficial de la sentencia; y c) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo*.

Uno de los puntos nucleares del fallo analizado *es que el cuerpo interamericano no tiene competencia para ordenar a los órganos jurisdiccionales de la más alta jerarquía del derecho interno ´dejar sin efecto´ sus sentencias*, y otro de los argumentos basilares radica —según la mayoría (considerando 16)— en que *dejar sin efecto* una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución "*resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios centrales del derecho público argentino*".

Entre esos postulados inconmovibles se halla —dice el pronunciamiento— el "carácter de órgano supremo" de la Corte de Justicia de la Nación. De ahí entonces que según esta opinión —que no compartimos—, el mismo no puede recibir "*órdenes*" internacionales; se trata de una "*esfera de reserva soberana*" (art. 27 Constitución nacional) a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Esta pauta es totalmente ratificada por el ministro Rosatti[49] (considerandos 4, 5 y 6).

[49] Sostiene este ministro —citando a Joaquín V. González— que un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución nacional, por ejemplo, cambiando la forma de gobierno, suprimiendo una provincia, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos "… en cuanto a la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional" (cita textual de Joaquín V. González).

Parece fácil deducir de lo antes contextualizado, que los fundamentos de la mayoría sumados a los del juez Rosatti se apontocan en alguna medida en la disidencia de Fayt en el caso *Espósito*[50] (considerando 13) que a su vez venían instalados en *Arancibia Clavel*.[51] Es decir que el exministro supremo enlaza los argumentos de *Arancibia Clavel* y de *Espósito* que en definitiva —eso creemos— florecen en el asunto *Ministerio de Relaciones Exteriores (Fontevecchia)* aquí comentado.[52]

Sin perjuicio de que el Rosatti pone énfasis en sostener que los tratados internacionales están en una escala inferior a la Constitución nacional —por lo que deduce que no puede cumplirse la orden de la Corte IDH de 'dejar sin efecto' el fallo de la Corte Nacional del 2011. Aclara —y en esto estamos totalmente de acuerdo— (en el considerando 8 de su voto), que en un contexto de "diálogo jurisprudencial" debe procurarse mantener la convergencia decisional entre los organismos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional "reconociendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos I y III CADH)" y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución nacional). Por ello concluye en que la sentencia *Fontevecchia* está "prácticamente cumplida",[53] lo único que no es posible es revocar —aduna— el decisorio nacional.

En síntesis, de los basamentos centrales del fallo mayoritario podemos llegar a las siguientes conclusiones: 1. no es competencia de la Corte Interamericana "dejar sin efecto" un fallo de la más alta autoridad judicial del país; 2. tal mecanismo restitutivo no está contemplado en el artículo 63.1 de la CADH, ni siquiera fue pensado en los trabajos preparatorios de la Con-

50 Dijo allí que "… el artículo 27 de la Constitución Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado—, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de la soberanía", aquí cita su disidencia en el caso *Arancibia Clavel,* considerando 16.

51 CSJN. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita, causa 259, sentencia de 8 de marzo de 2005.

52 Repárese, y esto creemos que es de gran importancia, que en ambos expedientes donde vota el juez Fayt en disidencia se tratan cuestiones "penales", mientras que aquí estamos haciendo referencia a asuntos "civiles".

53 En esto —como veremos—, no estamos de acuerdo.

vención Americana; 3. la competencia de la Corte del Pacto está "limitada" sobre la base del principio de subsidiariedad. Esta comprensión —dice la CSJN— está abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus doctrinas del *margen de apreciación nacional*; 4. el cimero Tribunal Regional no revisa los pronunciamientos domésticos; 5. dejar sin efecto equivaldría a "revocar"; 6. la *integrum restitutio* —el remedio restitutivo— visto por la Corte IDH como forma de reparación, pues ella misma ha sostenido en muchos casos que tal remedio es improcedente pues puede suceder que dicho esquema en ciertas hipótesis sea imposible o íntegramente inadecuado; 7. la cualidad de "órgano supremo" de la CSJN forma parte de los principios de derecho público a los que hace referencia el artículo 27 de la Constitución nacional. El constituyente —añade— ha consagrado en la citada norma,[54] una esfera de reserva soberana, a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Por ello, no es posible hacer prevalecer automáticamente —sin escrutinio alguno— , el derecho internacional sobre la carta magna; 8. la CSJN no niega obligatoriedad al pronunciamiento del Tribunal Internacional, solo que en este caso carece de competencia; 9. por último, tanto la mayoría como el voto coincidente del juez Rosatti, entienden que la cuestión debe resolverse en un contexto de diálogo jurisprudencial partiendo de la base —para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional— , que la Corte IDH es el último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH), y que la CSJN es el último intérprete de la Constitución nacional (arts. 116 y 117).

5. Réplica

5.1. Tratados clásicos y tratados sobre derechos humanos

Antes que nada, conviene repetir que no coincidimos con todos los argumentos del pronunciamiento local de la mayoría, pues los principios de derecho público, a los que según el mismo deben conformarse los tratados, que no fueron pensados para esta época donde imperan los "Tratados sobre Derechos Humanos", sin perjuicio —claro está— de lo dispuesto en la reforma de 1994, esencialmente en el artículo 75, inciso 22 de ese ordenamiento, que obviamente los tuvo en cuenta.

Es importante hacer una marcada dicotomía entre los tratados clásicos, y los que reglamentan internacionalmente los derechos humanos, aunque que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales y los atinentes a las libertades del hombre. En efecto, estos tienen un contenido que apunta

[54] Citando a Joaquín V. González, como ya vimos.

a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige para ellos el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En este tipo de instrumentos, el destinatario es el ser humano; y los Estados en estos casos no tienen un interés propio, puesto que apuntan a mantener las prerrogativas del ser humano. Por otra parte, la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y además, no se aplican las reglas generales sobre "reservas", que imperan para los tratados clásicos.[55]

Digamos que el *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Siendo ello así, fácil es colegir que cuando el voto mayoritario habla de la *fórmula argentina, de la reserva de soberanía, y de los tratados que estén en conformidad con los principios del derecho público argentino* establecidos en el artículo 27 de la Constitución Nacional (considerandos 16, 17 y 18), creemos que el razonamiento no se autoabastece ya que existe una notable diferencia entre aquellos tratados y los que regulan los derechos humanos ya aludidos.

En efecto la Carta Magna de 1853-1860 aludía a los tratados de paz y comercio de aquel momento que nada tienen que ver con las Convenciones internacionales tuitivas de las potestades y libertades del hombre.[56]

5.2. *Kompetenz kompetenz*

El fallo de la CSJN considera que la entidad judicial interamericana no tiene "competencia" para dejar sin efecto sentencias domésticas que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, como se infiere de un postulado clásico del derecho procesal, es el cuerpo de la más alta jerarquía judicial quien *tiene la aptitud de juzgar sobre su propia competencia*.

---

55 Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos*, *…cit.*, cap. XI, p. 108.

56 En este sentido sostiene con acierto Midón que aquel precepto aludía a los Tratados de paz y comercio propios de ese contexto histórico "…paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercancías", Midón, Mario, *El alzamiento de la Corte ante una sentencia de la CIDH,* cit. por Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley,* 3 abr 2017.

Si bien es cierto que la Conferencia Especializada[57] eliminó la potestad que surgía del artículo 51 del Proyecto de la Comisión —a diferencia de su homónima europea[58] que la contempló—, la Convención Americana nada dijo sobre esta temática, aunque de su contexto se infiere tal posibilidad, por ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional del modelo regional. Además —como expresa Buergenthal— tal laguna fácilmente puede llenarse sosteniendo que es regla del derecho internacional generalmente reconocido, que es incumbencia del más alto cuerpo de justicia sentenciar sobre su propia competencia, lo que los alemanes llaman *kompetenz kompetenz*. Es que decidir esto, al igual que interpretar el Estatuto y el Reglamento que rigen su organización y funciones, constituye una atribución esencial de *la independencia que debe poseer todo órgano convencional*.

Así lo ha hecho presente la Corte IDH al reflexionar sobre que, como todo cuerpo con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Convención Americana.[59] En tal sentido, ha considerado que no puede dejar a la voluntad de los países la determinación de cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia.[60]

---

57 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OE/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad*, *…cit.,* cap. XI, p. 108.

58 El artículo 49 del Convenio de Roma dice: "En caso de que sea discutida la competencia del Tribunal, este decidirá sobre la misma". Tal criterio había sido instalado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Buergenthal, Thomas, *"Las Convenciones Europeas y Americana: algunas similitudes y diferencias",* en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Washington, Organización de los Estados Americanos, 1980, p. 121).

59 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 68; del *Tribunal Constitucional*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 33; *Ivcher Bronstein*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 34; *Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 78; *de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004, párr. 74; *Almonacid Arellano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 45; *García Prieto*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 41; *Radilla Pacheco*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 14.

60 Aplicación de esta potestad se observa en el caso *Vélez Loor*, en el que se había cuestionado la competencia de la Corte IDH para conocer de violaciones a la Convención contra la Tortura. Por ello expresó allí que: "*Si bien el artículo 8 de la Convención contra la Tortura* (este precepto dispone respecto a la competencia para aplicarla que "una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por

De ello, fácilmente cabe colegir que cualquiera que sea el argumento de la Corte argentina, la potestad de decidir la competencia de la interamericana es exclusiva del Tribunal con asiento en Costa Rica.[61]

5.3. Vuelta al dualismo

Desde otro punto de vista, como bien señalan algunos autores, al no darle a los tratados internacionales la verdadera jerarquía constitucional que poseen, se vuelve a la teoría dualista[62] —por oposición a la monista—, apareciendo generalmente una serie de conflictos entre ambos modelos en relación con la "autonomía" de cada uno y con la "prioridad" o "prelación" que le corresponde.

5.4. El principio de subsidiariedad

Sostiene el voto mayoritario, en el asunto comentado, que impera en el modelo regional el *principio de subsidiariedad*, criterio que compartimos ampliamente (considerando 8). Pero de ello no puede inferirse de ninguna manera que en el sector nacional es posible resolver los juicios sin acatar los pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.[63]

La premisa de la CADH es que los países deben concluir sus problemas dentro de sus fronteras, *pero a sabiendas de que si se equivocan, las*

---

ese Estado" al que se atribuye la violación de dicho tratado) *no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, en base a un medio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición*", Corte IDH. casos *Vélez Loor vs. Panamá*, *supra*, párr. 33; y *González y otras (Campo Algodonero)*, *supra*, párr. 51.

61 Desde esta vertiente ha dicho el profesor Nogueira Alcalá que en Chile las reglas derivadas de la Convención Americana son normas internacionales incorporadas al derecho interno por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción local como fuente del ordenamiento jurídico del país, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte de San José. Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano*, en *Ius et Praxis,* vol. 12, núm. 2, 2006, pp. 363-364.

62 Abramovich, Víctor, *Comentarios sobre el "Caso Fontevecchia"*, 17 de febrero de 2017, CJDHUNLA.

63 Hitters, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", en *Revista Estudios Constitucionales,* año 5, núm. 1, Universidad de Talca, 2007, pp. 208 y ss.

actuaciones pueden llegar —vía la Comisión IDH— *a la propia Corte que es* —como varias veces dijimos— *el último y más genuino intérprete de los tratados a los que el país se ha plegado.*[64]

Cuando el Tribunal cimero nacional en el voto del juez Rosatti hace referencia al "diálogo", pensamos que una de las formas más contundentes para lograrlo es "armonizando" el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos a través de lo que se ha dado en llamar *"cláusula de interpretación conforme"*[65] (arts. 27, 75, inc. 22, y 108 de la Constitución nacional y art. 27 de la CADH).

En síntesis, el principio de subsidiariedad tiene en miras que en el ámbito doméstico se concluyen los pleitos (art. 46.1 CADH), el Tribunal regional solo interviene —y con amplias potestades— cuando no se han respetado las convenciones.

Bajo esta hermenéutica, si bien el fallo analizado habla de "diálogo", no debería haber concluido en que los pronunciamientos de la corte local *no pueden ser dejados sin efecto por el Tribunal Interamericano*.

5.5. Margen de apreciación nacional

El fundamento del "margen de apreciación nacional", utilizado por la mayoría, nos parece que no puede llegar a resultados tan contundentes. Tiene límites y juega a fondo, solo cuando no hay jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema.

La CSJN señala que el Tribunal Interamericano no posee carácter de órgano de casación o de apelación, citando en esto un fallo del Tribunal

---

64 Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado cuerpo regional que "el Estado «es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno […], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos»", *cfr.* Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144, párr. 66; Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C, núm. 278, voto conjunto Disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr. 63.

65 La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las cartas magnas locales son "armonizadas" con los postulados y principios que surgen de los tratados de derechos humanos. Hablamos de tratados constitucionalizados.

regional *Genie Lacayo*.[66] De esa manera, liga los conceptos de "*margen de apreciación nacional*" con el de "subsidiariedad" (considerando 10),[67] deduciendo que la Corte IDH no posee el poder de dejar sin efecto la sentencia de la causa en cuestión, porque esto significaría inmiscuirse en el derecho interno (considerando 11).

Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber *cuál es el margen y qué amplitud tiene*.[68] Tal figura ha sido utilizada —dice nuestra Corte Nacional— por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[69] La podemos definir como una especie de "deferencia" del cuerpo supranacional hacia las autoridades locales, para que sean estas las que fallen en determinadas cuestiones, con independencia de los organismos que imponen los tratados internacionales. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el cuerpo jurisdiccional internacional "considera" que los judiciales internos están en mejores condiciones para fallar el asunto.

Por eso pensamos que el campo se "achica" cuando existen criterios o estándares establecidos por la Corte IDH.[70]

De todos modos lo cierto es que tal cual ya lo expresamos, sería conveniente "flexibilizar" en lo posible esa posición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el "principio de la coordinación" entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa,[71] esto es lo que ha dado en llamarse diálogo jurisprudencial entre justicia local y la internacional.[72]

---

66 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30.

67 Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *en Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá, Última actualización 9 may 2011, disponible en *http://diccionario. Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94*

68 Como vimos esta es la teoría que manejó el juez Fayt en sus votos de Simón, Mazzeo y Bulacio, entre otros.

69 Aunque en puridad de verdad fue la ex Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia a tal corriente, hundiendo sus raíces en la idea del *marge d'appréciation* aplicada por el Consejo de Estado Francés. Días Grego, *op. cit*.

70 Véase García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *IUS,* vol. V, núm. 28, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, diciembre de 2011.

71 Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XLVI, núm. 138, sep-dic, 2013, pp. 939-971.

72 Nogueira Alcalá, Humberto, *El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

Un ejemplo que ha dado la Corte Interamericana sobre la aplicación del margen de apreciación nacional fue en el caso *Castañeda Gutman vs. México,*[73] donde "permitió" que la Dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano, en ciertos temas electorales.[74]

Sin embargo, asuntos como en el caso *Gelman vs. Uruguay,*[75] el cuerpo regional de marras le negó a la Suprema Corte[76] de ese país la posibilidad de poner en juego el margen de apreciación nacional. Ello ocurrió cuando el Tribunal interamericano se ocupó del problema en la supervisión de cumplimiento de sentencia,[77] sosteniendo que ese país debía acatar el fallo dictado por ella.

Este fue un caso muy similar a *Fontevecchia-Ministerio,*[78] ya que la Corte IDH entendió que la Suprema Corte oriental no había acatado su fallo *Gelman vs. Uruguay*.

6. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación

Al haber rechazado la CSJN, en el año 2011, la posibilidad de *dejar sin efecto su fallo del 2001,*[79] quedan dos decisorios firmes que encierran una contradicción.

El Tribunal cimero argentino había condenado en el año 2001 a los accionados por violación al derecho a la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 Constitución nacional, 17, párrs. 1 y 2 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles; y 2 y 3 de la CADH), y a pagar una indemnización a favor del expresidente Carlos Menem.

La Corte IDH, en 2011, hizo lugar a la demanda contra el Estado argentino y dispuso dejar sin efecto aquella "*condena civil"*, así como todas sus consecuencias. Recuérdese que en la vía doméstica se había dispuesto indemnizar a Carlos Menem, y que el Tribunal supranacional dijo que tal

---

73 Sentencia de 6 de agosto de 2008.

74 Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad, …cit.*

75 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 241-246.

76 Caso "M.L., J.F.F., O – Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad … IUE -II-109971/2011. Sentencia del 18/02/2013, por mayoría.

77 *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

78 Similar pero no idéntico, porque la Corte uruguaya, a diferencia de la argentina le había negado valor vinculante al pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el tema.

79 CNJN, 324:2985, del 25/09/2001 (cit.).

reparación era improcedente. Esto implicó que al haber abonado el Estado la indemnización correspondiente por la sentencia del año 2001, luego y como consecuencia de ello, tal pago puede verse como un enriquecimiento (sin causa) en virtud de lo dispuesto en el artículo 1794 del Código Civil, lo que podría potenciar al Estado a llevar a cabo la repetición.[80]

Lo cierto es que, como acabamos de sostener y pese a la interpretación de la Corte argentina,[81] la contradicción sería: por un lado pagarle a Menem (fallo CSJN 2001), y por otra parte el Estado Nacional debe entregar las sumas reconocidas en el fallo regional.[82]

Si esto se acata a pie juntillas, el Estado estaría haciendo un pago indebido.

7. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo Nacional

Este órgano judicial llevó a cabo una forzada interpretación del Sistema Interamericano —creemos— para llegar a la conclusión de que no puede ser obligado a "dejar sin efecto" los pronunciamientos que él emite.

A nuestro modo de ver, las reglas regionales *no necesitan ningún tipo de interpretación*, pues el artículo 63.1 es muy claro al sostener que cuando hubo violación, la Corte IDH puede disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad vulnerados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización. Y justamente en la frase "*que se reparen las consecuencias*" está incluida la posibilidad de "*dejar sin efecto*" un decisorio local *(in claris non fit interpretatio)*.

Ello así, pues *"anulando"* o "revocando" una sentencia local deficitaria se reparan las consecuencias y se puede indemnizar a la víctima.

No obstante eso —y a todo evento—, si fuese imprescindible una hermenéutica, nos parece que la que ejercitó la CSJN es muy discutible, y creemos que los casos que cita no se acomodan al caso analizado.

---

80 Como dice Palacio de Caeiro "aquí se torna importante indagar acerca de un resarcimiento por parte del Estado nacional debido a sumas pagadas a un tercero que finalmente se benefició. A resultar condenas patrimoniales aquel debe tener la posibilidad de resarcirse, pero tal contingencia se torna imposible al mantenerse la autoridad de la cosa juzgada interna en el caso «Menem…», cuyos efectos fueron dejados sin efecto y anulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Palacio de Caeiro, Silvina, "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley* , 8 mar 2017, p. 21.

81 Véase voto del Dr. Maqueda, considerando 6.

82 Conforme a lo dispuesto en la sentencia regional y en la última Supervisión de la Corte del 29 noviembre de 2016, punto resolutivo 1.d.

Como sabemos, se parte de la base del artículo 27 de la Constitución nacional para llegar (a través de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) al resultado de la imposibilidad de revocar o anular, por mandato de la Corte IDH, los fallos domésticos.

Vemos que aquí también hay un hueco argumental en nuestro Tribunal argentino, porque si bien es cierto que la Convención de Viena ilumina el derecho de los tratados, no lo es menos que ese cuerpo normativo apunta especialmente a los convenios entre países, y no específicamente a los atinentes a los derechos humanos, que como lo expresamos, precisan de una interpretación muy afinada teniendo en cuenta la materia sobre la que se ocupan.

Desde esa vertiente pensamos que al "cambiar" la Corte nacional su anterior jurisprudencia se ha inaplicado el *principio de no regresividad*, el cual establece que no debe crearse o modificarse normativa o postulados que vengan a reducir la pantalla protectora ya existente.

Esto es por vía del principio, pues obviamente, no significa que un Tribunal no pueda alterar sus criterios cuando lo considerare necesario; pero debe tenerse mucho cuidado en el campo de derechos humanos.

En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional en *Kimel* abrió la posibilidad de "dejar sin efecto sus sentencias", resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad).

En el considerando 12, dice el Tribunal Supremo Argentino, que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, importa acudir a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional, agregando que el análisis 'textual' —gramatical— es fundamental puesto que la letra de los tratados determina los límites de la competencia remedial.

Deduce del artículo 31 de la Convención de Viena, que los organismos internacionales poseen competencia limitada, de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido y carecen de jurisdicción para seleccionar los remedios que quieran, y por lo que a tenor literal del artículo 63.1 de la Convención, se entiende que el Tribunal regional no está en condiciones de disponer tal "amputación" a una sentencia dictada en sede nacional.[83]

Observando la problemática interpretativa desde la ventana del el Pacto de San José y de la jurisprudencia interamericana, debemos reiterar que cuando la Corte doméstica se niega a modificar su propio fallo a*chica la tutela internacional* dándole prioridad a una norma interna (art. 27 de la Constitución nacional),[84] en infracción al artículo 27 de la Convención de Viena ya aludida.

---

[83] Considerando 13, voto de la mayoría.

[84] Piza Escalante, su voto separado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

La clave de bóveda para evitar desenfoques es no olvidar la doctrina legal del propio tribunal del sistema regional donde se sostiene que para interpretar una convención sobre derechos humanos, hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1. el propio tratado, 2. el *ius cogens,* y 3. la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas doctrinas fueron ratificadas por las opiniones consultivas OC-3/83[85] y OC-8/87[86] donde —ya lo adelantamos— se llega a la conclusión de que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Cada uno de los convenios sobre derechos humanos debe analizarse teniendo como base el objeto y fin de los mismos. Por ello, dijimos que nuestro Tribunal Supremo ha desinterpretado lo dicho por la Corte IDH en *Perozo, Genie Lacayo, Aloeboetoe* y *Blake,*[87] entre otros.

Veamos, cuando la CSJN trae a colación los casos *Aloeboetoe* y *Blake* para llegar a la conclusión de que "el mecanismo restitutivo no está regulado en la CADH, importa poner de relieve que *en ambos asuntos la situación fáctica era muy distinta a la aquí analizada*, pues en sendos precedentes la *restitutio* no fue posible, pues las víctimas habían fallecido.

El primero de ellos abordaba, entre otras, la cuestión de la desaparición forzada de Nicholas Blake,[88] de ahí que la "revisión" no era factible, aunque sí la indemnización compensatoria a los familiares.

En el caso *Aloeboetoe*[89] se trataba de cinco campesinos que vivían alejados de los centros urbanos —cimarrones se dice en el fallo— que fueron asesinados por las fuerzas militares de Surinam. Allí tampoco fue posible la *resitutio in integrum,*[90] por eso se indemnizó a los deudos.

---

85 Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, párr. 48.

86 Corte IDH. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párrs. 4-21.

87 CSJN, fallo "Ministerio del Interior…" *supra*, considerando 15.

88 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, núm. 36.

89 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 11.

90 Dijo la Corte IDH en lo que hace al derecho a la vida no es posible devolver su goce a las víctimas. En estos casos la reparación debe asumir otras formas restitutivas, como la reparación pecuniaria (Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 1e, párrs. 49-50).

La CSJN,[91] haciendo referencia al caso *Perozo*[92] sostiene que el sistema interamericano se autodefine como subsidiario y que el cuerpo jurisdiccional regional no constituye una "cuarta instancia" que revisa o anula fallos internos. Si bien ello es cierto, creemos que el citado expediente contra Venezuela tampoco es cabalmente aplicable al caso que no ocupa, porque allí la Corte IDH no pudo juzgar el fondo pues *no se habían agotado, en ese momento los recursos internos* (art. 46.1) ya que el Estado no tenía concluidas las investigaciones (civiles y penales) en sede local.[93] Por eso, dice la Corte IDH que ella solo interviene "después" de que el país ha tenido la oportunidad de conocer.[94]

Obsérvese que en *Ministerio-Fontevecchia* las actuaciones *concluyeron en Argentina*, fueron abordadas luego en la Comisión Interamericana y posteriormente falladas por la Corte regional; mientras que en *Perozo* —como ya se dijo— faltaban una serie de investigaciones domésticas y por ende el proceso no estaba concluido[95] (véase CSJN, Ministerio, cit., considerando 8).

Algo similar ha sucedido en *Genie Lacayo*[96] donde finalmente el Estado nicaragüense fue condenado por obstaculizar la investigación policial y por

---

91 Considerando 8.

92 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 64.

93 Para entender en profundidad este expediente que cita la Corte argentina como fundamento de su decisión, conviene conocer en profundidad las circunstancias fácticas. En efecto, los hechos se refieren a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos, actos de hostigamiento agresiones físicas y verbales, y obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de Televisión *Globovisión,* entre ellas figuran periodistas, personal técnico asociados, empleados, directivos y accionistas. Corte IDH. *Caso Perozo*, *supra*, párr. 64.

94 Corte IDH. *Caso Perozo, supra*, párrs. 65-74.

95 Por eso la Corte dijo que en el futuro "…El Estado debe conducir eficazmente y dentro de un plazo razonable las investigaciones y procesos penales abiertos a nivel interno que se encuentran en trámite, así como los que se abran en lo sucesivo, para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea…" véase Corte IDH. Caso Perozo (cit.), puntos resolutivos, párr. 426.11.

96 Los hechos ocurrieron el 28 de octubre de 1990, Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad y residente en la ciudad de Managua, se dirigía en automóvil a su domicilio en el reparto Las Colinas. Cuando conducía en la carretera se encontró con una caravana de vehículos con efectivos militares quienes, al ver que los trataba de sobrepasar, le dispararon con sus armas. Luego de ello Jean Paul Genie Lacayo fue abandonado en la carretera y murió de *shock* hipovolémico a consecuencia de la hemorragia. Sus familiares presentaron una serie de recursos ante instancias administrativas, policiales, judiciales y militares, todos ellos dirigidos a investigar y sancionar a los responsables de la muerte de Jean Paul Genie Lacayo. No obstante, existieron numerosos obstáculos en la investigación, y no se llegó a identificar y sancionar a los autores. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30.

una demora no razonable en el proceso (arts. 8.1 y 1.1 de la CADH). Aquí la investigación —como en *Perozo— no había sido concluida,*[97] por ello expresó la Corte supranacional[98] que "...carece de competencia para subsanar ... violaciones en el ámbito interno...".[99]

En síntesis, digamos por un lado que el art. 63.1 de la CADH es muy claro, y no hacía falta más que aplicarlo. Si hubo violación, la Corte IDH debe disponer que "se deje sin efecto" el fallo doméstico.

Por otro lado, si a todo evento se necesitaba una interpretación, no es pertinente partir solo de la "letra" (mirada gramatical) de la Convención de Viena (arts. 31 y 32) ni acudir a los Trabajos Preparatorios del Pacto de San José[100] (véase CSJN, Ministerio, *cit.*, considerando 12), más correcto hubiese sido ejercitar la interpretación evolutiva de los tratados sobre derechos humanos que ha hecho el cuerpo judicial de la región (arts. 26 y 29 de dicho instrumento y opiniones consultivas 3, 8 y 9 de la Corte IDH).

8. Imposibilidad de incumplir un fallo de la Corte IDH. El caso *Radilla Pacheco*

Un ejemplo de lo que venimos marcando lo tenemos en los Estados Unidos Mexicanos, cuando la Corte Interamericana, en el caso *Radilla Pacheco,*[101]

97 Por eso señaló que "... Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; solo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente...", Corte IDH. *Caso Genie Lacayo*, *supra*, párr. 94.

98 *Idem*.

99 Contra ese fallo se interpuso un recurso de revisión que fue desestimado por la Corte Interamericana, pero ahí sostuvo en un voto disidente el juez Antonio Cancado Trindade: "... Cuando la Corte establece la violación de una o más disposiciones de la Convención, surge la obligación del Estado de cumplir con el fallo de la Corte, a la cual corresponde el derecho del individuo demandante de requerir que su fallo sea cumplido". Corte IDH. *Caso Genie Lacayo*. 13 de septiembre de 1997, párr. 26, *in fine*.

100 La Conferencia Especializada se celebró en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuando todavía ni siquiera funcionaba —obviamente— la Corte IDH. Aunque en dichas sesiones se contempló —como ya pusimos de relieve— después no se reflejó expresamente en el Pacto. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, *supra*.

101 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, ordenando reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero.[102] Tal apertura ha implicado que esa nación reformara su propia carta magna,[103] incluyendo en su artículo 1 la problemática de los derechos humanos.[104]

La Suprema Corte, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de "constitucionalidad" y también la inspección difusa[105] de "convencionalidad".[106]

Quedó en claro que la sentencia del Tribunal regional es *obligatoria para México y, por ende, deben ser cumplidas en su totalidad*.

---

102 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2.c. Dijo allí que el país debía "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y considerandos 20 a 22)".

103 Véase el libro de los autores Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, México Porrúa-UNAM, 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

104 En su art. 1 dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece […] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia […] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley […] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes […] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el *DOF,* 10 de junio de 2011).

105 De ello resulta que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

106 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C Núm. 220.

Como expresa Ferrer Mac-Gregor[107] "la Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del caso Radilla Pacheco el 14 de julio de 2011 y que el propio presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto "histórico", realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1 constitucional". Uno de los criterios principales que deriva de dicho asunto es la *obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH* en los temas donde esa nación ha sido parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la el supremo cuerpo judicial del país, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

9. Conclusiones

Para finalizar y en forma estenográfica, queremos resaltar que el fallo del Supremo Tribunal argentino fue elaborado sobre la base de una serie de argumentos muy meditados, empero, respetuosamente, creemos que ha significado para el Sistema Interamericano *un retroceso* pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta que al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y además, se ha afectado el principio de *no regresividad*.

El Tribunal había reconocido hasta ahora la jurisdicción completa de la Corte con asiento en San José; empero, el nuevo pronunciamiento de la mayoría sostiene que si bien los fallos de aquel cuerpo son obligatorios, estima que en determinadas circunstancias pueden carecer de ´competencia´ para fallar.

Ello implica que se ha partido de la base de que para acatar en profundidad una sentencia interamericana, es preciso llevar a cabo en el orden doméstico una especie de *exequatur* para examinar si la Corte IDH ha tenido *competencia* para expedirse.

Lo que aquí está en juego, en puridad de verdad, es una errónea disputa de ´competencia' con el organismo regional, que es el que debe resolver la problemática por ser justamente el último intérprete del sistema

[107] Véase el trabajo de Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, …cit.,* pp. 163, 339-429.

de la región cuando están en juego normas internacionales *(kompetenz kompetenz)*,[108] tal cual ya lo hemos expresado.

El fallo interno sostiene que no puede ordenársele dejar sin efecto sus propios pronunciamientos, porque tal potestad no está contemplada en el artículo 63.1 de la CADH ni en los trabajos preparatorios de la Convención.

Adelantamos ya que del análisis de la citada normativa puede inferirse sin hesitación que ese Tribunal regional está expresamente facultado para dejar sin efecto providencias domésticas, ya que, al permitírsele disponer que "se reparen las consecuencias" obviamente se lo potencia para anular las sentencias locales que violen la Convención.

No tenemos que olvidar que los tratados sobre derechos humanos tienen que ser interpretados, como sostiene la doctrina de la Corte IDH, conforme su objeto y fin y que cuando el Estado se sujeta a este tipo de convenios, debe tener en consideración que alguna manera "limita" su propia soberanía en beneficio del modelo regional.

Resulta imposible —a nuestro entender— invocar lisa y llanamente el postulado del "margen de apreciación nacional", pues el mismo tiene límites que finalmente dependen de la apreciación del último intérprete de los instrumentos internacionales, como lo es la Corte IDH, que no resulta obviamente un organismo extranjero.

El Tribunal argentino parte del artículo 27 de la Constitución sosteniendo que los tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la carta magna y en consecuencia considera que la jurisdicción supranacional posee una esencia "subsidiaria" que le impide recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano. Esta fundamentación ha sido tomada casi textualmente —sin haberlos citado— de los votos del juez Fayt en los casos *Arancibia Clavel* (considerando 15) y de *Bulacio-Espósito* (considerandos 11 a 4) a los que ya hemos aludido.

Pensamos que tal argumentación infringe el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues la base hermenéutica del fallo se fundamenta en el concepto, que la Corte Nacional es "suprema" en el ámbito de su competencia. Y esta idea de prelación doméstica se basa en el art. 27 de la Constitución del país, dado que la Corte es "suprema"

---

[108] Véase Nogueira Alcalá, Humberto *(Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano, …cit.),* donde señala que "…el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, debiendo necesariamente tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana".

y tal categoría —dice la sentencia— resulta ser un principio del derecho público de linaje constitucional que no puede infringirse.

Con ese criterio podría dejar de existir el control de convencionalidad y todo el modelo interamericano quedaría en falsete.

Lo que debe quedar bien en claro es que la Corte IDH y todo el esquema regional tienen como fuentes el *ius cogens* (costumbre internacional) y los tratados sobre derechos humanos, y que tales convenios son de distinta esencia a los que alude el artículo 27 local y que no fueron ni siquiera pensados al redactar dicha regla magna.

De la forma en que la CSJN juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta que el fallo nacional beneficia al expresidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario.

Desde otro ángulo, hemos pretendido poner de relieve que la Corte IDH en varios casos, entre ellos *Palamara Iribarne, Tristán Donoso, Bueno Alves, Kimel* y *Herrero Ulloa,* ha dispuesto modificaciones a las sentencias locales, decisiones que han sido toleradas por los órganos jurisdiccionales domésticas, incluyendo a la Corte argentina.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido las mismas aguas que la Corte IDH en el caso resuelto en el 12 de junio de 2014 *(príncipe de Mónaco-Grimaldi),*[109] en una temática similar a *Fontevecchia* sobre libertad de expresión.

[109] Dijimos que el tema es muy parecido a Fontevecchia ya que se trató de un decisorio de la más alta jerarquía jurisdiccional francesa que había condenado a la revista *Paris Match* por haber revelado la existencia de un hijo extramatrimonial del príncipe de Mónaco. La abogada de esa editora, Marié Chistrine de Persín, remarcó justamente la diferencia que existe entre las personas públicas y quienes no lo son, con referencia a la problemática aquí abordada. En un fallo unánime la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que Francia vulneró la libertad de expresión al condenar a la editorial Hachette Filipacchi y a la directora de la revista *Paris Match,* por publicar información de la vida privada del príncipe Alberto de Mónaco. El 5 de mayo de 2005 la referida revista publicó una entrevista a Nicole Coste, madre soltera de un hijo del príncipe Alberto de Mónaco, agregando en su portada dos fotos del niño junto a su padre y su madre, razón por la cual se condenó al pago de 50,000 euros al príncipe por concepto de indemnización. Los afectados recurrieron al TEDH argumentando que dicha condena vulneró el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Su recurso fue acogido por la Quinta Sala del TEDH, ante lo cual Francia apeló. En su sentencia, la Gran Sala del TEDH sostuvo en lo grueso que tanto la editorial, como la directora de la revista *Paris Match,* contribuyeron a cubrir un asunto de interés público, dada la naturaleza hereditaria de las funciones del jefe de Estado de Mónaco. TEDH, *Case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés vs. France*, Application 40454/07, Estrasburgo, 10 de noviembre 2015.

El pronunciamiento mayoritario argentino del 2011 -Ministerio de Relaciones Exteriores *(Fontevecchia),* desinterpretó —creemos— a la CADH y seguramente cuando la Corte regional se ocupe nuevamente del tema —no nos olvidemos que ya realizó dos Supervisiones— condenará al Estado.

Coincidimos ampliamente con el voto minoritario del juez Maqueda que sigue una postura que armoniza con sus propios y los precedentes de la CSN, en el sentido de que los fallos interamericanos deben cumplirse a cabalidad sin rodeos pues de lo contrario se incurre en responsabilidad internacional del Estado y en este caso para acatar no hay otro remedio que dejar sin efecto.

En definitiva, la problemática aquí planteada podría resolverse armonizando el derecho interno con el regional (diálogo) porque, por ejemplo, el pensamiento del Jurista Joaquín V. González —vertida hace muchas décadas— no puede invocarse hoy a rajatabla, cuando a partir de la reforma de 1994 tenemos una Constitución convencionalizada,[110] por ello hablamos de dialogar, armonizar. La Corte del país utilizó esta fraseología, pero finalmente tomó una decisión unilateral, dándole prioridad al derecho doméstico.

Aunque la frase "dejar sin efecto" parezca —y realmente lo es— demasiado fuerte, quizá sería mejor hablar de "adaptar" las sentencias locales a los fallos interamericanos. Técnicamente no es del todo correcto hablar ni de revocación (que implica una impugnación previa) ni de nulificación o invalidamiento, ya que la Corte IHD no es un organismo *ad quem* respecto a los tribunales locales,[111] se trata de cuerpos jurisdiccionales distintos, que no tienen un relación jerárquica.

De todos modos, no debemos olvidar que al dejar sin efecto, casi siempre se afectan derechos de tercero que no fueron parte en el sector interno.

10. Bibliografía

Buergenthal, Thomas, "Las Convenciones Europeas y Americana: algunas similitudes y diferencias", en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Washington, Organización de los Estados Americanos, 1980.

Caeiro, Silvina, "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley* , 8 mar 2017.

110 Sagües, Néstor, "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?", en *El Derecho,* vol. 272, núm. 14, 4 abr 2017, p. 155.

111 Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, reimpr. 2002, Librería Editora Platense, 1998, p. 190.

Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XLVI, núm. 138, sep-dic, 2013.

Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *en Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá, Última actualización 9 may 2011, disponible en *http://diccionario. Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94*

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", en Carbonell y Salazar (coords.), *Derechos Humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2011.

____ y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos",* México Porrúa-UNAM, 2009.

García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *IUS,* vol. V, núm. 28, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, diciembre de 2011.

Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley,* 3 abr 2017.

Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana", en *La Ley,* 6 jun 2012.

____, *Control de Convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, Col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111, México, Porrúa, 2015.

____, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, reimpr. 2002, Librería Editora Platense, 1998

Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano*, en *Ius et Praxis,* vol. 12, núm. 2, 2006.

Parada, María José Eva, *Chile ante el sistema interamericano, el caso Palamara,* Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, *repositorio. uchile.cl,* 2006.

Sagües, Néstor, "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?", en *El Derecho,* vol. 272, núm. 14, 4 abr 2017.

El derecho sostenible y El litigio sobre el cambio climático: impacto en los DESCA

*Henry Jiménez Guanipa**

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho sostenible y los DESCA. III. El litigio climático y los DESCA. 4. Conclusiones.

1. Introducción

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, conocida también como Declaración de Estocolmo, continúa extendiendo el poder transformador de cada de uno de sus 26 principios. Como punto de inflexión en la conciencia ambientalista, marcó un antes y un después en el desarrollo del derecho ambiental internacional y fue el punto de partida para la construcción de uno de los conceptos más importantes que en este ámbito se hayan creado: el desarrollo sostenible. A partir de su génesis se construyó una conexión aun más potente con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que no dejarán de sorprendernos dado el potencial de cambio que su enlace tiene. En el presente artículo, el cual he divido en tres capítulos, trataré en primer lugar y de modo muy sucinto, el desarrollo y la confluencia del derecho sostenible con los DESCA. En el segundo capítulo, presentaré dos decisiones recientes, una de Austria y otra de Alemania, como testimonio de lo que los jueces pueden lograr cuando interpretan el contenido de esa simbiosis. Los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales invocado por los jueces en sus decisiones, sientan dos precedentes inéditos que han conmovido a los países mencio-

* Abogado de la Universidad Santa María y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Magister Legum (LL.M) por la Universidad de Heidelberg y Doctor en Derecho por la Universidad Ruhr-Bochum de Alemania. Profesor e investigador invitado en Instituciones y Universidades latinoamericanas y europeas. Investigador visitante del Instituto de Derecho de Minas y de la Energía de la Universidad Ruhr-Bochum y del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado de Heidelberg. Profesor y coordinador del diplomado sobre Energía y Cambio Climático de la Universidad para la Paz (UNO) 2015-2016. Consultor Senior en proyectos sobre Eficiencia Energética financiado por el Banco Mundial. Miembro de la firma de abogados WIRTH-RECHTSANWÄLTE, Mannheim, Alemania.

nados. En Austria, la lucha contra las emisiones de CO_2 y la defensa del derecho a la salud, fue antepuesta al interés de la dirección del aeropuerto internacional de Viena de construir una tercera pista de aterrizaje que incrementaría las emisiones de CO_2 y pondría en riesgo la salud de las personas y la inutilización de cientos de metros cuadrados de tierra fértil. En el caso de Alemania, veremos cómo un tribunal en la ciudad de Stuttgart fue capaz de decidir la prohibición de circulación de vehículos que funcionan con diesel, por afectar el derecho a la salud de la población, priorizándolos sobre el derecho de propiedad y la libertad general de acción de los propietarios y desafiando el poder económico y político de la industria más potente del país. Igualmente, en este estudio el elemento energía estará muy presente, habida cuenta de que se trata de un factor de mucha influencia para la realización de los DESCA y en particular por su fuerte presencia en el cambio climático. Finalmente, en el tercer capítulo a modo de conclusiones expresaré mis reflexiones finales.

2. El derecho sostenible y los DESCA

2.1. Génesis: se la Declaración de Estocolmo 1972, a la Declaración de Río 1992

La Declaración de Estocolmo, surgida en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, representa el primer evento internacional promovido por la ONU para abordar en un gran debate global, los graves problemas ambientales que aceleradamente exponían a mayores riesgos al hombre y su entorno, producto del modelo de desarrollo.[1]

La Conferencia, comprometida en erigir una visión social sobre los fundamentos del desarrollo, proclama, que "los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar[2] del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida

[1] *Cfr.* Proclama de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, numerales del 1-6. *http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf*

[2] La connotación de bienestar a la que se refiere La Conferencia es la misma que aparece en el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual señala que 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

misma.[3] Por lo tanto, "la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos".[4]

Este propósito es ratificado en el Principio 1[5] de la referida Conferencia, al afirmarse que el "hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar…", con lo cual se otorga importancia capital a todos aquellos elementos que permiten que las personas dispongan de condiciones de vida apropiadas, entre las cuales es forzoso incluir los servicios básicos, como; el agua, la vivienda adecuada, la salud, la electricidad, el saneamiento y otros. Pero sobre todo se destaca la mención a la vida digna, que significa vivir con las necesidades básicas cubiertas, esto es, bajo protección de sus derechos humanos fundamentales.[6]

El Principio 2 amplía la perspectiva sugerida de un cambio de paradigma entre desarrollo, explotación de recursos naturales y bienestar social, señalando las bases de un arquetipo de progreso -posteriormente llamado desarrollo sostenible-, fundado en el cuidado, el resguardo y la salvaguarda de "los recursos naturales de la Tierra (aire, agua, tierra, flora y fauna)", con el acento puesto en la preservación "en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga".

El principio 13 expande la idea del desarrollo sostenible y propone que los estados para lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, "…deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y

---

3 *Cfr.* capítulo primero de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, No. 1. *http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf*

4 *Ibidem,* numl 2.

5 *Ibidem,* principio 1.

6 Sobre el significado del concepto de vida digna mucho se ha escrito, sin embargo nos permitimos citar en este caso, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado, Una vida digna para todos: acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015, que en su página 4, señala: "Nadie debería pasar hambre, carecer de vivienda o de agua limpia y saneamiento, padecer exclusión social o económica ni vivir sin acceso a servicios básicos de salud y educación. Se trata de derechos humanos que constituyen los cimientos de una vida digna".

mejorar el medio humano en beneficio de su población", con lo cual el gran propósito de la Declaración de Estocolmo queda cubierto, al desarrollar criterios y principios comunes para que los pueblos del mundo promuevan y alcancen la preservación y mejoramiento del medio humano.

Como complemento y apelando al principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y las sucesivas resoluciones que consagran ese postulado, el principio 21 pretende no obstante, establecer en el marco del derecho internacional, la responsabilidad que se desprende de ese acto soberano en el ámbito de su propia política ambiental, que deriva en una "obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".[7]

Ese principio sobre la responsabilidad internacional se refuerza en el principio 22, sobre la cooperación debida entre los Estados "para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción". La combinación de ambos hecha las bases para el litigio derivado del incumplimiento por acción u omisión de los Estados en desmedro del medio ambiente y de los derechos DESCA.

Abundando sobre la evolución del concepto de desarrollo sostenible, es importante mencionar que como punto previo al establecimiento por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1983, de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD), para que elaborara un informe sobre el medio ambiente y la problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante,[8] la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la ONU en 1982,[9] había planteado una idea sobre el desarrollo sostenible, que especialmente destaca la importancia de que el hombre adquiera los conocimientos necesarios para utilizar los recursos naturales en forma tal que se preserven las especies y los ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Esta idea que invita a la construcción de un concepto más acabado y amplio sobre el desarrollo sostenible, cuyo eje gira en torno a la preservación de los recursos para las generaciones presentes y futuras, fue el objeto

7 *Cfr.* Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Principio 21.

8 *Cfr.* Informe de la comisión mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo, Nota del Secretario General, No. 1, p. 1. *http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427*

9 *Cfr.* Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General *http://www.mbigua.org.ar/uploads/File/CartaMundialNaturaleza.pdf*

de estudio del Informe científico preparado por la CMMAD en 1987, también llamado *Nuestro Futuro Común* o *Informe Brundtland,* en reconocimiento al primer ministro de Noruega que tuvo la responsabilidad de su elaboración.[10]

La CMMAD, al abordar la tarea encomendada, afirma que la humanidad puede construir un futuro que sea más próspero, más justo y más seguro, en la medida en que el crecimiento económico se apoye en políticas que sostengan y amplíen la base de recursos del medio ambiente. La CMMAD presenta una advertencia basada en argumentos indiscutibles, en el sentido de que ha llegado el momento de tomar las decisiones necesarias para asegurar los recursos que permitan sostener a la presente y a las futuras generaciones. La comisión agrega, que no ofrece un plan detallado de acción, sino un camino que puede ampliar las esferas de cooperación de los pueblos de la Tierra que lo sigan.[11]

En el punto 3 del informe titulado el desarrollo duradero, se substancia definitivamente el concepto de desarrollo sostenible, afirmando, que está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, es decir, que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias, con lo cual se siembra la idea que posteriormente fue plasmada en el artículo 11 sobre Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, respecto a la no discriminación, en el entendido que "las generaciones actuales deben abstenerse de realizar actividades y de tomar medidas que puedan ocasionar o perpetuar cualquier forma de discriminación para las generaciones futuras".[12]

Ante los desafíos que encara la trascendencia del concepto de desarrollo sostenible, la Comisión deja claro en la exposición "Recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" en el punto 4.3, la necesidad de que se evalúen los riesgos de daño irreversible para los sistemas naturales y las amenazas a la supervivencia, seguridad y bienestar de la comunidad mundial. En el punto 4.5. la Comisión hace un llamado a resolver los vacíos legales tanto en el ámbito nacional como internacional, para proteger a las generaciones presentes y futuras en cuanto a la disposición de un medio ambiente adecuado para la salud y el bienestar, con lo cual se consolida la nueva perspectiva del desarrollo en una dimensión que

---

10 Véase anexo 2, la Comisión y su Labor, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Nota del Secretario General, *cit.* p. 385.

11 *Cfr.* Recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, núm. 3 y 4, p. 16.

12 *Cfr.* Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, 12 de noviembre de 1997, art. 11. *http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html*

abarca, en primer lugar a la protección de la naturaleza y en segundo lugar al hombre y sus derechos humanos fundamentales para el aseguramiento del bienestar y una vida digna.[13]

El alcance del concepto sobre desarrollo sostenible que aporta el Informe de la CMMAD, cuyo fundamento proviene de la Declaración de Estocolmo de 1972 y de la propia Carta Mundial de la Tierra de 1982, es complementado 20 años después en la Cumbre de la Tierra, en la que surgió la "Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo" en 1992. Esta Declaración formuló 27 principios básicos, con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas.[14]

Es importante señalar que esta Declaración coloca su acento principal en el ser humano como el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y con el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.[15]

Se incorpora en la Declaración, el derecho humano al desarrollo,[16] con el propósito de que se ejerza de manera que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.[17] Se plantea además la conexión del desarrollo sostenible con la mejora de la calidad de vida de las personas[18] y el deber de los estados y de todas las personas en la tarea de cooperar en la erradicación de la pobreza como requisito indispensable de aquel, como un elemento esencial que contribuya a reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.[19]

Finalmente, la Declaración en el Principio 25, hace una afirmación contundente que fortalece aún más la protección del medio ambiente indisolublemente unido a la protección de los derechos humanos al expresar, que "la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables".

---

13 *Ibidem,* pp. 35 y 36.

14 *Cfr.* Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992 (Introducción). *http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm*

15 *Ibidem,* Principio 1.

16 Véase en detalles, El Derecho Humano al Desarrollo, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, disponible en *http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx*

17 *Ibidem,* Principio 3.

18 I*Ibidem,* Principio 8.

19 *Ibidem,* Principio 5.

2.2. Formulación de principios: Carta de la Tierra, Naturaleza y derechos humanos, 2000

La Carta de la Tierra es una declaración que vigoriza un conjunto de principios que desde la Cumbre de Estocolmo de 1972 venían perfilándose para la construcción de una sociedad global justa, sostenible y pacífica en el siglo XXI. La Carta se propone impregnar a todos los pueblos del mundo sobre el ideal de la interdependencia global y la responsabilidad compartida para el bienestar de la familia humana. En su preámbulo deja muy claro ese propósito, al plantear la necesidad de estar unidos para crear una sociedad sostenible instituida en el respeto hacia la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz, con la mirada puesta en las generaciones futuras.[20]

La iniciativa para la elaboración de la Carta de la Tierra se remonta al Informe de la CMMAD en 1987, en el cual se hizo un llamado para su elaboración, propósito que recibió un decidido impulso en la Cumbre de Río en 1992 por parte de la Cumbre de la Tierra y de la Cruz Verde Internacional. A partir de 1997 la Comisión de la Carta de la Tierra promovió un intenso proceso mundial de consultas cuya versión final fue presentada el 29 de junio del año 2000 en el Palacio de la Paz en La Haya, donde fue asumida por las Naciones Unidas.[21]

En reconocimiento a la interrelación existente entre los problemas ambientales, económicos, sociales y culturales de la humanidad, la Carta de la Tierra presenta un marco ético inclusivo e integral, mediante un conjunto de principios interdependientes para promover una forma de vida sostenible, que deberá guiar y valorar la conducta de las personas, organizaciones, empresas, gobiernos e instituciones transnacionales.[22]

Los títulos de las cuatro secciones en que se dividen los principios señalan el alcance de esta visión: I. Respeto y Cuidado de la Comunidad de Vida; II. Integridad Ecológica; III. Justicia Social y Económica, y IV. Democracia, No Violencia y Paz.[23] El numeral 5.a., y el 7 del principio II sobre la integridad ecológica hacen una especial referencia, por un lado a la necesi-

---

20 Véase, Preámbulo de la Carta de la Tierra, disponible en, *http://www.earthcharterchina.org/esp/text.html*

21 Véase en detalles, *Carta de la Tierra,* México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, agosto de 2007, pp. 5-7. Consultar también, *Historia de la Iniciativa de la Carta de la Tierra,* disponible en *http://earthcharter.org/wp-content/uploads/2016/01/breve-historia-sobre-la-iniciativa-de-la-carta-de-la-tierra.pdf*

22 *Cfr.* Carta de la Tierra, Preámbulo, disponible en . *http://cartadelatierra.org/invent/images/uploads/Text%20in%20Spanish.pdf*

23 *Idem.*

dad de "adoptar, a todo nivel, planes de desarrollo sostenible y regulaciones que permitan incluir la conservación y la rehabilitación ambientales, como parte integral de todas las iniciativas de desarrollo y por el otro, al deber de adoptar patrones de producción, consumo y reproducción que salvaguarden las capacidades regenerativas de la Tierra, los derechos humanos y el bienestar comunitario.[24] Esto es así, debido al consenso existente en cuanto a que el modelo de producción actual está destruyendo el medio ambiente y en particular debido a los procesos y modos tradicionales de generación y consumo de energía. En ese sentido el mencionado numeral 7 ofrece un catálogo de acciones para alcanzar el equilibrio en la protección del medio ambiente, en particular la letra b) que sugiere "actuar con moderación y eficiencia en la utilización de la energía y tratar de depender cada vez más de los recursos de energía renovables, tales como la solar la eólica" y la letra f que exige, "adoptar formas de vida que pongan énfasis en la calidad de vida y en la suficiencia material en un mundo finito".

2.3. Consolidación del concepto: Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible y Río+20

Por disposición de las Naciones Unidas, 30 años después de la Cumbre de Estocolmo de 1972, Johannesburgo en Sudáfrica se convirtió en el lugar que congregó a miles de participantes: Jefes de Estado y de Gobierno, delegados nacionales y dirigentes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, empresas, y otros grupos, con el propósito reafirmar el compromiso en pro del desarrollo sostenible.

La magna cita dio como resultado la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible en 2002 y al plan de acción, en la que se pone de relieve la concepción del desarrollo sostenible en su triple dimensión: ambiental, social y económica y centra su atención en la universalidad de la dignidad humana y en la necesidad de "aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la atención de la salud, la seguridad alimentaria, la protección de la biodiversidad" y por primera vez de manera expresa, la energía, todo con el firme propósito de erradicar el subdesarrollo y la pobreza. [25]

Es importante destacar a los efectos de nuestro estudio, la especial consideración que ha tenido en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los servicios públicos y otros dere-

[24] *Idem.*

[25] *Cfr.* Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Septiembre 2002, disponible en *http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm*

chos como la salud, el desarrollo, la vivienda y en particular la energía y los servicios energéticos sin los cuales prácticamente es imposible la realización de los anteriores derechos humanos. En este sentido, se fortaleció el compromiso por la paz, la seguridad, la estabilidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo.

Es así como en el punto II sobre la erradicación de la pobreza No. 8, (literal a) se hace alusión a la adopción de medidas para mejorar el acceso a servicios fiables y asequibles de energía para el desarrollo sostenible, como medio para alcanzar los objetivos de desarrollo del milenio, teniendo en cuenta en particular; el acceso a la energía, la electrificación rural y los sistemas descentralizados de energía, la intensificación del uso de energías renovables, de combustibles líquidos y gaseosos menos contaminantes y el incremento de la eficiencia energética[26]. Adicionalmente se pone el énfasis (literal e) en el diseño de políticas y marcos normativos para mejorar el acceso a servicios energéticos fiables, que favorezcan el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza en las zonas rurales, periurbanas y urbanas.

El esfuerzo por establecer una definición consensuada sobre el desarrollo sostenible es particularmente reconocido y ratificado en la Conferencia de las Naciones Unidades sobre el Desarrollo Sostenible realizada en 2012 en Brasil, también conocida como Río+20, y que concluyó con la Declaración del "Futuro que Queremos"[27].

Esta Declaración señala la erradicación de la pobreza como el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible. Sin embargo, lo más importante en este punto, es el reconocimiento expreso del uso sostenible de la energía dentro del Marco para la acción y el seguimiento, como parte de las Esferas temáticas y cuestiones intersectoriales. En efecto, se incluye, por primera en este tipo de Cumbres, un capítulo sobre la energía en el cual se reconoce "el papel fundamental de la energía en el proceso de desarrollo, dado que el acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles contribuye a erradicar la pobreza, salva vidas, mejora la salud y ayuda a satisfacer las necesidades humanas básicas". Así mismo se insiste en que "es necesario tratar de resolver el problema del acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles para todos, en particular para los pobres que no pueden costearlos ni siquiera en los casos en que están disponibles".

---

[26] Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, África, 26 de agosto al 04 de septiembre de 2002, p. 4, disponible en *http://www2.medioambiente.gov.ar/documentos/ciplycs/JOHANNESBURG.PDF*

[27] Naciones Unidas, Río de Janeiro (Brasil), Documento final de la Conferencia, El futuro que queremos junio de 2012, p. 26, disponible en *http://www.uncsd2012.org/content/documents/778futurewewant_spanish.pdf*

La importancia del acceso a la energía y a los servicios asociados a ella, alcanzó su más alto nivel de interés, cuando la Asamblea General de la ONU declaró en 2010, el 2012 como el "Año Internacional de la Energía Sostenible para todos", con el propósito de reconocer que el acceso a unos servicios energéticos modernos por parte de los países en desarrollo es esencial para alcanzar los Objetivos de Milenio, erradicar la pobreza y alcanzar un desarrollo sostenible.

Naciones Unidas plantea la necesidad de tomar conciencia sobre la importancia de incrementar el acceso sostenible a la energía, la eficiencia energética y la energía renovable en el ámbito local, nacional, regional e internacional. Puntualiza que, los servicios energéticos tienen un profundo efecto en la productividad, la salud, la educación, el cambio climático, la seguridad alimentaria e hídrica y los servicios de comunicación, por lo que la falta de acceso a la energía no contaminante, asequible y fiable obstaculiza el desarrollo social y económico y constituye un obstáculo importante para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.[28]

2.4. Compromisos: Objetivos del Desarrollo Sostenible y el Acuerdo de París, 2015

La no inclusión del acceso a la energía como uno de los Objetivos del Milenio fue muy criticado, debido a la importancia que ya había alcanzado para el 2000,[29] lo que sin duda hubiera tenido un impacto muy positivo en las políticas energéticas de los Estados para brindar mayor acceso a la energía a la población pobre, a precios acordes a su situación socio-económica, tomando en cuenta que constituye un prerrequisito sin el cual no es posible alcanzar aquellos.

Esta meta no obstante se ha alcanzado el 25 de septiembre de 2015 en la Cumbre de Nueva York, en la que los Estados se comprometieron a cumplir la hoja de ruta para el desarrollo sostenible después de 2015. En efecto, de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, resaltan muy particularmente los siguientes:

1. Objetivo 7, sobre la energía asequible y no contaminante, que sin lugar a dudas es el puerto al cual debe y tiene que dirigirse la so-

[28] *Cfr.* 2012, Ano Internacional de la Energía Sostenible para Todos, disponible en *http://www.un.org/es/events/sustainableenergyforall/index.shtml*

[29] Los Objetivos del Milenio fueron aprobados Cumbre Milenio 2000, Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, 6 a 8 de septiembre de 2000, disponible en *http://www.un.org/es/events/pastevents/millennium_summit/*

ciedad actual. Está sobradamente demostrado que los combustibles fósiles como el carbón, el petróleo o el gas han sido las principales fuentes de producción de energía primaria y secundaria (electricidad), pero a la vez su utilización y quema por sus altos niveles de carbono, producen grandes cantidades de gases de efecto invernadero, que contribuyen al cambio climático y tienen efectos perjudiciales para el bienestar de la población y el medio ambiente.[30]

2. Objetivo 9: industria, innovación e infraestructura, se centra en promover: Infraestructuras resilientes, industrialización inclusiva y sostenible que fomenten la innovación;
   b. Objetivo 11: ciudades y comunidades sostenibles. Busca compromisos en función de un desarrollo y crecimiento que aproveche mejor los recursos disponibles reduciendo la contaminación;
   c. Objetivo 12: producción y consumo responsable. Se focaliza en el manejo eficiente de los recursos, para que los planes de desarrollo reduzcan los costos económicos, ambientales y sociales;
   d. Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. Propugna la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero causadas por las actividades humanas, para lo cual es necesario poner en práctica políticas que permitan a los países tener una actividad económica más sostenible y más respetuosa con el medio ambiente.
   e. Objetivo 17: alianzas para lograr los objetivos. Promover alianzas entre los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, sobre la base de principios y valores, una visión compartida y objetivos comunes que otorgan prioridad a las personas y al planeta, y son necesarias a nivel mundial, regional, nacional y local. Los ODS oficialmente entraron en vigor el 1 de enero de 2016 y con su aplicación universal en los próximos 15 años se pretende poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático.[31]

De este modo ha sido por la vía de la evolución del concepto de desarrollo sostenible que las naciones del mundo guiadas por la ONU, han comprendido que la inclusión de la energía como uno de los objetivos del

[30] *Cfr.* ONU, Energía Asequible y No Contaminante: Por qué es Importante, 2016, p. 2. *http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/7_Spanish_Why_it_Matters.pdf*

[31] *Cfr.* ONU, La agenda de desarrollo sostenible, disponible en *http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/*

desarrollo sostenible, permite despejar el camino para que la lucha contra el cambio climático, en una agenda común entre las naciones, invocando la triple dimensión del desarrollo sostenible: ambiental, social y económica, sea una realidad.

Por su parte, el Acuerdo de París en un escenario en el cual el concepto de desarrollo sostenible se ha consolidado, reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad, que exige acciones y compromisos de las partes, teniendo en cuenta las obligaciones relativas al respeto de los ..."derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo...".[32]

Al mismo tiempo y aunque no se expresa de manera directa en el Acuerdo de París, son los nuevos patrones de generación de energía sostenible una de las principales acciones que hay que emprender, no solo para enfrentar la creciente demanda de energía, sino además para garantizar el acceso a quienes se encuentran fuera del sistema energético o para aquellos que se enfrentan a los efectos nocivos de la producción contaminante de energía con altas emisiones de CO_2 y desde luego para lograr que la plena realización de los derechos humanos, los cuales sin la disposición de energía sobre todo sostenible, sería imposible.

De este modo la lucha contra el cambio climático, la promoción del desarrollo sostenible y con ello el respeto a los derechos humanos, ha entrado en una fase de compromisos vinculantes para los Estados, que auguran una agenda muy dinámica en la medida en que el empoderamiento de la sociedad se fortalezca. Por esta vía es posible prever que se incrementen los conflictos ambientales y el litigio climático, lo cual es un hecho que en este trabajo estaremos abordando.

3. El litigio climático y los DESCA

3.1. Introducción

El desarrollo normativo nacional para abordar eficazmente tanto las causas subyacentes como los efectos del cambio climático, no evolucionan al ritmo deseado. Del mismo modo las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático marchan lentamente y a menudo, establecen objetivos fundados

[32] *Cfr.* Preámbulo del Acuerdo de París, disponible en *http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf*

más en su viabilidad política, que en la comprensión científica de lo que debería hacerse para alcanzar la meta de estabilizar el clima a un nivel aceptable.

En el ámbito internacional, por el contrario, el progreso es mucho más notorio. En el marco del Acuerdo de París, las contribuciones determinadas a nivel nacional, representan públicamente las políticas climáticas de cada país y sus acciones para reducir las emisiones y adaptarse al cambio climático en numerosos sectores, como por ejemplo, la descarbonización de la energía apostando por la energía renovable, mejoras en la eficiencia energética, una mejor gestión de la tierra, la planificación urbana y el transporte.[33] En consonancia con ese progreso el Acuerdo de París constituye el instrumento más potente que refuerza la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible. En este sentido el Acuerdo de París proporciona un predicado legal crucial para empujar a los gobiernos a implementar leyes orientadas a combatir el cambio climático. De hecho, hasta el momento de la ratificación del Acuerdo de París, ningún instrumento internacional trataba tan profundamente el problema de coordinación de la acción internacional sobre las emisiones de GEI.

En definitiva ese acervo normativo sobre el cambio climático, complementado por normas constitucionales generales de protección del ambiente y los DESCA, así como los diferentes acuerdos, convenciones y jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales, está siendo utilizado por ciudadanos y organizaciones no gubernamentales para demandar a sus gobiernos por los incumplimientos y las consecuencias no solo ambientales, sino contra la violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.[34]

La última década ha sido crucial en la construcción de ese acervo normativo, que como un *Ius Comune* sobre el cambio climático, se levanta en especificidad e importancia, creando y reconociendo nuevos derechos y deberes que animan a la profundización del litigio climático.

Las demandas y reclamaciones, jurisdiccionales y administrativas plantean diversos temas que afectan los derechos fundamentales de los indi-

---

[33] *Cfr.* Entra en funcionamiento el registro de contribuciones NDC con el Acuerdo de París, se concretizan los planes de acción climática previstos por las naciones. Anuncio 06, mayo de 2016, disponible en *http://newsroom.unfccc.int/es/*

[34] El marco normativo para sustentar demandas sobre violaciones a los derechos humanos en el ámbito del cambio climático, encuentra su mejor argumentación en el derecho al medio ambiente sano, el cual es reconocido en una serie de instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14); la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 29), así como otras referencias importantes en materia de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH entre otros tribunales.

viduos y la igualdad intergeneracional,[35] así como el equilibrio de poderes entre las ramas judiciales, legislativas y ejecutivas, creándose tensiones que el poder judicial deberá afrontar de modo transitorio hasta que la conciencia colectiva y el compromiso de gobernar una sociedad sostenible sea una realidad. Mientras esto ocurre, es bastante probable que el litigio climático continuará su curva de crecimiento. De hecho, la mayoría de los litigios sobre el cambio climático se han llevado a cabo en los tribunales de los países desarrollados del hemisferio norte y en Australia y Nueva Zelanda. Los litigantes y los tribunales en el Sur Global apenas están comenzando a hacer uso de las crecientes teorías de litigios sobre el cambio climático. Esta realidad podríamos tomarla como un indicador de que existe mayor interés en luchar contra el cambio climático en sociedades donde las instancias judiciales son más garantistas o donde el interés en la lucha contra el cambio climático ha ido aumentando debido a los altos niveles de industrialización y de contaminación por efecto de las altas emisiones de gases de efecto invernadero.

3.2. Conflictos ambientales v litigios climáticos

El Atlas de Justicia Ambiental,[36] un proyecto desarrollado por la Universidad Autónoma de Barcelona, da cuenta en la actualidad un total de 2,100 conflictos socioambientales en todo el mundo. Los casos que aparecen descritos en el Atlas y que se muestran infra en la gráfica No. 1, han aumentado significativamente en Asia, concretamente en India, China, Bangladesh, Pakistán e Indonesia, pero además en África, focalizados la gran mayoría en Egipto, Etiopía y República Democrática del Congo.[37]

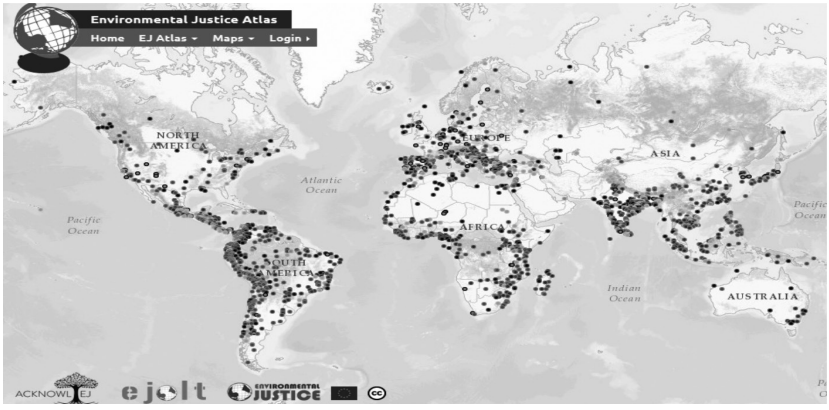
---

35 La equidad intergeneracional es la responsabilidad de cada generación de dejar a las nuevas generaciones una herencia de riquezas que no sea menos que lo que ellas mismas heredaron. La generación actual tiene la responsabilidad de administrar el cuidado de los recursos naturales para las nuevas generaciones. Tanto los primeros tratados en el tema como los tratados más recientes se refieren a este principio. *Cfr.* Brown Weiss, E., "Our rights and obligations to future generations for the environment", en *American Journal of International Law,* 84:1, 198 (1990) o, Convención Internacional para la Conservación de la Ballena (CICAA), 2 de diciembre de 1946, UNTS 161, 72, preámbulo; Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, supra nota 12, preámbulo.

36 *El Atlas Global de Justicia Ambiental* es uno de los resultados más relevantes del proyecto europeo EJOLT (Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade). Ha sido elaborado a través de un proceso colaborativo entre activistas y académicos y aporta evidencia sobre los desequilibrios estructurales de poder en la economía global. El atlas interactivo está disponible en *http://ejatlas.org/*

37 Para más detalles, véase, Los conflictos ambientales superan los 2,000 casos en todo el mundo, consulta 8 ago 2017, disponible en *http://www.agenciasinc.es/Noticias/Los-conflictos-ambientales-superan-los-2.000-casos-en-todo-el-mundo*

Gráfica No.1. Atlas de conflictos ambientales



El Atlas muestra que el incremento de los conflictos ecológicos se encuentra vinculados a la demanda de combustibles fósiles, para alimentar el engranaje del crecimiento económico mundial. Se busca oro, cobre, hierro, coltán, carbón u otros minerales en lugares del planeta donde antes no se habían extraído. En la medida en que se van topando los límites biofísicos del planeta, ya sean geológicos o ecológicos, los litigios se vuelven más intensos en las zonas con recursos aprovechables, afirma el filósofo y ensayista Jordi Pigem.[38] Del mismo modo el catedrático de la UAB Joan Martínez Alier, director del proyecto EJOLT, afirma que "las comunidades que reciben el mayor impacto de esos conflictos son pobres, a menudo indígenas, y no tienen el poder político para poder acceder a la justicia ambiental..". El estudio revela que las injusticias medioambientales involucran a una gran variedad de actores, incluyendo los estados y las empresas de los países de la OCDE, con participación creciente de los países BRICS y otros".[39]

[38] *Cfr.* Antonio Cerrillo, Los diez conflictos ambientales más importantes del planeta, en La Vanguardia, Barcelona, consulta 7 jun 2016, disponible en *http://www.lavanguardia.com/natural/20160603/402253210855/conflictos-ambientales-litigios-ambientales-atlas-global-de-justicia-ambiental.html*

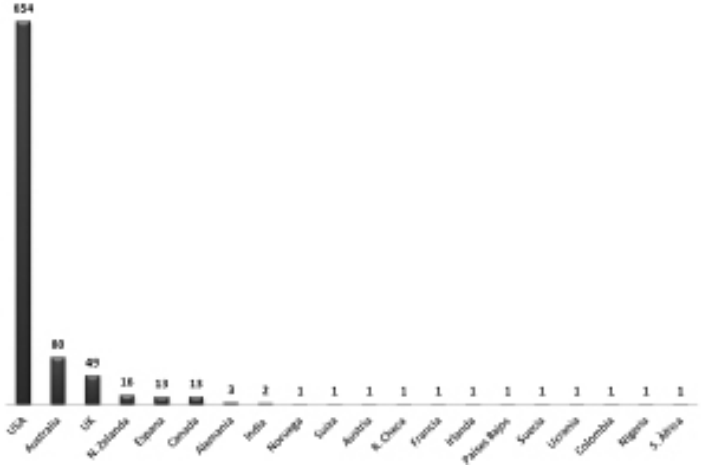
[39] *Cfr.* Universidad Autónoma de Barcelona, *http://www.uab.cat/web/noticias/detalle-de-una-noticia/presentado-el-atlas-global-de-justicia-ambiental-1099409749848.html?noticiaid=1345668485737*

Aun cuando Asia concentra la mayor cantidad de conflictos ambientales, Suramérica está desbordada de norte a sur, siendo la minería, la extracción y operación de combustibles fósiles y el manejo del agua para centrales hidroeléctricas, las principales actividades. El panorama es desolador y las heridas causadas al planeta y las violaciones de los derechos humanos, encuentran en el litigio la posibilidad de enfrentar los conflictos ambientales, aunque su resultado dependerá a la firmeza que puedan demostrar los jueces y el poder judicial en general.

Un estudio sobre el estatus de los litigios sobre cambio climático publicado por el Programa del Medio Ambiente de las Naciones Unidas en mayo de 2017,[40] revela que al menos en 25 países se han presentado más de 800 casos, de los cuales 654 corresponden a los Estados Unidos y más de 230 al resto de los países incluidos en la evaluación.

En la gráfica No. 2 se observa que Australia, con 80 casos, es el país que ha recibido el mayor número de demandas después de EE.UU, seguido del Reino Unido con 49, Nueva Zelanda 16, Canadá y España con 13, Alemania con 3, e India 2. El resto de los 12 países solo llevan un caso. El informe revela también que por ante el Tribunal Europeo de la UE cursan 40 casos, mientras que por ante la Corte Internacional de Justicia solo uno, al igual que por ante la CIDH.[41]

Gráfica 2. *Litigios por países.*



[40] *Cfr.* The Status of Climate Change Litigation a Global Review, United Nations Environment Programme, may 2017, pp. 10-25.

[41] Sabin Center for Climate Change Law, Non-U.S, Climate Change Litigation: Non-U.S. Jurisdiction, consulta 3 mar 2017, disponible en *https://perma.cc/8CKE-KMQU*

La data anteriormente citada demuestra, como lo afirma Susana Borras Pentinat que "los pleitos climáticos están cambiando la perspectiva de cómo hacer frente a las responsabilidades climáticas, ya sea desde el punto de vista jurídico, en el refuerzo del cumplimiento de los compromisos jurídicos, como también en la determinación de responsabilidades del calentamiento global. El objetivo final es la efectividad de la denominada "justicia climática", en respuesta a la inactividad gubernamental.[42] Los casos que seguidamente vamos a comentar apuntan justo en esa dirección.

3.3. Casos

3.3.1. Derecho al medio ambiente sano y el derecho a la salud v derecho a la ampliación del aeropuerto de Viena

Los planes para construir una tercera pista en el aeropuerto internacional de Viena, fue anulada por El Tribunal Administrativo Federal de Austria (TAF) (Bundesverwaltungsgericht) en febrero de 2017, debido a que autorizar la nueva pista haría más daño que bien al interés público, principalmente porque sería contrario a las obligaciones nacionales e internacionales de Austria de implantar medidas de mitigación a las causas del cambio climático.

Antes de llegar a su decisión, el tribunal examinó los cambios previstos en el futuro tráfico aéreo, las repercusiones de esos cambios en las emisiones y la medida en que sería posible que el aeropuerto controlara o limitara de otra manera las diversas fuentes de emisiones. También consideró los beneficios económicos de la nueva pista, los efectos adversos del cambio climático en Austria y en el estado federado de Baja Austria y los esfuerzos de Europa para reducir las emisiones en general y del tráfico aéreo en particular.

Concluido el análisis, el tribunal consideró que una tercera pista aumentaría las emisiones anuales de CO_2 de Austria entre 1.79 y 2.02% para el año 2025, contrariando el objetivo de reducción de emisiones del sector transporte de Austria de 2.5%. El tribunal también observó que las ganancias a corto plazo en forma de comercio o generación de empleos eran fácilmente compensadas por las probables consecuencias económicas de un clima desestabilizado.

[42] Borras Pentinat, Susana, "La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades", *Anu. Mex. Der. Inter*, vol.13, ene-dic, México, 2013, p. 2.

3.3.2. Argumentos en favor y en contra de la obra

El tribunal de primera instancia estimó a favor del proyecto las siguientes consideraciones:

1. Cualquier mejora en la seguridad de la aviación es de interés público.[43]
2. Si no se construye una tercera pista, Viena perdería 3.3 millones de pasajeros y 36.000 movimientos de vuelo para 2020.[44]
3. Es necesario preservar a Viena como un centro" que conecta Europa occidental y oriental, ya que también alberga a varias organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa [OSCE], la Organización de Petróleo Estados exportadores [OPEP], así como varias organizaciones no gubernamentales).[45]
4. El proyecto creará empleos adicionales y será económicamente beneficioso para la región, lo cual es de interés público.[46]

Por el contrario, el enfoque del Tribunal Administrativo Federal (TAF) en contra de la tercera pista señala que:

1. Las operaciones debidas a la "tercera pista" darían lugar a un aumento significativo de los niveles de CO_2 debido al aumento de los movimientos de las aeronaves.[47]
2. Las emisiones de CO_2 causadas por el sistema de 2 pistas para 2025 aumentarían alrededor del 3% al 4% de las emisiones totales de CO_2 de Austria.[48]
4. La construcción de la tercera pista conduciría a un aumento anual de las emisiones de CO_2 de 1.79% a 2.02% para 2025.[49]
5. El cambio climático es inevitable y se intensificará en el futuro y las medidas para frenar la CO_2 deben tener prioridad.[50]
6. Austria está obligada por el derecho internacional y nacional a reducir las emisiones de GEI (Protocolo de Kioto, Acuerdo de París, normativa de la UE).[51]

---

43 *Cfr.* Bundesverwaltungsgericht, W109 2000179-1/291E, 02-02-2017, p. 115. *file:///C:/Users/henryjj/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/291_ERKENNTNIS_2.2.17_ee%20(2).pdf*

44 *Ibidem,* p. 42.

45 *Ibidem,* pp. 110 y 115.

46 *Idem.*

47 *Ibidem,* p. 19.

48 *Ibidem,* p. 73.

49 *Ibidem,* p. 77.

50 *Ibidem,* p. 126.

51 *Ibidem,* pp. 90-91.

7. La construcción de la tercera pista hará que 661 hectáreas de tierras de alta calidad sean inutilizables para la producción agrícola, lo que es contrario a los objetivos del país en este campo.[52]
8. La creación de empleos no es el objetivo primordial de incrementar la infraestructura en el Aeropuerto de Viena.[53]
9. Cuando se publicaron las Leyes Federales sobre Aviación en 1957, el contexto era diferente y no refleja la realidad actual.[54]
10. Los fundamentos jurídicos de la decisión del tribunal se basaron tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. La protección del medio ambiente y en particular del clima por ejemplo, la seguridad y la salud de las personas son derechos incorporados y garantizados en la Constitución de Austria, en la Constitución de la región de Baja Austria y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Por otro lado Austria ha articulado sus compromisos internacionales de mitigación del cambio climático tanto mediante la ratificación del Acuerdo de París como a través de su Ley de protección del clima, que prevé un calendario de reducción de emisiones a partir de 2015-2020 y más adelante.[55]

3.3.3. Decisión

El TAF, concluido el análisis de los hechos y del derecho fue firme al establecer que el cambio climático se asocia con graves daños a la salud, con el aumento de las muertes relacionadas con el calor, así como con los efectos negativos que causa a la economía austriaca y en particular a la agricultura.[56] Por su lado el proyecto dará lugar a un aumento significativo de las emisiones de GEI, y el interés público en su ejecución está por debajo del interés público de protección contra los efectos negativos del cambio climático y el uso de la tierra, que debe preservarse para que proporcionen alimentos a las generaciones futuras. Por lo tanto, el interés público en la construcción de la tercera pista es muy escaso, por lo que procede desestimar en su totalidad la solicitud presentada por las partes interesadas.[57]

---

52 *Ibidem,* p. 98.

53 *Ibidem,* pp. 121-122.

54 *Ibidem,* p. 123.

55 *Ibidem,* pp. 123, 125-126.

56 *Ibidem,* pp. 85, 124, 126.

57 *Cfr.* Verfassungsgerichtshof E 875/2017-32, E 886/2017-31, 29 jun 2017, disponible en *https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_E_875-2017_Flughafen_dritte_Piste.pdf*

3.3.4. Revocatoria por ante la Corte Constitucional

El 29 de junio de 2017 el Tribunal Constitucional de Austria en una decisión histórica, revocó por inconstitucional la decisión del Tribunal Administrativo Federal de febrero de 2017, en la que rechaza la construcción de una tercera pista en el aeropuerto internacional de Viena. El Tribunal Constitucional determinó que los intereses públicos, como el cambio climático y el uso de tierras, no pueden deducirse de la Ley austríaca de aviación. La Ley de Tráfico Aéreo no proporciona ningún fundamento jurídico para tal decisión, ni tampoco los compromisos de Austria con respecto a acuerdos internacionales (por ejemplo, el Protocolo de Kioto[58] o el Acuerdo de París) o decisiones gubernamentales. El Tribunal Constitucional también declaró que la Ley austríaca de protección del clima excluye explícitamente de sus estipulaciones los viajes aéreos. [59]

La decisión también se basó en el hecho de que sólo se podrían tener en cuenta las emisiones procedentes del aterrizaje y despegue. Es inadmisible atribuir, según el TC las emisiones de carbono de todo un vuelo internacional, es decir, «emisiones de crucero») a un aeropuerto específico, en lugar de limitarse a las emisiones de carbono liberadas durante el aterrizaje y despegue.[60] El Tribunal Constitucional continuó aclarando que son los operadores de aeronaves y no los aeropuertos los que son responsables de la protección del clima durante el transporte aéreo.

La decisión de la Corte Constitucional es significativa porque tiene consecuencias de gran alcance para muchos otros proyectos, más allá del alcance de la tercera pista. La CFA debe ahora emitir un nuevo fallo que tenga en cuenta estas conclusiones.

3.4. Stuttgart: protección de la salud y la prohibición de circulación de vehículos diesel

3.4.1. La decisión

La Sala 13 del Tribunal Administrativo de Stuttgart (TAS), Alemania dictó el pasado 28 de julio de 2017 una sentencia que prohíbe la circulación de

58 *Ibidem,* pp. 7, 11, 21, 33, 40, 49, 215.

59 *Ibidem,* pp. 7, 9,11, 18.

60 *Ibidem,* p. 61.

determinados autos diesel en la ciudad de Stuttgart a partir del 01 de enero de 2018.[61]

La acción fue interpuesta por la Asociación Alemana de Ayuda para el Medio Ambiente, -Deutschen Umwelthilfe (DUH) contra el estado de Baden-Wuerttemberg. La DUH exigió al tribunal la prohibición total de circulación de los vehículos diesel en toda la ciudad, incluyendo los que utilizan la categoría Euro 6.[62] El tribunal dejó claro que para todo el año se establecerá la prohibición de circulación de dichos vehículos en la zona ambientalmente protegida de la ciudad.

La DUH argumentó que es necesario la reelaboración del plan de aire limpio para la ciudad, debido a que los límites de óxido de nitrógeno en Stuttgart no se respetan, luego de transcurrido siete años de la entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el estado. De hecho, de acuerdo al informe publicado el 01-01-2017 por parte de la Oficina Federal de Medio Ambiente, respecto de las cifras de contaminación de dióxido de nitrógeno, Stuttgart se encuentra en el puesto No. 1 con 82 microgramos por metro cúbico, seguido de Múnich con 80 microgramos, Reutlingen con 66, Kiel con 65 y Colonia con 63.[63]

Por su parte, el tribunal en su decisión, sostuvo que la prohibición no viola el principio de proporcionalidad, en virtud de que la protección de la salud tiene mayor peso que el derecho de propiedad y la libertad general de acción de los propietarios de vehículos de motor afectados por la prohibición.

El Tribunal ha impuesto además estrictas medidas para el control de la contaminación del aire en Stuttgart, las cuales incluyen:

1. Prohibición de conducir ciertos coches de diesel a partir del 01.01.2018, si otras medidas no muestran resultados antes.
2. Una nueva insignia para todos los coches.
3. Señales de entrada en las zonas ambientalmente protegidas que dan acceso a la ciudad.

Poco antes de la audiencia, el gobierno estatal había anunciado su intención de sugerir a las empresas fabricantes de vehículos cambiar los *soft-*

---

61 Demanda de la *Asociación Alemana de Ayuda al Ambiente e. V. vs. el Estado de Baden-Württemberg* respecto de la continuación del Plan de Aire Limpio para Stuttgart, 28 jul 2017, disponible *en http://www.vgstuttgart.de*

62 Diesel-Fahrverbote in Stuttgart zulässig, disponible en *www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jnachr-JUNA170704854&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp*

63 Stuttgart y Múnich, las ciudades más contaminadas en Alemania en 2016, disponible en *http://udgtv.com/noticias/internacional/stuttgart-y-munich-las-ciudades-mas-contaminadas-en-alemania-en-2016/*

ware en los vehículos etiquetados como Euro 5, para impedir las prohibiciones de circulación.[64] Sin embargo, en la audiencia realizada el 19/07/2016, los representantes del estado no pudieron demostrar que habría alguna reducción significativa de las emisiones. Por tal motivo el tribunal consideró esa medida como insuficiente.

Al momento de realizar este comentario, la sentencia se encuentra en revisión por ante el tribunal superior. De quedar firme esta decisión, se sentaría un precedente muy importante en cuanto a la protección del derecho a la salud, violado por efecto de las emisiones de gases de efecto invernadero proveniente de la combustión de vehículos diesel. La doctrina derivada tendrá un impacto positivo en la protección de derechos sociales fundamentales como el derecho a la salud, frente a otros derechos individuales fundamentales, como la libre circulación, sobre las que tendrían mayor jerarquía los primeros, todo enmarcado en la protección de la vida digna y el derecho a un ambiente sano.

3.4.2. Los efectos

La sentencia del Tribunal de Stuttgart no solo tiene efectos sobre la protección de los derechos sociales y en particular sobre el derecho a la salud, el derecho a un ambiente sano y en la lucha contra el cambio climático, sino que ha sido un *tsunami* que ha penetrado el corazón de la industria automotriz alemana, la joya de la corona de la poderosa economía de ese país.

Tan cierto, que fue necesario convocar la "Cumbre del Diesel", entre el Gobierno alemán y los máximos representantes de la industria automotriz, la cual se realizó en Berlín el 1 de agosto del año en curso. El Pacto alcanzado pretende evitar la desaparición de unos 15 millones de coches diesel de las grandes ciudades alemanes. En el marco de la referida "Cumbre del diesel" que se celebró en la sede del Ministerio de Interior, los jefes de Volkswagen, BMW, Daimler AG, y Ford se comprometieron a rebajar las emisiones de dióxido de nitrógeno en más de un 25% hasta finales de 2018. Para alcanzar esa meta, los fabricantes instalarán un nuevo *software* en 5.3

[64] Véase en detalles, Reglamento (CE) No 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, disponible en *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0715&from=ES*

millones de vehículos de las clases Euro 5 y Euro 6, una medida voluntaria que no tendrá costes para los propietarios.[65]

Sin duda las medidas adoptadas en la "Cumbre del Diesel"[66] pretender frenar el efecto dominó de la sentencia del TAS, que perfectamente podría extenderse hacia otras ciudades alemanas, donde la emisión de dióxido de nitrógeno ha sobrepasado todos los límites permitidos como es el caso se Berlín, Hamburgo, Múnich, Frankfurt, Bonn, Colonia entre otras, donde además la DUH ya ha interpuesto demandas similares.

En lo político, el efecto podría ser desbastador, debido a que la tentativa de prohibición de circulación de unos 13 millones de vehículos diesel es peor que una espada de Damócles para la industria y para el Gobierno. Al menos unos 600.000 puestos de trabajo dependen de la fabricación de autos diesel y si la justicia admite las demandas que ya han sido presentadas en 16 ciudades, el descontento de millones de propietarios podría volcarse en las urnas el próximo 24 de septiembre.[67]

4. Conclusiones

1. El cuidado y resguardo de los recursos naturales: aire, agua, tierra, flora y fauna, en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, es sin duda uno de los principios más trascendentales de la Declaración de Estocolmo que abrió las puertas para la construcción del concepto de desarrollo sostenible, que hoy por hoy es y seguirá siendo, el norte que debe guiar las decisiones políticas, económicas, jurídicas, so-

---

65 *Cfr.* Diario *El Pais,* Economía, 2 ago 2017, disponible en *https://economia.elpais.com/economia/2017/08/02/actualidad/1501696632_425657.html*

66 En la Cumbre del Diesel, se sugirió mitigar la crisis con fondos públicos. El primer ministro de Baja Sajonia, Stephan Weil (SPD), que también es miembro del Consejo de Vigilancia de Volkswagen, planteó "incentivos fiscales o un tipo de riesgo climático" para cambiar de diesel viejo a Euro 6 diesel o coches eléctricos. Su colega bávaro Horst Seehofer (CSU) quería un impuesto de automóvil más bajo como un incentivo para comprar diesel nuevo, de baja emisión de Euro 6. De hecho, los gobiernos federal y estatal esperan que los productores creen incentivos, a su propio costo, para cambiar los motores diesel más viejos que el Euro 5 a los vehículos con el último tratamiento de gases de escape o vehículos eléctricos. Ford ya había avanzado el martes y había anunciado una "bonificación medioambiental" entre 2000 y 8000 euros para desechar viejos coches diesel hasta el año 2006. El requisito previo, sin embargo, es la compra de un nuevo modelo de Ford. Cfr. Spitzentreffen in BerlinDarum geht es auf dem Dieselgipfel. *http://www.spiegel.de/auto/aktuell/diesel-gipfel-in-berlin-alles-wichtige-zu-fahrverboten-und-nachruestloesungen-a-1160208.html*

67 *Idem.*

ciales y culturales de las naciones. En este sentido no sería concebible la toma de decisiones de espalda a este principio. Por ejemplo y en referencia a los casos analizados, un juez empoderado en su contenido debe tener la lucidez para comprender que la protección del aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna son concomitantes con la protección de la salud, la vida digna, el ambiente sano, es decir los DESCA. Del mismo modo le cuidado de esos elementos naturales y del hombre mismo redunda en la protección de las generaciones futuras.

2. Por otro lado, el principio 21, que como todos los principios han sido desarrollados y ampliados en sucesivos documentos, establece en el marco del derecho internacional, la responsabilidad de cada estado en el buen o mal uso que haga de sus recursos naturales o de la explotación de otros elementos secundarios que afecten el medio ambiente. Esto quiere decir que cada uno tiene la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional, pues de lo contrario deberá responder por sus acciones, pues de lo contrario se pueden derivar acciones judiciales para exigir reparaciones por daños transfronterizos.
3. Un aspecto esencial que hemos desarrollado en el primer capítulo tiene que ver con el planteamiento de Naciones Unidas en cuanto a que el acceso a la energía no contaminante, asequible y fiable obstaculiza el desarrollo social y económico y constituye un obstáculo importante para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Interpretando este postulado desde la perspectiva de los países desarrollados es forzoso concluir que continuar utilizando energía convencional no sostenible tiene efectos muy nocivos tanto para el ambiente como para los DESCA en general. En el caso de estudio referido a la decisión del tribunal de Stuttgart que prohibió la circulación de vehículos diesel a partir del 01 de enero de 2018, es evidente que el tribunal comprende perfectamente que el diesel es un combustible que no cumple con los estándares de una sociedad que puede proveerse de energía sostenible, debido a su alto desarrollo tecnológico, lo que no podríamos afirmar de otras sociedades que no disponen de ese adelanto.
4. En ambas decisiones analizadas, la energía aparece como el elemento nocivo. En Austria el debate se centra en las emisiones de CO_2 que se incrementarán a partir de aumento del tráfico aéreo. Es obvio que, si el combustible utilizado no emitiera la cantidad de CO_2 estimada por los expertos y el tribunal, la discusión no hubiera tenido sentido, ni siquiera en cuanto a la afectación de la salud,

sino únicamente en el aspecto referido a la inutilización de grandes extensiones de tierra fértil para la agricultura. En cuanto a la decisión tomada por el tribunal de Stuttgart el razonamiento es el mismo. Si los autos funcionaran con electricidad, no habría tenido lugar ninguna reclamación.

5. De modo que lo que está planteado a partir de esta firme demostración de coraje de dos tribunales europeos que han enfrentado poderosos intereses económicos con sus decisiones, es que definitivamente el litigio surge como una herramienta que puede hacer frente a las acciones o inacciones de los gobiernos que conducen a la violación tanto de los DESCA.
6. La ola que se ha levantado en todo el mundo en defensa del medio ambiente para intentar contener el avance del cambio climático y sus efectos sobre todos los seres vivos de la tierra, ha abierto una brecha a través del litigio climático que debe continuar como una herramienta viable y efectiva para enfrentar los miles de conflictos ambientales que están desgarrando la tierra y discriminando a las generaciones futuras de contar con bienes aptos para su supervivencia.
7. Es importante destacar, que el acervo jurídico disponible para sostener y promover el litigio climático encuentra en el derecho ambiental internacional un conjunto de instrumentos ratificados por los estados que están siendo invocados para presionar a los gobiernos a cumplir con los objetivos y los compromisos asumidos, por ejemplo, en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, en el Acuerdo de Paris sobre el cambio climático y particularmente en las contribuciones previamente determinadas (NDC), amén de otros instrumentos y convenciones que igualmente buscan proteger tanto el clima, como los derechos individuales y colectivos.
8. Vale la pena destacar que entre las tendencias que señala el informe de Naciones Unidas que, sobre el litigio climático, se encuentra la de mantener a los gobiernos en sus compromisos legislativos y políticos, que perfectamente aplican a los dos casos de estudio analizados en este trabajo. Ello en virtud de que ambas decisiones pretenden que los gobiernos cumplan con los convenios adquiridos tanto en el ámbito nacional como internacional.

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

*Pablo Luis Manili**

Sumario: 1. El constitucionalismo social. 2. El derecho internacional. 3. El Problema de la efectividad de los DESC. 4. Bibliografía.

1. El constitucionalismo social

a) Los derechos humanos, estos derechos comenzaron a ser incorporados a las constituciones a principios del siglo XX, con el nacimiento del constitucionalismo social. Ello fue una respuesta al conflicto surgido entre el capital y el trabajo luego de la revolución industrial.

b) Como es sabido, a primera constitución en incluir normas sobre los DESC fue la mexicana, adoptada en Querétaro de 1917, la cual contenía normas referidas a:

- La obligación del Estado de proveer educación democrática;
- Justa retribución;
- Distribución equitativa de la riqueza pública;
- Derecho al trabajo digno y socialmente útil;
- Jornada máxima de ocho horas y de siete si es insalubre, peligroso o nocturno;
- Prohibición del trabajo de menores de 14 años;
- Un día de descanso semanal al menos, y
- Protección de la mujer embarazada y en periodo de lactancia.

c) La Constitución alemana de Weimar de 1919 surgió de una transacción de posiciones entre los sindicatos y las organizaciones empresarias, con la mediación del partido socialdemócrata alemán y contiene normas sobre:

* Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Buenos Aires. La presente ponencia está basada en su libro *Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

- Prohibición de la usura;
- La propiedad obliga y su uso debe constituir un servicio para el bien general;
- Derecho a la vivienda sana;
- El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad;
- El gobierno puede, mediante ley, a reserva de indemnizar, traer al dominio público las empresas económicas privadas susceptibles de socialización;
- Nulidad de acuerdos que restrinjan derechos laborales;
- Protección de la maternidad, de la vejez y la enfermedad;
- Ayuda por desempleo;
- Paritarias entre empleados y patrones, y
- El trabajo es un deber moral correlativo de emplear toda su actividad en interés de la colectividad[1] (art. 163) y como deber jurídico del Estado de proteger ese trabajo (art. 157) y de ofrecer a todo alemán la posibilidad de trabajar (art. 163).

d) A partir de esos dos hitos, la enorme mayoría de los países del mundo comenzaron a incorporar cláusulas de derechos económicos y sociales a sus constituciones:

1. La Constitución de Estonia de 1919 prescribió los derechos a la justicia social en los siguientes términos: "Art. 25: La organización de la vida económica en Estonia debe responder a los principios de justicia que miren a procurar a los ciudadanos los medios de llevar una **vida digna de un hombre**, por leyes apropiadas destinadas a asegurar las tierras cultivables, un **hogar**, a proteger la persona y el trabajo, a garantirles la **asistencia necesaria durante la juventud, la vejez o en caso de incapacidad o accidente** del trabajo".

2. La Constitución de Polonia de 1921, que puso tanto énfasis en la garantía de la propiedad privada, contiene varias normas que señalan la transformación del concepto de este derecho:[2]

   Art. 99: Solamente la ley determina en qué medida el Estado podrá reservarse la propiedad exclusiva de ciertos bienes, en interés de la colectividad, y las restricciones que podrán ser establecidas, por razones de orden público, al derecho de los

[1] Dana Montaño, Salvador M., *Justicia Social y Reforma Constitucional*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1948, p. 53.

[2] Dana Montaño, Salvador M., *op. cit.*, p. 110.

individuos y de las asociaciones lícitas para disponer libremente de la tierra, de las aguas, de los minerales y de las otras riquezas naturales. **Dada la importancia de la tierra para la vida de la Nación y del Estado la ley podrá someter su comercio a ciertas restricciones. Las leyes determinarán la medida en la que el Estado tiene derecho de proceder al rescate forzoso de la tierra y a regular su transferencia**, inspirándose en el principio de que la estructura agraria de Polonia debe estar fundada sobre unidades agrícolas capaces de proporcionar una producción normal [...].

3. La Constitución del Estado libre de Dantzig, de 1922, establecía:

   Art. 111: **El suelo, con sus recursos y sus riquezas, será sometido a un régimen legal de manera que impida cualquier abuso** y que proporcione a cada familia de la ciudad libre la posibilidad de crearse un hogar familiar... En esta legislación de los hogares familiares se tendrá especialmente en cuenta a las **familias numerosas, a los inválidos de la guerra y a los accidentados del trabajo**. La plusvalía inmotivada que se produce sobre un bien raíz sin gasto de trabajo ni de capital, debe aprovechar a la comunidad.

   Art. 112: En virtud de una ley especial y previa indemnización, **pueden ser transferidas empresas económicas al dominio público** en la medida que el interés público lo exija.

4. La Constitución de Lituania de 1928 contenía esta norma: "Art. 91. La propiedad raíz se basa sobre el principio de la propiedad privada. El Estado conserva el derecho de **regularizar la posesión territorial** de tal manera que se creen condiciones propicias para una producción regular en el dominio de la economía agraria, y en particular, para el progreso de las propiedades pequeñas y medianas.

5. La Constitución de la República española de 1931, en su artículo 44 establecía:

   Toda la riqueza del país, sea quien fuere el dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos **la propiedad podrá ser socializada**. Los servicios públicos y las explotaciones que

afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas, cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional [...].

6. La Constitución francesa de 1946, que consagra el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, consigna su preámbulo la siguiente excepción: "Todo bien o empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho **deberá convertirse en propiedad de la colectividad**". Las nacionalizaciones de empresas realizadas en Francia, con la orientación y criterio relatados precedentemente, se fundaron en esta cláusula.[3] Esa parte de la constitución aún está vigente por la remisión que a él efectúa el preámbulo de la constitución de 1958.

7. La Constitución italiana de 1947 contiene un amplio catálogo de derechos y principios sociales, comenzando, a modo de pórtico, con el artículo 1: "Italia es una República democrática fundada en el trabajo [...]".

   Art. 2: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea **en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad**, y exige el cumplimiento de los **deberes** inderogables de solidaridad política, económica y social.

   Art. 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma **dignidad social**... Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

   Art. 4: La República reconoce a todos los ciudadanos el **derecho al trabajo** y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho...",

   Norma que se complementa con el artículo 35: "La República protegerá el trabajo en todas sus formas y aplicaciones [...]".

   Art. 36: E1 trabajador tendrá derecho a una **retribución proporcionada** a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa. Se determinará por la ley la **duración máxima de la jornada** de

[3] Dana Montaño, S. M., *op. cit.,* p. 121.

trabajo. El trabajador tendrá derecho al **descanso semanal y a vacaciones** anuales pagadas y no podrá renunciar a estos derechos.

Art. 37: La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador… Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y **asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada**... La República protegerá el trabajo de los menores […].

Art. 38: Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la **asistencia social**. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario […].

Art. 39: La **organización sindical** será libre y democrática.

Art. 40: El derecho de **huelga** se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen.

Además de esas normas relacionadas con el trabajo, contiene severos principios relativos al derecho de propiedad. Así, en su artículo 42 establece: "La propiedad privada es reconocida por la ley, que determina los modos de adquisición, de goce y los límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible para todos". También admite la expropiación de "determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieren a **servicios públicos esenciales o a fuentes de energía** o a situaciones de monopolio, y tengan carácter de preeminente interés general" (art. 43).

Consagra además el propósito de "conseguir la racional explotación del suelo" para lo cual da amplios poderes al Estado (art. 44) .

8. Constituciones del Perú:

La carta magna de 1920 en su artículo 40 establecía[4]: "La ley, por razones de interés nacional puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad…" Y el 42 ordenaba que "La **propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado**…". El artículo 47 se dedicaba al trabajo y establecía que

[4] *Cfr.* García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 2006, t. II, p. 91.

el Estado legislaría sobre: **seguridad, salud, higiene, condiciones, salarios mínimos, indemnización de accidentes**, etc. Se establecía, asimismo, el arbitraje para la solución de conflictos sociales (arts. 48 y 49), se limitaban los intereses en los préstamos (art. 51) y se consagraba la obligatoriedad de la educación primaria (art. 53).

La constitución de 1933 establecía los siguientes principios en materia de derecho de propiedad: "Art. 31: La propiedad cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan".

Art.34: **La propiedad debe usarse en armonía con el interés social**. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.

Art. 35: La ley, puede, por razones de interés nacional, **establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y la transferencia de determinadas clases de propiedad**, sea por su naturaleza, o por su condición en el territorio.

Art. 37: Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general **todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado** salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad, o en usufructo, a los particulares.

Art. 38: El Estado, puede, en virtud de una ley, tomar a su cargo o **nacionalizar los transportes terrestres, marinos o fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos** de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes.

Art. 47: El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, **expropiar tierras** de dominio privado, especialmente las no explotadas, **para subdividir o para enajenarlas** en las condiciones que fije la ley.

9. Constituciones de Brasil:

La constitución de 1934, en su artículo 115 eseblecía: "El orden económico debe ser organizado conforme a los principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional, de modo que posibilite a todos una **existencia digna**. Dentro de estos límites, se garantiza la libertad económica". Los nuevos principios de justicia a que se referían los artículos que integraban el título IV de la Constitución de 1934 eran los siguientes: (i) El trabajo es un **deber social**; (ii) el derecho a subsistir con el fruto de su trabajo es garantido por el Estado; (iii) el contrato

de trabajo es materia de régimen constitucional; (iv) existe el derecho de afiliarse libremente a un sindicato, pero sólo se reconocerá a uno de ellos como representante legal del gremio o profesión ante el gobierno; (v) la justicia del trabajo atenderá los conflictos del trabajo; (vi) se declaran ilegales las huelgas y los lockouts.[5]

La constitución de 1946, ampliando los términos de la de 1934, prescribió en su artículo 145 que "el orden económico debe ser organizado de acuerdo con los principios de **justicia social**, conciliando la libertad de iniciativa con la valorización del trabajo humano". Las posibilidades de implantación de una economía dirigida, hállanse más definidas aun en el artículo 146, que consagra el principio de la intervención estatal, al establecer: "Es reconocida a la Unión, mediante ley especial, **la facultad de intervenir en el dominio económico y de monopolizar determinada industria o actividad económica**".[6] Como puede advertirse, esa fórmula se ha inspirado en la constitución de Weimar de 1919 (art. 151). El artículo 147 establece: "El uso de la propiedad será condicionado al bienestar social. La ley podrá… promover la justa distribución de la propiedad, con igual oportunidad para todos". Y el artículo 156 prescribe la adquisición de pequeñas parcelas de tierra por parte de quienes las trabajaron durante diez años.

10. La Constitución colombiana de 1936 en su artículo 30 declara:

Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. **La propiedad es una función social que implica obligaciones.** Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de

[5] *Cfr. Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social,* Río de Janeiro, 1943, vol. I, p. 186; cit. por Dana Montaño, S. M., *op. cit.,* p. 56.

[6] Ribeiro Netto, A. A., *Tendencia Omnipotente de la nueva Constitución brasileña en La Prensa* de Buenos Aires del 17-IX-1946, cit. por Dana Montaño S., *op. cit.*

equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

11. La Constitución de Bolivia, de 1938 en su artículo 106 establece que "El régimen económico debe responder esencialmente a principios de **justicia social**, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano". Además prevé, en el artículo 72, que: "La propiedad es inviolable **siempre que llene una función social**". La Constitución de 1945 modificó esta última norma de este modo: "Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. **La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando llene una función social**, calificada conforme a la ley previa indemnización justa". En su constitución de 1945 también aparece un capítulo denominado "Régimen Social".

12. La Constitución cubana de 1940 contiene en sus arsículos 60 a 86 una extensísima regulación de derechos sociales, bajo el título "Del trabajo y de la propiedad", en el cual regula: la obligación del Estado de proveer trabajo, salario mínimo, comisiones paritarias, inembargabilidad del salario, igualdad de remuneración, seguro social a cargo de instituciones con representación de trabajadores, de empleadores y del Estado, jornada máxima, prohibición de trabajo de menores, descanso anual pago, protección de la trabajadora casada y de la maternidad, derecho a constituir sindicatos, derecho de huelga, despido con justa causa, viviendas baratas, etc. En cuanto a la propiedad, reconoce en su artículo 87 "la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social…". Declara en el artículo siguiente que "el **subsuelo pertenece al Estado**, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la ley". En el artículo 91 encontramos una norma muy particular: "El padre de familia que habite, cultive y explote directamente una finca rústica de su propiedad, siempre que el valor de ésta no exceda de dos mil pesos, podrá declararla con carácter irrevocable como **propiedad familiar**, en cuanto fuere imprescindible para su vivienda o subsistencia y quedará exenta de impuestos y será inembargable e inalienable, salvo por responsabilidad anterior a esta constitución…".

13. La constitución de Costa Rica fue reformada por Ley 24 del 2 de julio de 1943, que introdujo elementos propios del constitucionalismo social en las siguientes disposiciones:

Art. 29. La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley… Por motivos de necesidad pública podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, **imponerle a la propiedad limitaciones de interés social**.

Art. 51. El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia base de la Nación; asegurando **amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido** y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Art. 52. **El trabajo es un deber social** y gozará de la especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzos y aptitudes.

Art. 53. Todo trabajador manual o intelectual tendrá derecho a un sueldo o **salario mínimo** que cubra las necesidades de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual será fijado periódicamente, atendiendo a las modalidades de su trabajo y a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad […].

Art. 54. La **jornada ordinaria de trabajo** no podrá exceder de ocho horas en el día y de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados […] Todos los trabajadores manuales e intelectuales tendrán derecho a **vacaciones anuales pagadas**, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la ley, pero cuyo monto no podrá ser fijado en una proporción menor de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo.

Art. 55. Tanto Los patronos como todos los trabajadores podrán **sindicalizarse** libremente […].

Art. 56. Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la **huelga** salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Art. 57. Tendrán fuerza de ley las convenciones y **contratos colectivos de trabajo** que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores […].

Art. 59. El Estado auxiliará la construcción de **casas baratas para los trabajadores** urbanos y creará el patrimonio familiar para el trabajador campesino.

Art. 60. Todo patrono debe adoptar en sus empresas las condiciones necesarias para la **higiene y seguridad del trabajo**.

Art. 62. A trabajo igual y en idénticas condiciones, corresponderá un **salario o sueldo igual** sin distinción de personas ni de sexos. El trabajador campesino gozará de los mismos derechos vitales que en el trabajador urbano [...].

Art. 63. Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulador por el sistema de triple contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de **enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte** y demás contingencias que la ley determine [...] Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Art. 64. Habrá una **jurisdicción especial de trabajo** para mejor resolver los conflictos que se deriven de las relaciones entre patronos y trabajadores. Todos los Tribunales de Trabajo dependerán del Poder Judicial y la ley determinará su número y organización; en su mayor parte se integrarán por un representante del Estado, quien los presidirá, y por un representante de los patronos y otro de los trabajadores.

Art. 65. Los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye **otros que se deriven del principio cristiano de Justicia Social**, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

14. La Constitución ecuatoriana de 1945 establecía en su artículo 146:

    El régimen de la vida económica debe responder a principios de **justicia social** y tender a liberar de la miseria a los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna. La propiedad, por tanto, crea obligaciones sociales y, en consecuencia, la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad.

15. La Constitución de Guatemala de 1945 dispone:

    Art. 22. Es función del Estado conservar y mejorar las condiciones generales de la Nación, procurar el **bienestar de sus habitantes** e incrementar la riqueza mediante la creación y el fomento de instituciones de crédito y previsión social.

    Art. 55. **El trabajo es un derecho del individuo y una obligación social. La vagancia es punible**.

Art. 56. El capital y el trabajo, como factores de la producción, deben ser protegidos por el Estado.

Art. 57. El Estado empleará los recursos que estén a su alcance para **proporcionar ocupación a todo el que carezca de ella**, y asegurarle las condiciones económicas necesarias a una existencia digna.

Art. 58. Las leyes que regulen las relaciones entre el capital y el trabajo, atenderán a las circunstancias económicas y sociales del país, a las condiciones y costumbres particulares de cada región y a las características y posibilidades de las diversas clases de actividades. Respecto de los trabajadores agrícolas, el Estado tomará en cuenta las condiciones y necesidades de aquéllos, las zonas en que laboran y las demás circunstancias peculiares de esta clase de trabajo. Son principios fundamentales… 9. La reglamentación de **los derechos de huelga y de paro**.

Art. 60. En los **accidentes y enfermedades profesionales** que sufran los trabajadores con motivo de sus labores o en ejercicio de ellas, o a consecuencia de su profesión, los empresarios serán responsables, salvo los casos de intención manifiesta de la víctima, fuerza mayor extraña al trabajo, accidentes ocurridos a trabajadores que realizan por cuenta del patrono trabajos en su domicilio particular, y accidente debido a comprobado estado de embriaguez de la víctima.

Art. 72. **La familia, la maternidad y el matrimonio**, tienen la protección del Estado, quien velará también, en forma especial, por el estricto cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivan.

Art. 90: El Estado reconoce la existencia de la **propiedad privada** y la garantiza como **función social**, sin más limitaciones que las determinadas en la ley, por motivos de necesidad o utilidad públicas o de interés nacional". El artículo siguiente declara: "Quedan prohibidos los latifundios. La ley los califica y consignará las medidas necesarias para su desaparición. Los latifundios existentes por ningún motivo podrán ensancharse, y mientras se logra su redención en beneficio de la colectividad, serán objeto de gravámenes en la forma que determina la ley. El Estado procurará que la tierra se reincorpore al patrimonio nacional.

16. Constitución de la República de Panamá, de 1940, reformada el 1 de marzo de 1946

Art. 45. Se garantiza la propiedad adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales, la cual no podrá ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores. **La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar**.

Art. 65. La Ley establecerá la manera de ajustar periódicamente el salario o sueldo mínimo con el fin de **mejorar el nivel de vida del trabajador** y en atención a las particularidades de cada región y de cada actividad industrial, comercial o agrícola... El mínimo de todo salario o sueldo es inembargable, salvo las obligaciones alimenticias en la forma que establezca la Ley. Son también inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores.

Art. 66. A trabajo igual, en idénticas condiciones, corresponde siempre **igual salario** o sueldo, cualesquiera sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo o de nacionalidad.

Art. 67. Se reconoce el **derecho de sindicación** a los patronos, empleados, obreros y profesionales de todas clases para los fines exclusivos de su actividad económico-social.

Art. 68. Se reconoce el **derecho de huelga y de paro**. La Ley reglamentará su ejercicio y podrá someterlo a restricciones especiales en los servicios públicos que ella determine.

Art. 69. La **jornada máxima** de trabajo diurno es de ocho horas y la semana laborable hasta de cuarenta y ocho horas. La jornada máxima nocturna no será mayor de siete horas. Las horas extraordinarias serán renumeradas con recargo.

Art. 71. Se protege la **maternidad obrera**. La mujer en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo por esta causa. Durante las seis semanas que preceden al parto y las ochos que le siguen, gozará de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.

17. Constitución de la República de Haití de 1946

Art. 17. ... **la propiedad impone igualmente obligaciones**. Su uso debe ser en el interés general. El propietario terrateniente tiene, con respecto a la Comunidad, el deber de cultivar, explotar y proteger el suelo, principalmente contra la erosión.

La sanción de esta obligación está prevista por la ley.

Art. 19. Todo trabajador tiene el derecho de participar, por intermedio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo. Todo trabajador tiene derecho al **descanso y a las vacaciones**. Todo hombre tiene derecho de defender sus intereses por la **acción sindical**. Cada uno se adhiere al sindicato de sus actividades profesionales o no se adhiere a ninguno. El **asueto anual** pago es obligatorio.

18. La Constitución de Venezuela, de 1947, contiene interesantes disposiciones desde su *Declaración preliminar*, donde consagra

a **la justicia social**, junto con la dignidad humana, como uno de los pilares del accionar del Estado. Contiene un profuso capítulo sobre los deberes y derechos individuales y sociales en lo relativo a la economía nacional.

> Art. 65: La Nación garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su **función social**, la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Agrega que

> La ley podrá establecer prohibiciones especiales para la adquisición, transferencia, uso y disfrute de determinadas clases de propiedad, sea por naturaleza, por su condición, o por su situación en el territorio nacional.
>
> Art. 67: El Estado atenderá a la defensa y conservación de los **recursos naturales** del territorio venezolano, y reglamentará el uso, goce y aprovechamiento de aquéllos, de acuerdo con los fines anteriormente citados.

Es necesario destacar un texto constitucional precursor sancionado en este país en 1812, en la provincia de Barcelona, en el cual se incluían normas protectoras del trabajo un siglo antes que en el resto del mundo.[7] Su artículo 13 ordenaba al legislativo la sanción

> [...] de una ordenanza que arregle con equidad los jornales de los operarios libres, que detalle las horas del trabajo diario, que castigue con severidad la falta de cumplimiento de sus compromisos, y a los labradores, de que no les faltarán los brazos convenientes para sus empresas, ni serán engañados por aquellos, variando las reglas según las exigencias de los tiempos y de las circunstancias.
>
> El artículo 23 de esa carta se refería a la seguridad social: "Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe proveer la subsistencia a los ciudadanos miserables, ya sea proporcionándoles ocupación, y asea asegurando los medios de existir a los que no pueden trabajar".

19. La Constitución de la República Dominicana de 1947 consagra el derecho de propiedad como inherente a la personalidad humana", pero agrega que la propiedad "podrá ser tomada por causa debidamente justificada de **utilidad pública o interés social**, y previa justa indemnización. En casos de calamidad pública, la indemnización podrá no ser previa".

[7] Caldera, Rafael, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1957, p. 129.

Art. 6. Se consagran como inherentes a la personalidad humana: [...] 2. La libertad del trabajo, quedando prohibido, en consecuencia, el establecimiento de monopolios en beneficio de particulares. La ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la **jornada máxima** de trabajo, los días de **descanso y vacaciones**, los sueldos y **salarios mínimos** y sus formas de pago, los **seguros sociales**, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias a favor de los trabajadores.

20. La Constitución de la República de Nicaragua del 21 de enero de 1948

Art. 58: [...] A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de la sentencia judicial o por causa de utilidad pública o de **interés social calificado de conformidad con la ley** y previa justa indemnización que corresponderá determinar a la autoridad judicial [...]".

Art. 60. El derecho de propiedad, en cuanto a su ejercicio, está sometido a las **limitaciones que impone el mantenimiento y progreso del orden social**. En armonía con este principio, la ley podrá gravar la propiedad con obligaciones o servidumbres de utilidad pública, y podrán dictarse las leyes pertinentes para regular las cuestiones del inquilinato y arrendamiento.

Art. 62, que dice: Por motivo de interés público o social la ley puede establecer restricciones o prohibiciones para la adquisición y transferencia de determinada clase de propiedad en razón de su naturaleza, condición o situación en el territorio.

Art. 63: "Para fines de interés general podrá el Estado **intervenir en la explotación y régimen de las empresas de servicio público y aún nacionalizarlas**, previa indemnización en este último caso".

"Art. 70. A los padres sin recursos económicos les asiste el derecho de impetrar el auxilio del Estado para la educación de la prole.

Art. 80: "Se prohíbe la usura[...].

En un muy extenso artículo 83 se prevén, en doce incisos y con un grado de detalle impropio de un texto constitucional, las reglas que rigen el trabajo: descanso semanal y anual, jornada máxima, salario mínimo, indemnización de accidentes, protección de mujeres y niños, asistencia médica, trabajo nocturno, inembargabilidad de sueldo, protección contra despido arbitrario, preaviso, etc.

Art. 85. El Estado establecerá el Instituto Nacional del Seguro Social. La Ley regulará la forma de establecer el Fondo de Seguros a favor de los asalariados mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón para cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación".

21. Si bien cuentan con una regulación más escueta, también encontramos rasgos propios del constitucionalismo social en las constituciones de Chile de 1925, Uruguay de 1932 (con sus reformas de 1938, 1942, 1952, etc.), El Salvador de 1939, Paraguay de 1940, etcétera.

2. El derecho internacional

El derecho internacional, por su parte, no permaneció ajeno a la cuestión social y a los problemas de ella derivados. Desde principios del siglo XX, en forma paralela y simultánea al proceso del constitucionalismo social, aparecieron las primeras normas del DIP directamente aplicables al individuo.

a) En 1906 se celebran dos tratados internacionales regulatorios del trabajo nocturno de las mujeres y de la utilización de ciertas sustancias tóxicas en el trabajo[8], antecedentes inmediatos de la labor iniciada en 1919 por la Oficina Internacional del Trabajo, predecesora, a su vez, de la OIT.

b) La OIT fue creada en 1919[9], en el Tratado de Versalles, que puso fin a la primera guerra mundial. Su preámbulo expresa la preocupación que existía en la comunidad internacional por la cuestión social: "…la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales…".

En el marco de esta organización se celebraron cantidad de conferencias, tanto a nivel global como regional. Para citar solo un ejemplo de los documentos emanados de ellas mencionaremos la de Buenos Aires de 1961 en la que se propició: asegurar a los trabajadores una justa remuneración y adecuadas condiciones de trabajo y eficientes sistemas de relaciones obrero-patronales.

c) En el Pacto de la SDN, creada en el mismo Tratado de Versalles, el artículo 23 se refería a *"condiciones de trabajo equitativas y humanas... tratamiento justo a los habitantes nativos.... combatir las enfermedades"*.

---

8 Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, p. 7.

9 El texto original de esta Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado en 1934, 1946, 1954, 1963 y 1974.

d) La Carta de la ONU, de 1945, también contiene ciertos principios básicos:

(i) En el Preámbulo se declaró que los pueblos de la ONU están resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

(ii) En el artículo 55 se estableció que la ONU promoverá: niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social y la solución de problemas económicos, sociales y sanitarios.

(iii) Asimismo se creó un Consejo Económico y Social que, según el artículo 68, establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos

e) La Declaración de los Principios Sociales de América, de 1945,[10] luego de proclamar que "*el hombre debe ser el centro de interés de todos los esfuerzos de los pueblos y de los gobiernos*", propugnó la cooperación internacional para la solución de los problemas sociales, mejorando, para tal efecto las condiciones materiales de existencia de las clases trabajadoras. Recomendó la sanción de una legislación social que proteja a los trabajadores, en especial en cuanto al salario, jornada, descanso, trabajo de mujeres y menores, riesgos del trabajo, previsión, asistencia y seguridad social, seguro social, derecho de asociación, de concertar convenios colectivos de trabajo y de huelga.[11]

f) La Carta de la OEA, de 1948, contiene un extenso capítulo dedicado a normas económicas y sociales, en el cual se vincula el desarrollo económico a la justicia social. El artículo 30 se refiere a la justicia social internacional y al desarrollo económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico; y el artículo 34 propone la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, nutrición adecuada, vivienda adecuada, etcétera.

g) En la DADDH, de 1948 (con jerarquía constitucional en la Argentina) se protege a la mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, se consagra el derecho al trabajo en condiciones dignas, al descanso, a la seguridad social, etcétera.

[10] Aprobada por la Conferencia Interamericana de la Guerra y de la Paz en Chapultepec (México), el 7 de marzo de ese año.

[11] Tissembaum, M. R., *op. cit.*, p. 198.

i) En la DUDH de 1948 (también con jerarquía constitucional en nuestro país) hay normas referidas a la cuestión social: En el Preámbulo hay referencias a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida, en el artículo 22 se incluye el derecho a la seguridad social, en el 23 el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, igual salario por trabajo igual, derecho a fundar sindicatos, derecho al descanso, etcétera.

j) En 1966 bajo los auspicios de la ONU se adoptó el PIDESC, que entró en vigor en 1976 y fue elevado a jerarquía constitucional en la Argentina en 1994. Contiene una amplia protección de estos derechos. La clave de todo el sistema está en el artículo 2.1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas **hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En la observación general 3 (OG 3), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité de DESC) analizó el alcance de las obligaciones que surgen de esa norma y sostuvo: que debe ser interpretada de acuerdo con el principio de progresividad; el cual impone a los Estados obligaciones de comportamiento y de resultado que, aunque contempla una realización paulatina y considera posibles restricciones derivadas de la limitación de recursos, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, como la de no discriminación.

En cuanto al párrafo relativo a "*lograr progresivamente…la plena efectividad de los derechos*" la OG 3 indica que el pleno goce no podrá lograrse en un breve período y es aquí donde se reconoce una diferencia importante con el art 2 del PIDCP, que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar los derechos. En el PIDESC la *progresividad* implica admitir cierto margen de flexibilidad frente a las dificultades que pudiere enfrentar cada país para cumplir con su deber de asegurar la plena efectividad de los DESC.[12]

[12] Loianno, Adelina, "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 5.

El Comité también se refirió a la "*prohibición de regresividad*", según la cual el Estado debe evitar cualquier acción u omisión que implique retrotraer el nivel de goce o protección del que ya disfruten los individuos. Si hubiera necesidad de retrotraer la operatividad de los derechos, dicha medida debe justificarse cuidadosa y plenamente en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos disponibles (punto 9).

Los derechos contenidos en el PIDESC relacionados con el trabajo son:

(i) Derecho a trabajar libremente,
(ii) condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias,
(iii) salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres,
(iv) seguridad y la higiene en el trabajo,
(v) descanso, limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas
(vi) derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección
(vii) derecho a la seguridad social, incluso al seguro social
(viii) derecho a la protección a la familia, a las madres antes y después del parto
(ix) derecho a la protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.
(x) Derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda
(xi) Derecho a la educación: enseñanza primaria obligatoria y gratuita; secundaria y superior accesibles y progresivamente gratuitas
(xii) Derecho a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico
(xiii) A los sindicatos se les reconoce el derecho a formar federaciones o confederaciones, a funcionar sin obstáculos, el derecho de huelga

k) El artículo 26 del PSJCR va en el mismo sentido que el PIDESC: los Estados se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA *"en la medida de los recursos disponibles"*.

l) En 1988, bajo los auspicios de la OEA se firmó el Protocolo adicional al PSJCR en materia de derechos económicos, sociales y

culturales[13], conocido como "Protocolo de San Salvador", análogo al PIDESC pero con aplicación únicamente en el continente americano

3. El Problema de la efectividad de los DESC

a) El gran problema de estos derechos es la carencia de mecanismos efectivos para lograr su efectividad. ¿Cómo se hace para obligar al Estado a que le garantice a una persona determinada el derecho al bienestar?... ¿o el derecho a una vivienda digna?...

Lo primero que hay que tener en cuenta es que los DESC son derechos distintos de los civiles y políticos. Es por ello que, por ejemplo, la constitución española no los llama "derechos" sino "*principios rectores de la política social y económica*" y hay autores que los llaman "los derechos por analogado"[14].

La segunda premisa es que, como afirma Bidart Campos, no son sólo los jueces los que deben poner fin a la inacción estatal en esta materia, sino que, en virtud de la fuerza normativa que tiene la constitución, se deben poner en ejercicio otros mecanismos democráticos para generar que los funcionarios del Estado cumplan con estos derechos, tales como:

- la revocatoria popular de los mandatos,
- el juicio político,
- la iniciativa legislativa popular,
- las gestiones de los Ombudsman,
- y —como último resorte— la decisión del electorado a través del voto para no elegir ni reelegir a funcionarios remisos en esta materia.[15]

El Comité de DESC, en la OG 3 ya referida, sostuvo que, si bien las medidas legislativas pueden ser indispensables, no agotan las obligaciones del Estado, sino que además deben existir mecanismos jurisdiccionales efectivos que permitan acceder a los derechos contenidos en el Pacto. Agregó que "*...parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables*".

---

13 Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General Argentina lo firmó en 1988 y ratificó en 2003.

14 Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* Buenos Aires, Ediar, 1995, cap. 32, *passim*.

15 *Idem*.

b) La ejecutabilidad de los DESC siempre deriva en el tema de la inconstitucionalidad por omisión, es decir: qué facultades y qué mecanismos pueden utilizar los jueces para compeler a las ramas políticas del gobierno que están en mora con el cumplimiento de las obligaciones en esta materia, a que adopten las medidas necesarias para ayudar a los que menos tienen, para reducir la pobreza, la marginalidad, la cantidad de gente en situación de calle, sin trabajo, etc.

c) En los casos en que los tribunales han procurado efectivizar derechos sociales, han sido comunes las sentencias exhortativas, es decir aquellas en las cuales el poder judicial insta, aconseja, promueve o sugiere, la actuación de los demás poderes (ejecutivo y legislativo) para que adopten las medidas necesarias (legislativas o de otro carácter) para hacer efectivos los derechos económicos y sociales

d) En derecho comparado se han ido ideando, a lo largo del tiempo, distintos mecanismos para superar el problema de la ejecutabilidad de estos derechos:

(i) *Los mandamientos de ejecución:* se trata de normas que permiten a los jueces ordenar a los funcionarios la ejecución de determinadas medidas de las cuales depende el goce de un derecho económico o social. En algunos países se hallan legisladas expresamente, mientras que en otros dependen del activismo judicial y del coraje de los jueces para dictarlas. En Perú está contemplado en el artículo 200.6 de la constitución de 1993 y en Brasil en el artículo 5, apartado LXXI ("*mandato de injuçao*"). En nuestro país se destacan como ejemplos de este mecanismo las normas contenidas en las constituciones de Río Negro (art. 44), Chubut (art. 58) y Santa Cruz (art. 18), según las cuales, cuando una norma impone a un órgano del Estado un deber concreto, toda persona en cuyo interés debe ejecutarse ese acto puede demandar a la justicia su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria, dictará la orden de ejecución.

(ii) El derecho a no ser discriminado fue utilizado también como herramienta para garantizar los DESC. En los casos "*Broeks*"[16] y "*De Vries*",[17] el Comité de Derechos Humanos de la ONU dispuso que la legislación holandesa sobre seguro social discriminaba a la mujer

[16] Comunicación 172/1984, cit. por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Del Puerto, 1997, pp. 283 y ss.

[17] Comunicación 182/1984

casada porque, para otorgarle una pensión por desempleo, le exigía requisitos que no eran exigidos a los hombres

(iii) El derecho al debido proceso también sirvió para paliar situaciones de pobreza en el caso "*Airey*",[18] donde la Corte Europea DH entendió que la legislación sobre divorcio vigente en Irlanda impedía que personas de escasos recursos accedieran a él. En el caso, aún cuando no era necesario el patrocinio letrado, la complejidad del proceso y los altos costos de los abogados implicaban una discriminación en razón de la fortuna y una lesión al derecho al debido proceso. Asimismo, en el caso *Salesi vs. Italia*[19] la Corte Europea DH sostuvo que los principios del debido proceso se deben aplicar también a los trámites relativos a la seguridad social, a fin de facilitar la concesión de beneficios asistenciales a personas de escasos recursos.

(iv) Los subsidios: es cuantiosa la jurisprudencia de los tribunales de distintos países que, frente a situaciones de desamparo de familias que viven en las calles, ordenaron al Poder Ejecutivo local (es decir, provincias, municipios, alcaidías, comunas, etc.) la entrega de un subsidio con el fin de garantizar el derecho a una vivienda digna, para que esa familia pueda alquilar alguna habitación.

(v) Es de destacar incluso un caso en el cual, frente a una situación de indigencia extrema, un juez argentino ordenó a un supermercado la entrega de mercaderías a una familia y el pago de la factura de esos productos al municipio donde ello ocurrió

4. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Del Puerto, 1997.

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* Buenos Aires, Ediar, 1995.

Caldera, Rafael, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1957.

Constitucionalismo Social, Buenos Aires, Astrea, 2016.

[18] CEDH 9/10/79 serie A, núm. 32

[19] CEDH, 26/2/93, Serie A, núm. 257-E.

Dana Montaño, Salvador M., *Justicia social y reforma constitucional*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1948.

García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 2006.

Loianno, Adelina, "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 5.

Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997.

Ribeiro Netto, A. A., *Tendencia Omnipotente de la nueva Constitución brasileña en La Prensa* de Buenos Aires del 17-IX-1946.

Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Javier Mariezcurrena y Pablo Rovatti**

Sumario: 1. Introducción. 2. Regulación de la prueba en la corte interamericana. 3. Valoración de la prueba en casos de violación sexual. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

1. Introducción

En agosto de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó dos sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú,* ambos contra México. En el primero de ellos, el Tribunal de San José consideró probado "que la señora Fernández Ortega fue víctima de una violación sexual cometida por un militar ante la presencia de otros dos militares que observaban su ejecución, cuando ella se encontraba en su casa".[1] En el segundo caso, el Tribunal determinó que "la señora Rosendo Cantú fue víctima de actos constitutivos de violación sexual, cometidos por dos militares en presencia de otros seis mientras se encontraba en un arroyo al que acudió a lavar ropa en las cercanías de su casa".[2]

El tribunal interamericano señaló que esos hechos constituyeron una violación a la integridad personal de las dos víctimas y, más especí-

* Javier Mariezcurrena: abogado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, y graduado *summa cum laude* en la Maestría en Derecho Internacional de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Abogado Senior en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Pablo Rovatti: abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires y especialista en Derecho Penal. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la materia Garantías Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal.

1 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 116.

2 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México***.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216, párr. 106.

ficamente, actos de tortura.[3] Adicionalmente, la Corte regional encontró al Estado responsable por la violación, entre otros, de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial —todos ellos reconocidos en la Convención Americana— y determinó, además, que el Estado incumplió diversos deberes establecidos en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en perjuicio de ambas víctimas.[4]

Posteriormente, la Corte Interamericana volvió a juzgar un caso de violación sexual en el caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*.[5] El Tribunal regional concluyó que Estado violó la integridad personal de la señora Espinoza Gonzáles mediante diversos actos de tortura y de violencia sexual, incluyendo violación sexual, mientras se encontraba privada de libertad en instalaciones de fuerzas de seguridad.[6] Al igual que en los casos antes mencionados, la Corte determinó que el Estado violó también, entre otros, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en la Conven-

[3] En términos más específicos, la Corte Interamericana concluyó que el Estado fue responsable "por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer […]"; **C**orte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra*. párr. 131, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 121.

[4] Cabe recordar que, en ambos casos, el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional respecto de ciertos hechos relacionados, entre otros, con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú.

[5] Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289. En el caso *J vs. Perú*, la Corte Interamericana concluyó que la víctima había sufrido violencia sexual pero no violación sexual, Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275, párr. 360.

[6] Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289. La Corte consideró que el Perú violó, en perjuicio de Gladys Espinoza, los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, e incumplió las obligaciones establecidas en los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura por los actos perpetrados en su contra en las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE en 1993. Además, en cuanto a los hechos de violencia y violación sexual, la Corte consideró también violados los arts. 11.1 y 11.2 de la Convención Americana. Adicionalmente, el Tribunal concluyó que Gladys Espinoza fue víctima de trato discriminatorio individualizado por su condición de ser mujer, en violación al art. 1.1 de la Convención, en relación con los arts. 5.1, 5.2 y 11 del mismo tratado, y los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

ción Americana e incumplió determinadas obligaciones establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.[7]

En este trabajo se abordarán algunas cuestiones sobre la valoración de la prueba realizada por el Tribunal regional, su relación con las reglas generales en materia probatoria de su Reglamento actual y de su jurisprudencia, así como las particularidades que se presentaron frente a hechos de violación sexual.

Con esa finalidad, se repasan —brevemente— algunas reglas generales que distinguen al régimen de la prueba propio del derecho internacional de los derechos humanos de aquel que se emplea en las jurisdicciones internas. Asimismo, se examina el modo en que la Corte Interamericana valoró la prueba en los casos mencionados, abordando aspectos tales como la prueba de la violación sexual cuando la víctima está bajo custodia del Estado o existe un patrón o práctica generalizada, la prueba de testimonio único, las posibles inconsistencias o discrepancias entre distintas declaraciones de la víctima de un hecho de violencia sexual, la distinción entre cuestiones de admisibilidad y cuestiones de credibilidad del testigo y de su relato. Finalmente, se aborda la pregunta acerca de si la Corte Interamericana estableció una regla de inversión de la carga de la prueba en los casos de violación sexual.

2. Regulación de la prueba en la Corte Interamericana

Uno de los aspectos más relevantes del litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que en los procesos judiciales internos, se relaciona con la prueba de los hechos, en este caso, que se alegan violatorios de la Convención Americana o de otros tratados que le otorgan competencia material al Tribunal de San José.

Naturalmente, un tratado general de derechos humanos como la Convención Americana no prevé regulaciones en materia probatoria de los procesos contenciosos que se desarrollan ante el Tribunal. Más aún, el Pacto de San José incluye, en general, muy pocas disposiciones sobre cuestiones relativas al procedimiento contencioso, las cuales están previstas en una breve sección de cuatro artículos. Notablemente, a pesar del título de esa

[7] Esto último debido al retardo injustificado para iniciar la investigación de los hechos ocurridos en perjuicio de la señora Espinoza Gonzáles. Adicionalmente, sobre la falta de investigación de los hechos, la Corte analizó, entre otras fallas y omisiones, que ni las declaraciones que se le tomaron a la víctima ni los informes médicos que se le practicaron cumplieron con los estándares internacionales aplicables en materia de prueba de tortura y violencia sexual. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, supra,* párrs. 287-288.

sección ("Procedimiento"), sus disposiciones no abordan cuestiones procesales sino que se refieren a la sentencia de fondo. En efecto, aquellas normas establecen que el fallo de la Corte Interamericana será motivado y que los jueces pueden emitir votos individuales, que la sentencia es definitiva e irrecurrible, que las partes pueden solicitar la interpretación de la sentencia, así como cuestiones sobre la notificación y el cumplimiento del fallo por parte de los Estados.[8]

Así como la Convención Americana no establece regulaciones sobre ofrecimiento, producción y valoración de la prueba, el Estatuto del Tribunal tampoco se refiere a aspectos probatorios. Salvo en los primeros años de trabajo de la Corte Interamericana, en los cuales tampoco existían disposiciones reglamentarias,[9] las cuestiones relativas a la prueba fueron incorporándose en sus sucesivos Reglamentos que, de manera creciente, fueron como todo el procedimiento ante el Tribunal, afianzando su judicialización y haciéndose más complejas.[10]

Este creciente desarrollo normativo en la regulación de los diversos aspectos del proceso interamericano —incluyendo las cuestiones relativas a la prueba— se evidencia en el Reglamento actual del Tribunal que, entre otras disposiciones, establece con mayor precisión y claridad: *a)* las cuestiones generales sobre el ofrecimiento de prueba —que, en términos generales, las partes deben hacer en sus primeras presentaciones—; *b)* el material probatorio a presentar por la Comisión Interamericana —el expediente del caso ante sí, las pruebas que recibió y la posibilidad de ofrecer prueba pericial cuando se afecte el interés público interamericano—; *c)* la presentación de la prueba si el caso es sometido por un Estado; *d)* el ofrecimiento de prueba de los representantes de las víctimas y la individualización de eventuales declarantes, testigos, ya sean víctimas o terceros,

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 66-69.

9 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 127: "La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia […]".

10 Abreu Burelli, Alirio, "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, vol. I, p. 113. En esa publicación señalaba: "[a]un cuando en las legislaciones nacionales abundan las disposiciones sobre prueba, como consecuencia del desarrollo en las últimas décadas del derecho procesal, son pocas las normas que regulan esta materia en los procesos ante los tribunales internacionales. Por ello, en la práctica del derecho internacional, se confiere un amplio margen de libertad a las partes para el ofrecimiento y presentación de las pruebas, y de discrecionalidad al tribunal, no solo para valorarlas, sino para traerlas de oficio al proceso".

o peritos y los requisitos para que sean convocados; *e)* el ofrecimiento de prueba por parte del Estado, con la expresa mención de que la Corte Interamericana podrá considerar aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas; *f)* las pruebas respecto de excepciones preliminares, y *g)* la posibilidad de celebrar otros actos del procedimiento escrito antes de la audiencia pública.[11]

Asimismo, el Reglamento ordena diversas cuestiones relativas a la prueba que se produce en el marco de preparación de la audiencia pública y a los eventuales cuestionamientos y observaciones que las partes pueden realizar sobre las personas declarantes y el contenido de sus deposiciones. Entre otros aspectos, se regula el ofrecimiento definitivo de las personas que declararán en la audiencia (y quienes lo harán mediante una declaración escrita o *affidavit*), las facultades y el procedimiento para observar, impugnar o recusar a los declarantes de las contrapartes, la posibilidad limitada de sustituir declarantes, la citación de quienes declaren en la audiencia y la remisión de *affidavits*, la posibilidad de la contraparte de presentar preguntas para que responda quien declare mediante *affidavit,* así como el traslado de éstos.[12]

Adicionalmente, el Reglamento regula también la producción de prueba durante la propia audiencia; particularmente, las cuestiones relacionadas con la posibilidad de interrogar a los declarantes, de recibir declaraciones por medios audiovisuales, las consecuencias de incomparecencia o falsa deposición del testigo, entre otras.[13]

Otro de los aspectos centrales en la construcción del acervo probatorio tiene que ver con las reglas de admisión de las pruebas. A este respecto, aunque se establece la oportunidad de la presentación de las pruebas, se contempla la posibilidad de admitir, excepcionalmente, aquellas presentadas extemporáneamente por las partes, cuando concurran causas de fuerza mayor o impedimento grave o sean hechos posteriores a las oportunidades procesales previstas.[14]

Por otra parte, el Reglamento establece amplias facultades probatorias del Tribunal para procurar pruebas de oficio, las cuales incluyen la posibilidad de solicitar declaraciones, de requerir a las partes el suministro de

11 Todas las referencias respecto de la evolución normativa se hacen respecto del Reglamento actualmente vigente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arts. 35, 36, 40-43 y concordantes.

12 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arts. 46-49.

13 *Ibidem,* arts. 51-54.

14 *Ibidem,* art. 57.

alguna prueba, de requerir informes a cualquier entidad de su elección y de realizar medidas de instrucción en la sede de la Corte o fuera de ella.[15]

Finalmente, el Reglamento prevé cuestiones más generales que pueden tener relevancia en materia probatoria tales como la posibilidad de ordenar el cumplimiento conjunto de medidas —diligencias escritas u orales— en diferentes casos, la publicidad de los documentos y elementos de los casos resueltos y los deberes generales de cooperación de los Estados, así como las cuestiones relativas a gastos y a otras cargas que pesan sobre la parte proponente.[16]

En paralelo a la evolución normativa de las cuestiones probatorias, en sus decisiones, la Corte Interamericana fue desarrollando diversos aspectos relativos al ofrecimiento, la producción y la valoración de la prueba. El tratamiento de la prueba por parte del tribunal ha variado en diversos sentidos, desde lo formal hacia otros aspectos más sustanciales.[17]

Desde su primera sentencia de fondo en un caso contencioso, la Corte Interamericana estableció, luego de reconocer el vacío normativo que por entonces existía en la materia,[18] una serie de principios y reglas referidos a los diversos aspectos del régimen probatorio que, en gran medida y sin perjuicio de los cambios normativos, conservan vigencia en la actualidad.

Entre otros, cabe citar la opción por un sistema de libre evaluación de las pruebas —sana crítica— que descarta una determinación rígida del *quantum* de prueba necesario para fundar el fallo; la afirmación de que

15 *Ibidem*, art. 58.

16 *Ibidem,* arts. 30, 32, 26, 60 y concordantes.

17 Bovino, Alberto, "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, núm. 3, 2005, pp. 60-83. En este trabajo, el autor recoge las particularidades que presenta el sistema desarrollado "en su mayor parte, jurisprudencialmente" y estructura el análisis en cinco categorías: la especificidad de la actividad probatoria en el marco del derecho internacional de los derechos humanos; el modo en que se constituye el acervo probatorio; las reglas sobre carga de la prueba; el régimen o método de valoración y, finalmente, el estándar probatorio para demostrar los hechos constitutivos de violaciones de los derechos humanos. También, Abreu Burelli, *op. cit*., p. 114: "[a]demás de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos […] los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba en fecunda y reconocida creación del derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana —al igual que sus Estatuto y su Reglamento— ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia".

18 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra,* párr. 127.

los criterios de valoración de la prueba "son menos formales" que en los sistemas legales internos; la flexibilidad en materia de admisibilidad de las pruebas, incluso de las presentadas en forma extemporánea; el reconocimiento de la importancia en el proceso internacional de la prueba circunstancial, de los indicios y las presunciones, ante la ausencia —o como complemento— de la prueba directa; el estándar que afirma que la defensa del Estado no puede basarse exclusivamente en la imposibilidad del demandante de aportar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación de aquel; la aclaración de que el proceso internacional de los derechos humanos difiere del proceso penal interno, de la cual deriva, entre otras cosas, que la Corte Interamericana puede valorar el silencio del Estado demandado o su contestación elusiva o ambigua, como aceptación de los hechos de la demanda, "mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial".[19]

Como se observa, todas estas reglas, aun referidas a aspectos disímiles del régimen probatorio (criterios de admisibilidad, poderes o facultades de las partes y del tribunal; reglas de producción, método de valoración, estándar probatorio) se inspiran en principios comunes: el reconocimiento de la particularidad de la jurisdicción interamericana, de la "gravedad especial" de las violaciones de derechos humanos juzgadas y, fundamentalmente, del objeto y fin de "amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones".[20]

3. Valoración de la prueba en casos de violación sexual

3.1. Prueba de la violación sexual en el caso *Espinoza Gonzáles*

El caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú* se refiere a distintas formas de tortura, incluyendo violación sexual, perpetradas en el marco de una privación de libertad que tuvo la finalidad de obtener información sobre el secuestro de un empresario. Entre otros argumentos, el Estado señaló ante el Tribunal que a través de su ministerio público estaba llevando adelante la investigación penal para esclarecer los hechos y sancionar a los presuntos responsables de los supuestos actos de tortura y violencia sexual alegados. Asimismo, señaló que "[p]or el sólo hecho que el Informe Final de la [Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú] diga que en determinadas instalaciones, zonas del país o periodos de tiempo hubo abusos sexuales no se puede concluir que en toda detención por terrorismo ello ocurrió".

[19] *Ibidem,* párrs. 127-145.

[20] *Ibidem,* párrs. 129 y 134.

A fin de determinar los hechos que, según se denunciaba, habían afectado la integridad personal de la víctima, la Corte Interamericana comenzó por enumerar las pruebas documentales y testimoniales que consideraría: *a)* el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú; *b)* las declaraciones de la víctima rendidas en diversas oportunidades; *c)* los informes de las fuerzas de seguridad estatales responsables de la detención de la víctima; *d)* los certificados médicos y psicológicos, en su mayoría elaborados por médicos legistas del Estado y uno elaborado por una profesional ante la Corte Interamericana, y *e)* los testimonios de dos personas que declararon ante el Tribunal regional. Por otra parte, la Corte Interamericana tomó en cuenta, como un elemento de suma relevancia, la falta de investigación de los hechos denunciados por parte del Estado.[21]

Previo a examinar el acervo probatorio, la Corte Interamericana recordó algunos criterios generales relativos a la prueba de este tipo de casos. En cuanto a la prueba testimonial brindada por las víctimas señaló que aquellas "suelen abstenerse, por temor, de denunciar hechos de tortura y malos tratos, sobre todo si se encuentran detenidas en el mismo recinto donde ocurrieron" y que, además, no resulta razonable exigirles que manifiesten todos los malos tratos sufridos en cada oportunidad que declaran. Asimismo, el Tribunal recordó las especificidades de la prueba testimonial en casos de violación sexual, entre otros aspectos, el carácter fundamental de la declaración de la víctima con base, entre otros, en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*.[22]

Respecto de la prueba documental, la Corte recordó la obligación que recae en los Estados de realizar exámenes médicos de las personas detenidas que aleguen malos tratos, lo cuales deben realizados con la mayor diligencia y prontitud. Por otra parte, destacó el impacto que dicha prueba —más precisamente, su ausencia— puede tener en el cuadro probatorio al afirmar que el incumplimiento de aquella obligación, es decir, la falta de exámenes médicos o su realización sin observar los estándares aplicables, no pueden ser utilizados en perjuicio de la víctima para cuestionar la veracidad de sus dichos. Además, el Tribunal recordó que en los casos de agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la víctima, ya que no todos los casos de violencia sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes.[23]

En cuanto a la prueba en el caso concreto, la Corte Interamericana valoró el Informe Final de la CVR que se refiere al caso particular de la detención de la señora Espinoza Gonzáles y su pareja, así como las determinaciones ge-

[21] Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *supra,* párr. 148.

[22] *Ibidem,* párrs. 149 y 150.

[23] *Ibidem,* párrs. 151 a 153.

nerales que aquel órgano creado por el Estado había realizado respecto de la violación sexual en Perú en la época de los hechos. En particular, el Tribunal de San José, con base en ese informe, consideró probado que, por entonces, había una práctica generalizada de violencia sexual contra las mujeres que presuntamente estaban involucradas en el conflicto armado por parte de agentes estatales de las fuerzas de seguridad; que la Dirección Nacional Contra el Terrorismo —DINCOTE una de las fuerzas de seguridad que mantuvo detenida a la víctima— "fue señalada especialmente como un espacio donde la violación sexual se produjo reiteradamente" y que la violación sexual "fue una forma extendida de tortura". El Tribunal concluyó que era claro que lo declarado por la señora Espinoza Gonzáles sobre la violación sexual y demás formas de torturas sufridas "se condice a dicho patrón reseñado por la CVR" y que lo sucedido a la víctima era "consistente con dicha práctica generalizada".[24]

La Corte Interamericana también valoró los testimonios de la víctima quien brindó, al menos, diez declaraciones respecto de lo sucedido, tanto ante autoridades internas como ante el Tribunal de San José. Del examen de los testimonios, la Corte observó que si bien existían diferencias en la forma en que los hechos fueron relatados, en todas sus declaraciones la señora Espinoza Gonzales refirió haber sido víctima de tortura, incluyendo diversos actos de violencia y violación sexual y que había consistencia en sus relatos dado que "las circunstancias principales coinciden".[25]

En cuanto a la prueba documental consistente en los informes de las fuerzas de seguridad intervinientes en la detención, la Corte Interamericana observó que, respecto de las lesiones que presentaba la víctima —que esos informes atribuían a una colisión al momento de la detención entre los vehículos de la señora Espinoza Gonzáles y de los funcionarios policiales— no desvirtuaba lo relatado por la víctima, en tanto una eventual colisión no obstaba a que, posteriormente, hubiera sido golpeada por dichos funcionarios. Además en los informes solo se hacían referencias genéricas a "lesiones en diversas partes del cuerpo" resultantes de "una aparatosa caída" sin especificar la naturaleza o gravedad de las mismas.[26]

De mayor relevancia parece ser la valoración de otra prueba documental: los certificados médicos y psicológicos que se emitieron respecto de la presunta víctima por distintos profesionales —la mayoría estatales—, que daban cuenta de diversas lesiones. La Corte Interamericana observó que los exámenes médicos demostraban, de forma progresiva, en cada informe, que durante un mes fueron causadas nuevas lesiones en diferentes partes del

[24] *Ibidem,* párrs. 161 y 195.

[25] *Ibidem,* párrs. 159 y 161.

[26] *Ibidem,* párrs. 162 y 163.

cuerpo de la víctima, incluyendo en sus órganos sexuales. Las lesiones verificadas en los informes eran consistentes con lo declarado por la señora Espinosa Gonzáles sobre los golpes recibidos y, en particular, sobre la violación sexual.[27] El Tribunal regional valoró además, entre otros documentos, varios informes realizados por profesionales psicólogos. Uno de ellos, concluyó que la señora Espinoza Gonzáles había sufrido "tortura y violación sexual".[28]

Adicionalmente, la Corte valoró también la prueba testimonial, particularmente, las declaraciones de dos personas, el hermano de la víctima y de una mujer que estuvo detenida con ella, quienes se refirieron en general a las lesiones sufridas por la señora Espinoza Gonzáles. El tribunal valoró que sus declaraciones eran consistentes con las declaraciones de la víctima y con la prueba documental examinada.[29]

Por otra parte, sin perjuicio de las pruebas documentales y testimoniales señaladas, la Corte Interamericana valoró especialmente que el caso concreto los hechos ocurrieron en instalaciones bajo el exclusivo control estatal. Por ello, el Tribunal recordó los criterios comúnmente utilizados en la jurisprudencia internacional: a) en primer lugar, la posición de garante del Estado respecto de la integridad personal de aquellos que se encuentran bajo su custodia y, consecuentemente, b) la presunción que opera cuando una persona es privada de libertad en condiciones físicas normales y luego aparece con lesiones o afectaciones a la salud, circunstancia que obliga al Estado a proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido. El Tribunal destacó que la falta de investigación y sanción de los hechos impidió que el Estado pudiera dar una explicación respecto de los tratos recibidos por la víctima.[30]

Una circunstancia particular que la Corte valoró y sobre la cual llamó la atención es que la detención se realizó sin orden judicial y que no hubo control judicial de la privación de libertad por al menos treinta días, condiciones que "favorecen la conclusión de la ocurrencia de los hechos" denunciados por la víctima.[31]

Con base en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana encontró acreditado, entre otros hechos, que la señora Espinoza fue objeto de manoseos, penetración vaginal y anal con manos y, en este último caso, también con un objeto, entre otros actos violencia sexual y tortura.

27 *Ibidem,* párr. 167.

28 *Ibidem,* párrs. 169.

29 *Ibidem,* párrs. 173 a 176.

30 *Ibidem,* párrs. 177 y 178.

31 *Ibidem,* parr. 182.

En este caso, la prueba de la violación sexual sufrida por la señora Espinoza Gonzáles se sostuvo en sus testimonios y, adicionalmente, en tres aspectos importantes: en primer lugar, la existencia de exámenes médicos que acreditaban las lesiones producidas por la violación sexual; en segundo lugar, la existencia de un "patrón" o "práctica generalizada" de violación sexual en perjuicio de las mujeres detenidas por parte de las fuerzas de seguridad, particularmente de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo —DINCOTE—, en los cuales se encuadran los hechos del caso concreto y, en tercer lugar, que la violación sexual ocurrió cuando la víctima se encontraba detenida, un hecho de relevancia fundamental que modificaba la carga probatoria e imponía una presunción en contra del Estado, que —sin ninguna investigación y explicación de los hechos— no pudo desvirtuar.

La prueba de la violación sexual en este contexto resultó así menos compleja de la que se pueda dar en casos en que la víctima no se encuentra detenida bajo la custodia estatal, o en casos en que no se cuenta con informes médicos que acrediten el hecho, o en aquellos casos donde no existe o no hay prueba sobre la existencia de un patrón o una práctica generalizada bajo el cual el caso se puede encuadrar. Sobre esto último, es importante destacar el peso de aquellos aspectos que la Corte consideró probados: *a)* que la "[l]a *tortura* y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyeron una *práctica sistemática y generalizada* y se utilizaron como instrumento de la lucha contrasubversiva en el marco de investigaciones criminales por los delitos de traición a la patria y terrorismo […]", y *b)* que "se produjeron numerosos actos que configuraron *una práctica generalizada y aberrante de violación sexual* […] y otras formas de violencia sexual […], que afectó principalmente a las mujeres […]". Este contexto permitió a la Corte Interamericana determinar los hechos y valorar la prueba "no de manera aislada sino teniendo en cuenta la existencia de una práctica generalizada y sistemática de tortura y violencia sexual en contra de las mujeres en el Perú".[32]

3.2. Prueba de la violación sexual en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*

En los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* la existencia misma de las violaciones sexuales y que ellas fueran responsabilidad de agentes estatales eran hechos que se encontraban fuertemente disputados. En efecto, en ambos casos, el Estado sostuvo que no habían sido acreditados "el delito ni sus responsables" y, por ello, que no podía reconocer y aceptar que el derecho a

[32] *Ibidem,* párrs. 67 y 68 (las cursivas son nuestras).

la integridad personal y a la honra y a la dignidad hubieran sido violados en perjuicio de las víctimas. Además, México cuestionó los elementos mediante los cuales la Comisión Interamericana y los representantes consideraban probadas las violaciones sexuales.[33] Mas aún, en uno de los casos, añadió que la "determinación de la existencia de violación sexual escapa del ámbito de atribuciones de la Corte [Interamericana], ya que corresponde a los órganos internos de investigación. En el [...] caso las autoridades investigadoras no establecieron que [la señora Rosendo Cantú] hubiera sido violada a pesar de los esfuerzos realizados".[34]

En consecuencia, la Corte Interamericana, a fin de analizar los derechos convencionales que se argumentaban violados, debió comenzar por determinar los hechos probados relacionados con las alegadas violaciones sexuales y si del acervo probatorio podía derivarse la responsabilidad internacional del Estado.

3.2.1. El acervo probatorio: ¿caso de testigo único?

En otros ámbitos, especialmente en el derecho penal interno y, particularmente, en ciertos casos de violación sexual, muchas veces se debate el caso del "testigo único".[35] Bajo esta denominación se discute si la declaración de la propia víctima —en algunas ocasiones acompañada de un informe psicológico sobre su credibilidad o de testimonios indirectos o de oídas— resulta suficiente para fundamentar una condena penal.[36]

---

33 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párrs. 95-98 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra,* párrs. 85-86.

34 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra,* párr. 85.

35 Entre los autores que se ocupan del tema del "testigo único", de particular relevancia en delitos de agresión sexual, cabe citar: Sancinetti, Marcelo A., "Testigo único y principio de la duda", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, 2013; "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas 'Testimonius unium non valet' y 'Nemo testis in propria causa'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, junio de 2010, pp. 955-995. En términos más amplios, aunque con referencias al problema: Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. por José Manuel Revuelta López, Madrid, Trotta, 2010; Chehtman, Alejandro, "¿Es posible saber si un testigo dice la verdad?: a propósito de 'Detecting Lies and deceit. Pitfalls and opportunities' de Aldert Vrij", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2011, pp. 1777-1800, que contiene una síntesis útil de la obra que reseña.

36 Este es uno de los aspectos problemáticos de la prueba en casos de violencia sexual, aunque no el único. En efecto, esta presenta singularidades que han justificado, en el ámbito del derecho penal internacional, principios de prueba especiales. Así, además de

Precisamente, la Corte Interamericana inició su examen sobre determinación de la violación sexual y sus responsables, advirtiendo los importantes desafíos que, en materia probatoria, suponen los casos de violencia sexual en los cuales, por la propia naturaleza de los hechos, solamente están presentes la víctima y su o sus agresores, sin que medien, usualmente, otros elementos de prueba adicionales. Por ello, ante la carencia de otros medios de prueba como testigos o registros, el testimonio de la víctima adquiere centralidad y, según el Tribunal regional, resulta una "prueba fundamental".[37]

En lo que respecta a la importancia del testimonio de la víctima en los casos de violación sexual, la doctrina penal, en líneas generales, reacciona contra dos tendencias opuestas de las que hay ejemplos variados en la jurisprudencia de los Estados. Una, la de "relajar" o "flexibilizar" en alguna medida —nunca del todo precisable— las exigencias propias del juicio penal para considerar probados cierta clase de hechos, bajo el argumento de que, de otro modo, la imposibilidad de conseguir otras pruebas conduciría

---

la mención especial de la regla 63.4 (que previene contra la imposición de la obligación de "corroborar la prueba" de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional) a los crímenes de violencia sexual, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional [ICC-ASP/1/3 (Parte II-A), 9 de septiembre de 2002] prevén, entre otros principios, los de prohibición de inferencia del consentimiento del acto sexual en caso de silencio o de falta de resistencia de la víctima, o de sus palabras o conductas cuando el autor pudiera haber aprovechado un entorno coercitivo (*cfr.* regla 70, incs. a y c) y el que prohíbe inferir la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima de la naturaleza sexual de su comportamiento anterior o posterior (*cfr.* regla 70, inc. d). Por regla general, además, queda proscripta la admisión de pruebas vinculadas al comportamiento sexual anterior o posterior de la presunta víctima (*cfr.* regla 71), y se contempla un procedimiento más riguroso en el examen de admisibilidad de pruebas que busquen acreditar que la víctima consintió el supuesto crimen de violencia sexual, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima a que los hacen referencia los apartados *a* a *d* de la regla 70 (*cfr.* regla 72). Asimismo, sobre la prueba de la violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Zelada, Carlos J. y Ocampo Acuña, Diego A. Mauricio, "Develando lo Invisible: la Feminización de los Estándares de Prueba sobre Violencia Sexual en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Derecho en libertad,* Revista del Centro de Investigaciones Jurídica de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, año 4, vol. 9, 2012, pp. 176-179.

[37] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 100 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 89. Como destacan Zelada y Ocampo Acuña (*op. cit.*, pp. 155-166), la afirmación por parte de la Corte Interamericana de que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, precisamente por "la naturaleza de esta forma de violencia", significó un "radical cambio" con relación a lo que el mismo Tribunal había afirmado en el caso *Loayza Tamayo*, en el cual —cabe recordar— "la naturaleza del hecho" fue tenida en cuenta como un obstáculo para su prueba mediante la declaración de la víctima de violencia sexual (*cfr.* Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33, párr. 58; *cfr.*, asimismo, Zelada y Ocampo Acuña, *op. cit.*, pp. 150-152 y sus citas).

a la impunidad y, con ello, alentaría la repetición. A la otra tendencia, de signo contrario, se le critica el aplicar mecánicamente esquemas probatorios idénticos a contextos fácticos disímiles o, peor, emplear —bajo ropaje de neutralidad— criterios estereotipados y fuertemente discriminatorios al evaluar el peso específico de cada evidencia, particularmente la credibilidad del relato de la mujer víctima de una agresión sexual o de otra forma de violencia.[38]

Entre quienes reivindican el regreso a un sistema de *pruebas legales negativas*, o destacan el valor de las máximas "*testimonium unius non valet*" y "*nemo testis in propia causa*", invocan el principio de inocencia y la racionalidad exigida a la fundamentación de una condena penal y se teme a la construcción de un estándar probatorio disminuido —y, por ende, posiblemente generador de un número más alto de condenas erróneas— para cierto tipo de delitos. En general, no se niegan en sí las dificultades probatorias para estos —y otros— casos pero se sostiene que ello no basta para establecer un estándar probatorio menos exigente.[39] Como se observa,

[38] Con ejemplos de la jurisprudencia argentina, crítico: Sancinetti, Marcelo A., "*Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia…*", *cit*. En cambio, también con un repaso de varios precedentes judiciales importantes, Julieta Di Corleto valora positivamente la incorporación de una mirada género-sensitiva en la valoración de la prueba en casos de violencia contra la mujer ("La valoración de la prueba en casos de violencia de género", en Hazan, Luciano A. y Plazas, Florencia G. (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Del Puerto, 2015, pp. 453-467). Una obra importante de consulta, con referencias que exceden ampliamente el campo de lo jurídico y parten de la experiencia de la autora de escuchar los relatos de víctimas de violación sexual: Hercovich, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Buenos Aires, Biblos, 1997.

[39] Con una reivindicación de esas máximas, en referencia específica a casos de agresión sexual, Sancinetti, Marcelo A., *"Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia", cit.* De modo más general, Luigi Ferrajoli critica ciertas consecuencias a las que condujo la adopción y práctica de la "libre convicción del juez", como un método que ha tendido lamentablemente a legitimar "el arbitrio de los jueces", en lugar de la prometida fundamentación racionalmente aceptable de sus decisiones. El autor, incluso, le reconoce valor de garantía —a pesar de reconocer su defecto en el plano epistemológico— al sistema de la llamada pruebas legales o tasadas llamadas "negativas". Por oposición a las pruebas "legales positivas", "en presencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *probada* la hipótesis acusatoria aunque tal 'prueba' contraste con su convicción", las primeras son "aquellas en ausencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *no probada* la misma hipótesis aunque tal 'no prueba' contraste con su libre convicción". Según afirma el autor citado, "[e]n el plano jurídico […] las pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario". Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantatero Bandrés, 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 140 y 147-148.

el discutido asunto del "testigo único" tiene particular relevancia frente al estándar probatorio[40] que se exige para validar una condena penal.

Por supuesto, esta es una discusión que también podría ser relevante en ciertos procesos de derecho internacional, claro está que considerando los hechos y el eventual caso bajo el estándar propio de la responsabilidad internacional de los Estados, distintivo de los contenciosos internacionales ante tribunales de derechos humanos, pues a éstos no les compete discernir responsabilidades penales sino juzgar —sobre la base de otros criterios de atribución— la responsabilidad estatal por una acción u omisión contraria a las cláusulas del tratado internacional a cuyo cumplimiento un Estado se obligó.

Esta diferencia sustancial ha sido destacada por la Corte Interamericana desde su primera sentencia contenciosa, en una jurisprudencia que se ha mantenido sin variaciones, y en la que se enfatiza que el proceso internacional es un proceso de atribución de responsabilidad completamente diferente del proceso penal interno, que no pretende la individualización del eventual autor de la violación de derechos humanos y que tiene un distinto estándar de valoración de la prueba:

> "…para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. Su procedimiento, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal […] Los estándares o requisitos probatorios no son los de un tribunal penal, dado que no le corresponde a esta Corte determinar responsabilidades individuales penales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas".[41]

---

40 El *estándar de prueba* puede ser definido como aquel "mecanismo que, por su naturaleza, constituye el mejor dispositivo para vislumbrar, mediante su manipulación hipotética, cuánto puede el funcionamiento del proceso penal distanciarse de los lineamientos epistémicos que aplican en aquellos casos en que la indagación no se ve afectada por consideraciones que conciernen a las diferencias relativas de los costos de los errores que es posible cometer, es decir, cuánto se está inclinando la balanza a favor del acusado". Aguilera García, Edgar R., "¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan", en *Isonomía,* núm. 40, abril, México, 2014, p. 88, con cita de Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. por Carmen Vázquez y Edgar R. Aguilera García, Marcial Pons, 2013, pp. 103-136.

41 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 105, en igual sentido, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 100. La Comisión Interamericana reafirmó este criterio al afirmar que "no tiene competencia para llegar a una conclusión sobre la culpabilidad o inocencia de una determinada persona bajo el derecho interno" (CIDH, Informe múm. 4/16, Caso 12.690, Fondo, VRP y VPC, Nicaragua, 13 de abril de 2016, párr. 92, con cita de CEDH, *E. y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 26 de noviembre de 2002,

Cabe señalar, de todos modos, que, sin perjuicio de lo relevante del debate del "testigo único", lo cierto es que en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, los acervos probatorios estaban integrados por los testimonios de las víctimas rendidos ante la Corte Interamericana y ante diversas autoridades públicas nacionales, así como otros elementos de convicción aportados por la Comisión Interamericana, los representantes de las víctimas e, incluso, el propio Estado, tales como documentos, declaraciones testimoniales de terceros e informes médicos.

3.2.1.1. La valoración del testimonio de la víctima

El interés de la víctima en el litigio y su testimonio: ¿una cuestión de admisibilidad o de credibilidad?

A fin de determinar los hechos, la Corte Interamericana comenzó analizando las declaraciones rendidas por ambas víctimas ante el Tribunal, así como sus declaraciones previas ante diversas autoridades nacionales. Respecto de las declaraciones de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú ante la Corte Interamericana si bien el Estado no las había impugnado, formuló observaciones sobre su contenido y afirmó que por sí solas no podían constituirse como prueba plena, sino que debían ser consideradas dentro del conjunto de pruebas de los procesos.[42]

El Tribunal interamericano reiteró su criterio constante según el cual las declaraciones de las presuntas víctimas pueden ser útiles porque pueden brindar mayor información sobre las eventuales violaciones y sus consecuencias, pero que no pueden ser evaluadas aisladamente sino dentro del conjunto de pruebas del proceso. En consecuencia, señaló que la valoración de las declaraciones de las víctimas se haría de ese modo, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones del Estado y las reglas de la sana crítica.[43]

párr. 91). En el mismo Informe, la Comisión destacó que "no está llamada a pronunciarse sobre la responsabilidad penal del autor de la violación sexual de que fue víctima V.R.P." y que el análisis que le compete "se centra en si la investigación llevada a cabo por el Estado frente a la denuncia de la madre de V.R.P fue realizada en cumplimiento de las obligaciones estatales bajo la Convención Americana y la Convención de Belén do Pará a fin de establecer si el Estado cumplió el deber de garantía de los derechos conculcados con la violación sexual de una niña, así como su obligación de proveer recursos efectivos y protección judicial frente a este tipo de hechos" (párr. 94).

42 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párrs. 50, 53 y 96 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 52.

43 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 53 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 52.

Para comprender esta afirmación, es bueno recordar que desde su primer caso contencioso la Corte Interamericana diferenció las cuestiones de *admisibilidad* y las cuestiones de *valoración* probatoria, lo cual fue una consecuencia natural de la opción por el método de libre apreciación de la prueba o sana crítica racional.

De acuerdo con este, no existen reglas predeterminadas acerca del valor de los medios de prueba, aunque el juzgador se encuentra obligado a dar razones de su decisión, la cual debe aparecer como una operación racional "motivada en elementos de prueba legítimos: la convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respeto a los principios lógicos del pensamiento humano (identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las leyes de la psicología y las de la experiencia común […]".[44]

El señalado método se opone, como es sabido, a los regímenes de prueba "legal", "tasada" o "tarifada", en los cuales valoración probatoria y estándar de prueba se confunden a consecuencia del establecimiento de un *quantum* de prueba preconcebido.[45]

La aceptación del método de la sana crítica racional permitió a la Corte Interamericana, ya en *Velázquez Rodríguez*, rechazar las objeciones que el Estado había presentado, a modo de "tachas" o "recusaciones", contra determinados testigos, alegando —por ejemplo— su falta de objetividad "por razones ideológicas, de origen o nacionalidad, o de parentesco o atribuyéndoles interés en perjudicar a Honduras", o bien con el argumento de que algunos de ellos tenían antecedentes penales o procesos pendientes.[46]

Allí la Corte Interamericana distinguió, aun sin indicarlo expresamente, entre el sistema de "tachas" según el cual algunos testigos son "inhábiles"

---

[44] Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 662, con cita de Rúa, Fernando de la, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1968, núm. 49, pp. 149 y ss.

[45] Esta es, por supuesto, una descripción sumamente simplificada. Sobre los distintos métodos de apreciación o valoración de la prueba, ampliamente: Maier, Julio B. J., *op. cit.*, pp. 662-663 y 870-875; Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 132-137; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. por Daniela Accatino Scaglioti, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 184-192; Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 136-141.

[46] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra,* párrs. 141-145, con cita de la resolución de la Corte de 6 de octubre de 1987 en la que se habían expuesto los fundamentos para rechazar una "recusación" de testigos presentada en el curso de las audiencias por el Estado.

y quedan excluidos *ab initio* y otro gobernado por criterios de amplitud y flexibilidad en la admisión de la prueba, en el cual los testimonios no tienen para los jueces una credibilidad preconcebida sino que esta es evaluada, en cambio, a la luz del acervo probatorio y de la actividad de control de las partes sobre la prueba de la contraria. Así debe ser interpretada la afirmación de la Corte en el sentido de que, aunque "[a]lgunas circunstancias pueden [...] condicionar el apego a la verdad de un testigo", "está en las partes, en el curso del proceso, demostrar que lo afirmado por un testigo no corresponde a la verdad".[47]

Cabe señalar que este modo de apreciar la prueba de los hechos controvertidos en el proceso —a través de la sana crítica racional, y asignando un importante valor a los poderes de control de las partes— no difiere, en sustancia, del que emplean muchos de los tribunales internos de los Estados parte en la Convención Americana. También en éstos, en general, predomina el método de la libre convicción y la exigencia de que la decisión se fundamente racionalmente en la prueba producida, sin otras ataduras que el respeto de las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia. En este sentido, "[s]on los hechos que generan responsabilidad penal personal y responsabilidad internacional los que son profundamente diferentes. Ello no impide que el régimen de valoración de la prueba pueda ser aplicado de manera prácticamente idéntica en ambos contextos jurídicos".[48]

Más aun, los modelos de enjuiciamiento penal más modernos, de corte acusatorio, tienden, por regla, a excluir las llamadas "tachas" o inhabilidades para declarar en la regulación de la prueba testimonial, bajo el entendimiento de que, más que de una cuestión de admisibilidad del testimonio, se trata de una evaluación racional por el juez de la credibilidad de este, tras el control —de acuerdo a las reglas del contra-examen o contra-interrogatorio— de la contraparte. Esto quiere decir, para ponerlo en otros términos, que "[s]i un testigo tiene cercanía a la parte por la que declara, enemistad con aquella contra la cual lo hace, o si tiene interés en el juicio, todas esos elementos podrán —o no— impactar su credibilidad y acarrear como consecuencia que los jueces la desestimen. Sin embargo, es perfectamente

47 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra,* párrs. 141 y 143. Sobre el tema, más ampliamente, Bovino, *op. cit.*, pp. 60-83.

48 Bovino, *op. cit.*, p. 73, nota 28. Con todo, Bovino reconoce como particularidad del régimen probatorio internacional de los derechos humanos "la práctica de conceder un alto valor probatorio a ciertos elementos de convicción frente a la ausencia de pruebas adicionales o corroborantes respecto de un hecho o circunstancia determinados". Este proceder, según indica, "no resulta adecuada al régimen de la sana crítica de la justicia penal —por el alto estándar probatorio que se debe verificar para imponer una condena— pero sí resulta absolutamente apropiada para el derecho internacional, en especial en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos" (p. 73).

posible que, pese a estos elementos, el testimonio en cuestión parezca a los jueces perfectamente creíble y lo acojan".[49]

En consecuencia, la Corte Interamericana, se centró su análisis en la consistencia y en la credibilidad de las declaraciones de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú a la luz de los acervos probatorios construidos en los casos.

3.2.1.1.1. La consistencia de los relatos de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú

Como se ha indicado, la Corte Interamericana recordó las dificultades de prueba de esta clase de violaciones y la centralidad del testimonio de las víctimas. En atención a ello, el Tribunal analizó, en profundidad, la consistencia y la credibilidad de las distintas declaraciones brindadas por las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú.

En primer lugar, respecto del análisis de consistencia de sus declaraciones, la Corte Interamericana observó la coherencia y la solidez en el relato de los aspectos sustanciales de las violaciones sexuales en todas las declaraciones de ambas víctimas. Sin embargo, el Tribunal también observó que había algunas imprecisiones que surgían de la comparación de los diferentes relatos de las víctimas y señaló cuáles eran aquellas diferencias. En el caso de la señora Fernández Ortega la imprecisión se refería a cómo había ocurrido la violación sexual ya que en la denuncia ante el Ministerio Público y en su declaración rendida mediante fedatario público ante la Corte Interamericana indicó que había sido violada por un militar ante la presencia de otros dos mientras que en la primera ampliación escrita de dicha denuncia ante el Ministerio Público indicó que tres militares la "violaron" o "abusa[ron] sexualmente" de ella. La Corte observó que esa diferencia en el relato se debía a un uso particular del lenguaje de la señora Fernández Ortega quien se refería a los hechos de manera indistinta como "violación" o "abuso sexual" para referirse a todo el evento lesivo, sin identificar aquellos términos, exclusivamente, con el hecho de la penetración sexual. En el caso de la señora Rosendo Cantú las imprecisiones se referían a los minutos exactos de duración de los ataques, a los detalles del interrogatorio al que

[49] Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, 1ª reimp., Colombia, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007, p. 58. Como señalan estos autores, el sistema de "libre valoración de la prueba", de acuerdo con el cual "los hechos del juicio pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga para los jueces credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que emerja de la actividad del juicio", "inunda toda la prueba", lo cual se traduce en la improcedencia de "descartar" *ab initio*, por "inhábiles", determinados testimonios.

fue sometida por los agresores y el tiempo que duró su pérdida de conocimiento.

Al respecto, la Corte Interamericana reconoció que "[no era] la primera vez que un tribunal internacional de derechos humanos deb[ía] observar eventuales divergencias en los relatos de personas que se refieren a violaciones sexuales de las cuales habrían sido víctimas"[50] refiriéndose al caso *Aydin*, juzgado por su par europeo.[51]

Cabe recordar, brevemente, que en el caso europeo el Estado demandado había negado que hubiera base suficiente para considerar probada la violación sexual denunciada por la peticionaria, y alegado —entre otras cosas— que los testimonios de la señora Aydin y de su padre presentaban "inconsistencias y contradicciones". El Tribunal Europeo recordó su jurisprudencia según la cual el establecimiento y la verificación de los hechos correspondían primordialmente a la Comisión, y que sólo en circunstancias excepcionales el Tribunal ejercería sus facultades para evaluarlos en forma autónoma a la luz del material reunido. Tras ello, afirmó que la Comisión había admitido las inconsistencias en el testimonio de la peticionaria y de su padre, pero —a la vez— había observado que estas no tenían entidad suficiente para socavar la credibilidad del relato de aquella.

El Tribunal Europeo agregó que, de su propia evaluación de la evidencia recogida por la Comisión, apreciaba que, en efecto, existía un alto grado de consistencia entre los relatos brindados por la peticionaria, su padre y su cuñada al ministerio público, y por aquella y su padre a los delegados de la Comisión, lo cual hacía altamente improbable que las declaraciones de la peticionaria fueran "fabricadas". Por último, consideró que el Estado demandado había sido incapaz de aportar alguna evidencia de la investigación penal interna que pudiera controvertir esa conclusión, y que la falta de evidencia médica en la que el Estado basaba su defensa no podía ser empleada para refutar el testimonio de la peticionaria que afirmaba que había sido violada mientras estaba detenida.

Del mismo modo que el Tribunal Europeo en *Aydin*, la Corte Interamericana advirtió que las imprecisiones que surgían de la comparación de los diferentes relatos de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú se referían a aspectos tangenciales y carecían por completo de capacidad para eliminar o debilitar la coherencia y solidez del relato sobre los hechos relevantes.

---

50 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 104 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 92.

51 ECHR, *Case of Aydin v. Turkey* (GC), Judgment of 25 September 1997, App. núm. 57/1996/676/866, párrs. 72 y 73.

Por otra parte, la Corte Interamericana observó que no es inusual que respecto de hechos de esta naturaleza puedan existir ciertas imprecisiones en las declaraciones de las víctimas, dado que se tratan de vivencias y recuerdos extremadamente traumáticos que conllevan un grave impacto en la persona.

Adicionalmente, el Tribunal recordó que se trataba de relatos que habían sido realizados por las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú en diversas ocasiones, en periodos de ocho años de diferencia. En el caso de esta última además, recordó las especiales circunstancias personales de la víctima, fundamentalmente, el hecho que al momento de sufrir la violación sexual era una niña.[52]

Por otra parte, en el caso de la señora Fernández Ortega el Tribunal observó además que ella hablaba me'paa y que para ser entendida por el funcionario que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona quien, además, no era intérprete de oficio y que otros relatos de los hechos se realizaron mediante la presentación de escritos. La Corte consideró evidente que, si bien los escritos fueron firmados por ella, esos documentos fueron redactados por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me'paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que indudablemente podía derivar también en imprecisiones. En consecuencia, las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, podían deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones.[53] En el caso de la señora Rosendo Cantú, la Corte no consideró necesario abundar sobre este elemento como posible causa de las divergencias en sus relatos aunque sí fue valorado por el Tribunal como uno de los elementos para analizar la falta de debida diligencia en las averiguaciones penales, que la víctima no contó con un intérprete oficial en algunas ocasiones.[54]

3.2.1.1.2. La credibilidad de los relatos de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú

Luego de analizar la consistencia de las declaraciones de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú el Tribunal examinó su credibilidad. Al respecto, el Tribunal observó las circunstancias propias de las situaciones de las

52 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 105 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 91.

53 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 105.

54 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párrs. 179 y 188.

víctimas y no encontró ningún elemento que pudiera afectar la credibilidad de sus relatos. Por el contrario, sus condiciones personales y el contexto en el que los relatos se insertaban, que podría calificarse como hostil, hacían altamente improbable que se tratase de relatos "fabricados".

En particular, la Corte Interamericana consideró que la denuncia de los hechos implicó enfrentar riesgos extremos: se trataba de personas en una situación de gran vulnerabilidad —mujeres indígenas, de escasos recursos y en el caso de Rosendo Cantú, además, niña—, que vivían en una zona remota y aislada y que imputaron penalmente como autores de un delito muy grave a un grupo de militares en un área que se encontraba bajo una fuerte presencia militar.[55]

Asimismo, el Tribunal observó que las víctimas debieron hacer esfuerzos inusuales, tales como caminar varias horas para recibir asistencia médica y denunciar lo ocurrido ante autoridades y personal médico que se dirigían a ellas en un idioma que no dominaban. Por otra parte, resultaba evidente que la presentación de las denuncias no les traería aparejado ningún beneficio personal sino todo lo contrario. La difusión del hecho probablemente tendría consecuencias altamente perjudiciales para ella, repercusiones negativas en su medio social y cultural llegando, incluso, al posible rechazo de su comunidad.[56]

Adicionalmente, en el caso de la señora Rosendo Cantú otra circunstancia que valoró la Corte Interamericana respecto de la credibilidad del relato se relaciona con la perseverancia, es decir, con los reiterados intentos que hizo para ser escuchada por las autoridades, fundamentalmente, por aquellas de la administración de justicia, a quienes recurrió en busca de respuesta. El Tribunal observó que la víctima además de poner en conocimiento lo ocurrido a las instituciones estatales de derechos humanos —nacional y local— se dirigió, inclusive, al gobernador y, fundamentalmente, declaró ante los ministerios públicos fiscales del fuero penal común y del militar. [57] Si bien la Corte Interamericana no lo explicitó en su fallo, pudo haber tenido peso que la víctima solicitara la intervención del sistema de administración de justica —inclusive de la misma institución militar— que usualmente previene mediante sanciones penales las falsas denuncias o declaraciones.

En cambio —también en el caso *Rosendo Cantú*— la circunstancia de que la víctima no informara lo ocurrido a los dos primeros profesionales

55 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 107 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra,* párr. 93.

56 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 107 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra,* párr. 93.

57 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra,* párr. 94.

de la salud que la atendieron en la semana posterior a la violación sexual, no fue considerado por el Tribunal como un elemento que afectara su credibilidad. La Corte Interamericana contextualizó aquella renuencia en las circunstancias propias del caso y de la víctima. Así, observó que las agresiones sexuales son un tipo de delito que las personas que las sufren no suelen denunciar, por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima tiene que enfrentar en su comunidad o por miedo. El Tribunal sostuvo que la falta de comunicación a los primeros médicos podría haber ocurrido porque para entonces era una niña y por las amenazas de muerte dirigidas hacia toda la comunidad de parte de los agresores al momento del ataque.[58]

Un dato no considerado por el Tribunal como un indicio o un elemento adicional sobre la credibilidad del relato, fue que uno de los primeros médicos que atendió a la señora Rosendo Cantú le preguntó expresamente si había sufrido una violación sexual. En este sentido, podría considerarse contrario a la experiencia que un profesional de la medicina formule una pregunta de ese tipo si no observa indicios de ello. Sin embargo, este dato era discutible y quizá, por ello, no fue considerado por el Tribunal en su sentencia.

Por otra parte, la Corte Interamericana examinó otros elementos de convicción, tales como documentos sobre la presencia militar en la zona, otros testimonios sobre los momentos cercanos al ataque y exámenes médicos que daban cuenta de algunas de las lesiones que las víctimas había relatado y determinó que eran consistentes con lo relatado por ellas y que confirmaban sus declaraciones.

3.2.1.2. Otros elementos de convicción

Como se señaló, además de las declaraciones de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú, la Corte Interamericana consideró otros elementos de prueba. Si bien éstos no probaban directamente la violación sexual, confirmaban, no obstante, diversos aspectos de sus declaraciones, sosteniendo su credibilidad y el convencimiento del Tribunal sobre los hechos.

Entre los elementos que fundamentaron la convicción del Tribunal se encontraba la presencia militar en la zona haciendo operaciones de seguridad, hecho reconocido, incluso, por el Estado en el caso *Rosendo Cantú*. En ambos casos, existían en el acervo probatorio documentos que probaban la cercanía de un destacamento militar y las declaraciones de militares en la investigación llevada adelante por el Ministerio Público Fiscal militar, en las cuales afirmaron que el día de los hechos un grupo de militares fue

[58] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 95.

a patrullar en esa zona y regresaron al destacamento poco tiempo después de ocurridos aquellos.[59]

El Tribunal también tuvo en consideración las declaraciones de otras personas que si bien no presenciaron directamente la violación sexual, sí estaban presentes en los momentos inmediatamente anteriores y/o posteriores al ataque. En el caso de la señora Fernández Ortega, se trataba, entre otros, del testimonio de una hija quien presenció el ataque hasta el momento inmediatamente anterior a la violación sexual y de otros familiares y personas cercanas, quienes relataron que cuando vieron por primera vez a la señora Fernández Ortega tras los hechos, la encontraron mal, triste, conmocionada, con malestares y dolores y que les indicó que había sido violada sexualmente y que los responsables eran militares.[60] De manera similar, la Corte valoró los testimonios de dos familiares de la señora Rosendo Cantú —su cuñada y su marido—. De particular importancia resulta la declaración de la señora Bernardino Sierra quien afirmó que vio a la señora Rosendo Cantú inmediatamente luego del hecho, que estaba llorando, desnuda "en la parte de abajo" y con sangre en la cara y que le dijo que había sido violada sexualmente y que los responsables eran militares.[61]

Además, el Tribunal valoró diversos informes médicos que respaldaban la credibilidad de los relatos de las víctimas. En el caso de la señora Fernández Ortega se trataba de una certificación psiquiátrica realizada por una perita médica adscrita a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que señala que "la agraviada estuvo expuesta a un acontecimiento traumático" y de un informe psicológico realizado a la señora Fernández Ortega que concluyó que "existe coherencia entre los hechos narrados […] de la violación sexual y los síntomas psicológicos padecidos, siendo estas reacciones emocionales típicas de una víctima de violación sexual por parte de alguna autoridad".[62] En el caso de la señora Rosendo Cantú constaba un informe psiquiátrico que integraba el expediente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sostuvo que la víctima sufrió "síndrome por estrés postraumático agudo", que estuvo "expuesta a una experiencia traumática aunque falta la evidencia física de que dicha experiencia fue una violación" y que "[r]eexperimenta el evento traumático] de manera persistente [pues] revive constantemente la sensación de que la están violando".[63]

---

59 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párrs. 109-110 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra,* párrs. 97-98.

60 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 114.

61 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 100.

62 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 113.

63 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 99.

Por otra parte, en el caso *Rosendo Cantú* el Tribunal valoró otros tres informes médicos o "exploraciones físicas", producidos por diferentes organismos del Estado. De ellos se desprenden datos concordantes con partes de los hechos relatados por la víctima sobre las agresiones sufridas. Uno de ellos, realizado por el Ministerio Público Militar indicó que la víctima "presenta[ba] un[a] escoriación aproximadamente a dos centímetros del ojo derecho, justamente en la mejilla, de aproximadamente un centímetro, siendo la única lesión visible a simple vista". Otro, un "certificado de lesiones" practicado por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Guerrero, determinó que tenía "a la altura de la parte inferior del párpado derecho un área amoratada, de forma irregular, de color violáceo, de [cerca de] un centímetro; en relación al golpe que refiere la quejosa que le propinaron en el vientre, no se le apreció huella visible, no obstante manifiesta sentir dolor al caminar". Por último, el certificado médico practicado a la señora Rosendo Cantú el 19 de marzo de 2002, esto es, más de un mes después de ocurridos los hechos, indicó, entre otros datos, que "presenta[ba] huellas de violencia física[, c]icatriz no reciente de […] 5 mm. de diámetro ubicada en el párpado inferior derecho[; a] la palpación media refiere dolor de mediana intensidad en hipogastrio"[64].

En el caso *Fernández Ortega*, a su vez, la Corte Interamericana señaló que no contaba con evidencia que desvirtúe los dichos de la señora Fernández Ortega. En particular, respecto de la prueba médica, resaltó que la presunta víctima solo recibió asistencia en una ocasión tras la denuncia de los hechos, por parte de una médica general quien le realizó una exploración física y una revisión ginecológica en la que determinó que "no present[aba] datos de agresión". Al respecto, la Corte observó que el certificado médico concordaba con las diversas declaraciones de la señora Fernández Ortega, dado que en ninguna de ellas la presunta víctima manifestó que se había resistido físicamente a la agresión. Además, el Tribunal recordó la jurisprudencia internacional en el sentido de que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, y que tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física, sino que resulta suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta. La Corte consideró probado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción, con el agravante de haberse producido en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados.[65]

Una diferencia sustancial en ambos casos, es que en este último se habían practicado pericias oficiales que determinaron "la presencia de líquido seminal en los dos hisopos obtenidos [e] identificaron células espermáti-

[64] *Ibidem,* párr. 101.

[65] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 115.

cas". A pesar de haber encontrado líquido seminal y células espermáticas, de manera inexplicable, los peritos oficiales agotaron y desecharon las muestras, lo cual impidió practicar otras pruebas de fundamental importancia, como exámenes de ADN. El Estado reconoció su responsabilidad por esta falla y la Corte consideró la destrucción de las muestras como un hecho "extremadamente grave" que obstaculizó el esclarecimiento y la determinación judicial de lo ocurrido. La Corte observó que la falta de esclarecimiento de los hechos respondía principalmente a la destrucción de esa prueba, de importancia fundamental, mientras se encontraba en custodia del Estado.[66]

Es posible observar, en síntesis, que el tribunal interamericano ponderó de modo integrado un conjunto de elementos probatorios que, si bien interpretados aisladamente podrían presentar diferencias en sus respectivos valores de convicción, condujeron invariablemente a confirmar los aspectos esenciales de los relatos de la señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En efecto, cada uno de los elementos de prueba respaldó, en mayor o menor medida, distintos pasajes de las declaraciones de las víctimas, lo cual permitió reconstruir los sucesos con suficiente base probatoria.[67]

3.2.2. ¿Casos de inversión de la carga de la prueba?

Como se señaló en párrafos anteriores, el Estado sostuvo, en lo sustancial, que no había prueba de la violación sexual, que la carga de la prueba recaía sobre quien alegaba su existencia y que la inversión de la carga de la prueba solo podría ocurrir en dos hipótesis: la existencia de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos que trate el caso fehacientemente comprobado, o bien el supuesto en el que la víctima se encuentra

66 *Ibidem,* párrs. 111-112.

67 A todo esto podría agregarse, todavía, el valor contextual de determinados informes producidos por órganos del propio Estado demandado, en particular, el *Diagnóstico sobre violencia contra las mujeres en los municipios de la región de la Montaña de Guerrero* de la Secretaría de la Mujer del Estado de Guerrero, así como los dictámenes periciales producidos en el caso. De acuerdo con esa Secretaría, en general, entre las formas de violencia que afectaban a las mujeres del Estado de Guerrero se encontraba la "violencia institucional castrense" y, en particular, entre los años 1997 y 2004 se habían presentado seis denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas atribuidas a miembros del Ejército en el estado de Guerrero, las cuales fueron conocidas por la jurisdicción militar sin que en alguno de esos casos se hubiera sancionado a los responsables (Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párrs. 78-79 y sus citas y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párrs. 70-71 y sus citas). Esta información, producida por órganos estatales, constituyó una importante referencia contextual, sobre todo si se tiene en cuenta que, por la situación de vulnerabilidad de la población indígena, existía una tendencia de sentido contrario a la denuncia de esta clase de hechos.

detenida en poder del Estado. Ninguno de los supuestos se planteaba en estos casos.

Al respecto, la Corte Interamericana recordó que además de las declaraciones de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú había otros elementos de convicción y recordó su jurisprudencia clásica y constante sobre la legitimidad de utilizar prueba circunstancial, indicios y presunciones siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. Asimismo, el Tribunal recordó los principios clásicos de la carga probatoria, que se resumen en la frase "el que alega, prueba". Sin embargo, recordó su jurisprudencia constante, formulada ya en su primer caso, que afirma que "en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tienen el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio".[68]

Luego de aquella enunciación general, en *Fernández Ortega* la Corte Interamericana señaló que después de más de ocho años de ocurridos los hechos, el Estado no había aportado evidencia en el procedimiento internacional que permitiera contradecir la existencia de la violación sexual de la víctima. El Tribunal consideró que el Estado no podía justificarse con base, exclusivamente, en el desconocimiento de si la violación había existido y su autoría, cuando ello era consecuencia de sus propios errores o falencias, al destruir una prueba que estaba bajo su custodia.[69]

En *Rosendo Cantú,* la Corte Interamericana recordó que en el caso concreto no se asistió a la víctima ni se dispusieron diversas medidas de investigación —como pericias— que podrían haber sido útiles para determinar lo sucedido. El Tribunal consideró, además, que el propio Estado reconoció una demora en la atención médica especializada y que solo después de un mes de ocurridos los hechos la víctima fue examinada por un médico legista adscripto al Ministerio Público Fiscal del fuero común. Por otra parte, el Tribunal también consideró que el Estado no presentó avances en la investigación que permitieran desvirtuar los indicios que apuntaban a la violación sexual cometida por personal militar, y que la defensa del Estado se apoyó en el desconocimiento de si la violación había existido y de su autoría, lo cual era atribuible a sus propias autoridades, y recordó la obligación de investigar lo ocurrido y, en su caso, determinar las responsabilidades penales. En particular, observó que habían transcurrido ocho años y que el Estado no había aportado evidencia en proceso internacional que permitiera contrade-

[68] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 112 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra,* párr. 102.

[69] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México, supra,* párr. 116.

cir la existencia de la violación sexual, por lo que consideró "razonable otorgar valor a las pruebas y a la serie de indicios que surgen del expediente".[70]

En ambos casos, la Corte señaló que concluir lo contrario implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e inefectividad de sus investigaciones penales para sustraerse de su responsabilidad por la violación de derechos reconocidos por la Convención Americana.

En este aspecto, las decisiones de la Corte Interamericana llevan a considerar dos cuestiones que, aunque pueden estar relacionadas, son diferentes. En primer lugar, la cuestión de la utilización de indicios y presunciones y, en segundo lugar, si la ausencia de una versión de los hechos por parte del Estado implicó, en la práctica, una inversión en la carga de la prueba.

En cuanto a lo primero, en numerosos casos, el Tribunal Interamericano, al igual que su par europeo, recurrió al uso de indicios y presunciones para determinar los hechos probados. Ello no debería ser motivo de sorpresas para los Estados, dado que en las instancias internacionales, es común la utilización de tales recursos y el Tribunal de San José lo ha hecho de manera consistente desde sus primeros casos. Por otra parte, los Estados recurren a indicios y presunciones habitualmente en los distintos procedimientos judiciales que llevan adelante, incluso en los procesos con estándares de apreciación de la prueba y garantías más estrictos, como lo son los procesos penales.[71]

Respeto del segundo de los aspectos, esto es, si la ausencia de una versión de los hechos operó como una inversión de la carga de la prueba, se ha afirmado que:

---

70 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *cit.*, párr. 104.

71 Aunque se trata de una derivación necesaria del sistema de valoración probatorio propio de la sana crítica racional, en determinados casos es la ley interna la que declara específicamente que para la prueba de los hechos de violencia contra la mujer debe atenderse a un principio de "amplitud probatoria", lo cual se reconoce como derecho o garantía mínima de procedimiento. Así, sucede, por ejemplo, en el caso de Argentina, con la Ley 26.485 de *Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*. Su artículo 16 reconoce un derecho a la amplitud probatoria, "teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos", mientras que el art. 31 dispone que deben considerarse al fallar los indicios graves, precisos y concordantes que surjan del caso. Se ocupa del asunto, con un repaso útil de antecedentes jurisprudenciales argentinos en materia penal: Corleto, Julieta di, "*La valoración de la prueba en casos de violencia de género*" *cit.*, pp. 453-467. La autora concluye en que "para la valoración de hechos constitutivos de violencia contra las mujeres, los órganos judiciales muchas veces deben reclinarse en prueba indiciaria; de lo contrario, la fragmentación de la prueba y la crítica aislada de los indicios solo podría llevar a la construcción de hipótesis absurdas desde el punto de vista de la experiencia".

> […] el tribunal estableció que la declaración de la víctima resultaba entonces un elemento decisivo para la acreditación de la violencia sexual, *correspondiéndole al Estado la carga de la prueba de que estos hechos no ocurrieron*, por ejemplo, mediante el suministro de prueba indiciaria (por ejemplo, de exámenes médicos así como de investigaciones administrativas, policiales, fiscales o judiciales): *Su ausencia colaboraba a hacer más verosímiles las alegaciones de las víctimas*.
>
> Podemos señalar entonces que con estos dos casos se dibuja más claramente la feminización del derecho interamericano, pues se *establecen claramente reglas especiales para el procesamiento de la evidencia referida a la violencia sexual* reconociéndola ya sea como acto concreto o como cuadro de contexto.[72]
>
> […] ambos casos [se refieren a los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*] establecen que, *en adelante, la carga de la prueba frente a los actos de violencia sexual la tiene el Estado,* el mismo que puede aportar evidencia que desmienta tales alegaciones. En este sentido, resulta fundamental para la defensa estatal la exhibición de investigaciones diligentes en el fuero interno sobre tales eventos.[73]

Una lectura de las sentencias permitiría arribar a esa conclusión. Sin embargo, es debatible que en estos dos fallos la Corte Interamericana haya construido verdaderamente una regla jurídica de inversión del *onus probandi* para los casos en los que se denuncie una violación sexual, si se entiende por esta la obligación estatal de demostrar que el hecho no ocurrió a partir de la alegación de su existencia en el trámite internacional por la Comisión y los representantes de la víctima.

En cambio, otra posición puede llevar a considerar que, en los casos examinados, los relatos de la víctima, a la luz de las pruebas reunidas, resultaban suficientemente consistentes y verosímiles, en tanto corroborados por otros elementos de prueba, y que el Estado, frente a ese plexo probatorio *prima facie* demostrativo de su responsabilidad internacional, abdicó de su derecho procesal de producir prueba.

En este sentido, cabría establecer una diferencia entre un supuesto de inversión de la carga de la prueba y la regla —que la Corte Interamericana ha afirmado constantemente— según la cual el Estado demandado no puede ampararse en la inefectividad de sus propias investigaciones para cuestionar la suficiencia de la prueba reunida a instancias de los representantes de la víctima y de la Comisión Interamericana.

---

72 Zelada y Ocampo Acuña, *cit*., p. 164, los pasajes en cursivas aparecen subrayados en el original, salvo el último.

73 *Ibidem,* p. 166; las cursivas son nuestras.

Esta regla probatoria que ha establecido la Corte Interamericana guarda relación con el objeto y fin del derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que reconoce las especiales características tanto del tipo de litigio como del sujeto procesal demandado. En todo caso, esta regla puede ser interpretada desde dos dimensiones. Por un lado, no puede ser atendido el argumento estatal de que sería necesario contar con un acervo probatorio más amplio para decidir el caso, cuando ha sido precisamente el Estado, en el ámbito del proceso internacional, quien no ha aportado evidencia a favor de la tesis que sostiene. Por otro lado, el Estado no puede reivindicar un estándar de prueba riguroso como el que rige el ámbito de los procedimientos de naturaleza penal (prueba más allá de toda duda razonable u otros similares), por la sencilla razón de que no hay equiparación posible entre el acusado en una causa penal y el Estado demandado en el proceso internacional.

Finalmente, más allá de si operó o no una inversión de la carga de la prueba, el argumento del Estado —según el cual la falta de esclarecimiento de lo ocurrido por parte de sus autoridades internas impediría que la Corte Interamericana hiciese una determinación sobre los hechos—, evidentemente, no tenía ninguna posibilidad de prosperar. Admitir esa aseveración llevaría a desconocer los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y significaría tanto como ignorar que sus órganos de aplicación están necesariamente facultados por los propios Estados para determinar los hechos que pueden generar su responsabilidad internacional, pues se trata de un ejercicio inherente a sus competencias.

En suma, dar crédito a este argumento implicaría la completa inutilidad de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos —ya que bastarían las determinaciones sobre los hechos de las jurisdicciones locales— y constituiría un evidente aliciente para que las autoridades locales no investiguen los hechos ilícitos cometidos por funcionarios públicos, ya que eso bastaría para evitar una eventual atribución de responsabilidad internacional.

4. Consideraciones finales

La Corte Interamericana –al igual que la Comisión Interamericana y otros órganos internacionales de derechos humanos– está desarrollando una importante jurisprudencia en casos que se refieren a diversas formas de violencia contra las mujeres. Una de las manifestaciones de esa violencia es la violencia sexual y, más precisamente, la violación sexual. Sobre esta grave violación de derechos humanos –que frecuentemente se puede subsumir en la definición legal de tortura– la Corte Interamericana, mediante la re-

solución de los casos sometidos a su jurisdicción, ha brindado importantes criterios de especial interés para la reflexión y el debate.

Una de las cuestiones importantes de este debate, se relaciona con la valoración de la prueba en los casos de violación sexual, problema jurídico de relevancia, tanto en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y en el derecho penal internacional, así como en el derecho penal interno de los Estados.

En el caso *Espinoza Gonzáles*, la Corte Interamericana encontró probada la violación sexual de la víctima con base en sus testimonios y, además, otros elementos de convicción. Dentro del acervo probatorio se destacaba, entre otros elementos, un informe médico que daba cuenta de las lesiones producidas por la violación sexual denunciada. Los hechos del caso tuvieron, además, dos particularidades: a) que la víctima se encontraba privada de libertad —y por ende, cabía la modificación de las cargas probatorias y correspondía al Estado explicar lo sucedido—, y b) los hechos encuadraban en una práctica sistemática y generalizada de tortura y violación sexual contra las mujeres privadas de libertad. Estos elementos, sin duda, tuvieron un peso importante en la valoración de la prueba que hizo el Tribunal en el caso concreto.

Por su parte, los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, supusieron un importante desafío para la Corte Interamericana en materia probatoria y de determinación de hechos, entre otros motivos, debido a la ausencia de aquellos elementos.

En ambos fallos se reafirmaron los criterios que el Tribunal venía desarrollando en materia probatoria en casos de violencia sexual contra las mujeres. Asimismo, entre los aspectos novedosos que muestran los fallos se puede destacar el análisis de consistencia y credibilidad de la declaración de la víctima, considerada ahora una "prueba fundamental" en este tipo de hechos.

Si bien la Corte Interamericana destacó la centralidad de los testimonios de las víctimas —dejando en claro su rechazo a los criterios discriminatorios que se basan en la creencia *ab initio* de que las víctimas de violencia sexual mienten— se conformó un plexo probatorio complejo que acreditaba los hechos de violencia sexual alegados. En este sentido, no se trataron de casos de testimonio único, ya que la declaración de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú aparecía respaldada por otros testimonios, documentos e informes, entre otros elementos de prueba.

Es en ese contexto probatorio en el que la Corte Interamericana recordó su jurisprudencia que afirma que el Estado no puede ampararse en la negligencia e inefectividad de sus investigaciones para cuestionar la suficiencia de la prueba reunida en el proceso internacional.

Por otra parte, es posible sostener que en estos casos —a diferencia de lo ocurrido en el caso *Espinoza Gonzáles*— la Corte Interamericana no modificó la carga de la prueba, dado que no se puso en cabeza del Estado la demostración de que la violación sexual no ocurrió, a partir de la alegación de la existencia de aquella por la Comisión y los representantes de la víctima. Antes bien, parece más aproximado afirmar que la Corte no invirtió el *onus probandi*. En efecto, si el Estado estaba obligado a probar que la violación sexual alegada no había ocurrido, ¿qué sentido tendría el capítulo de la sentencia dedicado a la valoración de la consistencia y credibilidad testimonio de la víctima, de los dictámenes médicos, de los relatos de terceros, de los documentos que daban cuenta de la presencia militar en la zona, entre otros elementos?

Por último, los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* continúan la línea jurisprudencial constante de distinguir el umbral o estándar de prueba del proceso internacional de los derechos humanos de aquel que se aplica en los procedimientos penales. En este sentido, es preciso reconocer la existencia de algunas reglas para la determinación de los hechos probados, como las antes analizadas, que pueden comprenderse fácilmente en atención al objeto y fin del sistema regional de protección de los derechos humanos, tanto como a la calidad del sujeto demandado en estos procesos, pero que como indica la Corte Interamericana difícilmente –y ciertamente no parece ser la intención del tribunal regional– puedan extrapolarse sin más a otros ámbitos procesales.

5. Bibliografía

Abreu Burelli, Alirio, "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, vol. I.

Aguilera García, Edgar R., "¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan", en *Isonomía,* núm. 40, abril, México, 2014.

Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, 1ª reimp., Colombia, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007.

Bovino, Alberto, "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, núm. 3, 2005.

Chehtman, Alejandro, "¿Es posible saber si un testigo dice la verdad?: a propósito de 'Detecting Lies and deceit. Pitfalls and opportunities' de Al-

dert Vrij", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre de 2011.

Corleto, Julieta di, "La valoración de la prueba en casos de violencia de género", en Hazan, Luciano A. y Plazas, Florencia G. (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Del Puerto, 2015.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantatero Bandrés, 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

Hercovich, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Buenos Aires, Biblos, 1997.

Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. por Carmen Vázquez y Edgar R. Aguilera García, Marcial Pons, 2013.

Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. por José Manuel Revuelta López, Madrid, Trotta, 2010.

Rúa, Fernando de la, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1968, núm. 49.

Sancinetti, Marcelo A., "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas *Testimonius unium non valet* y *Nemo testis in propria causa*", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, junio de 2010.

Sancinetti, Marcelo A., "Testigo único y principio de la duda", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, 2013.

Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008.

_____, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. por Daniela Accatino Scaglioti, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Zelada, Carlos J. y Ocampo Acuña, Diego A. Mauricio, "Develando lo Invisible: la Feminización de los Estándares de Prueba sobre Violencia Sexual en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Derecho en Libertad,* Revista del Centro de Investigaciones Jurídica de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, año 4, vol. 9, 2012.

Jurisprudencias

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289.

_____. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

_____. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275.

_____. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33.

_____. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

ECHR, *Case of Aydin v. Turkey* (GC), Judgment of 25 September 1997, App. núm. 57/1996/676/866.

Las controversias constitucionales, garantías procesales para el equilibrio y ejercicio del poder público

*Fabiola Martínez Ramírez**

Sumario: 1. Introducción. 2. El impacto de la reforma constitucional de 1994 en la configuración de la controversia constitucional mexicana. 3. La controversia constitucional, una manifestación del control constitucional. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

La controversia constitucional, como mecanismo procesal y garantía para la defensa y protección de la carta fundamental, que se encuentra contemplada desde la constitución de 1824,[1] ha desempeñado un papel primordial en la consolidación del Estado de derecho. Representa una garantía a la que los órganos primarios pueden acceder y cuyo fin último es el equilibrio y límite al ejercicio del poder en las atribuciones que la propia norma fundante asigna, y que coadyuva al cumplimiento y fortalecimiento de los principios del federalismo y división de poderes, indispensables para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Podemos señalar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales.[2]

Así, los derechos fundamentales cobran vigencia con mayor fuerza a partir de la segunda guerra mundial y permiten el desarrollo pleno de la per-

* Doctora, Maestra y Especialista en Derecho Constitucional por la División de Estudios de Posgrado de la UNAM. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesora de Asignatura en Derechos Humanos y Directora de Derechos Humanos del Consejo de la Judicatura Federal.

1 En las Constituciones mexicanas podemos encontrar como primer antecedente el artículo 137, fracción I, de la Constitución Federal de 1824.

2 Fix Zamudio y Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 184.

sona de conformidad con su dignidad humana, por lo que tienen una estrecha vinculación con los mecanismos de protección y defensa de la libertad así como, orgánicos que integran la parte procesal de nuestra constitución.

De lo anterior se desprende que dichos instrumentos procesales tienen como tarea primordial, que los conflictos que se plantean entre los órganos de poder se resuelvan mediante juicio de única instancia, que ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un estado, la Ciudad de México o un municipio, para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que invada alguna competencia otorgada por la normativa fundamental. La controversia constitucional como juicio procede para impugnar actos o normas generales.

Por consiguiente, tal como lo ha señalado Norberto Bobbio, el poder no solo se presenta como un cruce de fuerza y de consenso, sino además considera sus límites, "…se concibe como un poder garante y que no puede devenir en arbitrario y absoluto…".[3] Esto demuestra que existe una correspondencia directa entre el respeto por los derechos y libertades de las personas y el reconocimiento constitucional de que la resolución de conflictos deba realizarse por una instancia única y objetiva que permita dilucidar sus atribuciones, conferidas por un sistema normativo, y a quien compete la interpretación como última como órgano de cierre del sistema jurídico en nuestro país y que además dota de contenido a los derechos.

De este modo, la legalidad y legitimidad de las autoridades se encuentra dada en razón de la presencia de un sistema normativo capaz de resolver los conflictos de poderes que se ocasionan con motivo de la estructura federal que permite la existencia de diversos órdenes normativos y que define la organización del Estado mexicano.

Las controversias constitucionales representan procesos constitucionales cuyo objetivo es someter al análisis de un Tribunal Constitucional un litigio entre órganos del Estado que tiene una vinculación con la idea originaria de la norma fundamental, el reconocimiento de los derechos y los elementos organizacionales del mismo, indispensables para el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos a las personas.

El reparto de las funciones es cualidad de un sistema normativo en donde la autoridad se encuentra sujeta al imperio de la norma jurídica, especialmente de aquella que emana de un ente soberano en el que colaboran tanto la federación como los estados, multiplicando así las funciones de los poderes públicos, generando un entramado jurídico complejo.

[3] Agudelo Ramírez, Martín, "Derecho y Poder en la obra de Norberto Bobbio", en Botero Bernal, Andrés, (Coordinador académico), *Filosofía del Derecho*, Sello Editorial, Colombia, Universidad de Medellín, 2012, p. 419.

Señala Gudiño Pelayo que "la solución de conflictos políticos en el sistema político mexicano tuvo un largo historial de desaciertos y lagunas. Desde 1824 los derechos humanos ya habían captado la atención de los constituyentes y legisladores mexicanos. A finales del siglo XIX el gobierno no había depurado un sistema de solución de controversias entre entidades públicas, Federación, estados o municipios respecto a problemas de legitimidad y constitucionalidad".[4]

Por consiguiente, existe una vinculación indisoluble entre los principios de la división de poderes, el federalismo, la democracia y los derechos fundamentales. Cuando el ejercicio de los poderes resulta arbitrario y sin control no existe un marco para el respeto a las libertades y derechos de las personas. De manera directa coadyuva en la función jurídica del control de la Constitución, constriñendo el carácter normativo de los diversos órdenes jurídicos originado por la estructura federal a la norma fundamental.[5]

Del mismo modo, de gran utilidad, es la designación de los integrantes del órgano constitucional, que aseguren el control judicial de las leyes, a través de su independencia, rigor e imparcialidad. La efectiva protección de los derechos humanos de las personas adquiere una materialización real a través del respeto que los órganos tengan de la normativa fundamental.

En consecuencia, la totalidad del orden jurídico nacional y su contenido, se encuentra determinado por la Constitución federal, estableciendo y delimitando relaciones entre normas superiores e inferiores y las diversas funciones provenientes de la autoridad. Así, el control orgánico representa una garantía objetiva que vigila el cumplimiento de las autoridades frente a la norma fundamental, pero también contribuye al respeto y cumplimiento de los derechos humanos.

El carácter político y las determinaciones del partido hegemónico, la interferencia del ejecutivo en México, así como la carencia del pluralismo democrático, influyeron en la estructura del modelo de Estado de derecho

---

[4] Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004, p. XVIII. *Ver*, Martínez Ramírez, Fabiola, "Las Controversias constitucionales como medio de control constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje Mexicano a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa, 2009, p.569.

[5] Es de hacer notar que la mayor parte de sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de aquellos casos que han sido sometidos a la competencia contenciosa por la Comisión Interamericana o por un Estado y que cuentan con una Sentencia o decisión, es a países como Perú, Guatemala, Venezuela, Argentina y Colombia, los cuales se vinculan con democracias débiles y procesos políticos ligados a dictaduras. *Cfr*. http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin6spa.pdf

y posteriormente en la configuración de la controversia constitucional, que motivó la incorporación del poder judicial en asuntos que originalmente se resolvían por la vía política, y que ahora serían resueltos mediante un proceso principal, en el que se plantean conceptos de invalidez frente a la Constitución, los cuales ya en repetidas ocasiones habían resultado un tema no explorado a la luz del análisis del juicio de amparo y su improcedencia en materia electoral.

La forma de Estado federal motivó en gran medida que la interpretación de los problemas sociales y políticos, contribuyera a desacelerar el centralismo tan marcado en nuestro país. Sin embargo, la existencia del poder político encabezado por un único partido y el modelo de sistema presidencial, así como la existencia de un poder judicial que concentraba diversas tareas de constitucionalidad y legalidad, marcó el desarrollo de las garantías constitucionales que coadyuvan a la defensa de la Constitución y toda la doctrina dedicada al estudio de los medios de defensa.

Las tendencias actuales del constitucionalismo se encuentran sometidas a cuestionamientos que son analizados no solo por instancias internas, sino por órganos supranacionales, mismos que evalúan el concepto de soberanía, democracia, libertades y controles de poder, los que a su vez plantean la posibilidad de someter su desconocimiento, en su caso violación, por vías específicas.

2. El impacto de la reforma constitucional de 1994 en la configuración de la controversia constitucional mexicana

Una de las reformas más importantes para la configuración del Poder Judicial de la Federación, que impactó en la estructura de los medios de control constitucional en nuestro sistema fue la reforma judicial de 1994, cuyo objetivo principal fue consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un verdadero Tribunal Constitucional, un órgano de naturaleza especializada que por vía de control concentrado de constitucionalidad pudiera evaluar una norma o acto de carácter general frente a la norma fundante.[6]

[6] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994. Esta reforma constitucional representa una piedra angular para la consolidación de la justicia constitucional en México, a través de la misma se crea el Consejo de la Judicatura Federal, se desconcentra la función administrativa que venía ejerciendo la Corte y se le asigna la tarea en la determinación del número, división en circuitos, competencia territorial y en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito. Asimismo se le faculta para expedir acuerdos generales para el adecuado ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo que establezca la ley. Se con-

En el año de 1994, el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa para reformar diversos artículos de la Constitución, con la finalidad de modernizar el Poder Judicial de la Federación y convertir a la Suprema Corte de Justicia en un Tribunal Constitucional, por tanto se planteó:

> ….la reforma del artículo 105 constitucional a fin de ampliar las Facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se susciten entre la Federación, los estados y los municipios, entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los Poderes de las Entidades Federativas o entre los órganos de Gobierno del Distrito Federal, al ampliarse la Legitimación para promover las controversias constitucionales, se reconoce la complejidad que en nuestros días tiene la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales.[7]

Se reconoce la motivación en dicha reforma, originada por el devenir que iniciara en su momento Hans Kelsen con la configuración del Tribunal Constitucional como órgano de carácter especializado, ejerciendo un control concentrado, el cual años más tarde se expandiría por el mundo a través de la práctica y ejercicio de los procesos constitucionales que la carta magna en muchos lugares prevé para ello. De este modo, el profesor Eduardo Ferrer señala que "…si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo….". [8]

Del proceso de reforma constitucional se advierte la intención del poder reformador de la Constitución en fortalecer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de Tribunal Constitucional, ampliando las facultades que tenía previo a dicha modificación, fortaleciendo a la controversia como medio procesal cuya principal finalidad es salvaguardar el respeto del orden jurídico primario, que conlleva un régimen de responsabilidades de las autoridades que intervienen en la misma, sujetándolas a cumplir con lo dictado en la resolución constitucional.[9]

---

solidan las controversias constitucionales con la entrada en vigor de su ley reglamentaria y se crean las acciones de inconstitucionalidad.

7 Exposición de motivos de la iniciativa de reforma a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de diciembre de 1994.

8 García Belaunde, Domingo, "Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, número 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142, citador por Ferrer MacGregor, Eduardo, *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Argentina, 2009, p. 85.

9 Jurisprudencia, Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, marzo de 2008, p. 1469.

Adicional a estos aspectos, se modificó la composición de la Suprema Corte, la cual regresó a su original integración de 11 miembros, estableciendo así todo un sistema de control de constitucionalidad, vinculado a los procesos de amparo, controversia constitucional y a la acción de inconstitucionalidad de reciente incorporación como medio abstracto propuesto para las minorías parlamentarias, contribuyendo de forma notable en la consolidación del tribunal de "constitucionalidad", razón por la que fue necesaria, además, la creación del Consejo de la Judicatura Federal, órgano que asumió las atribuciones de naturaleza administrativa y cuyo objetivo es primordialmente la selección y designación de jueces y magistrados federales.

Esta influencia sobre los procesos constitucionales orgánicos vinculó una de las funciones más relevantes que en la actualidad tiene nuestro órgano de interpretación de cierre del sistema, reconociendo que dichos instrumentos procesales permiten el análisis objetivo de conflictos de poder en el marco del Estado de derecho, a través del estudio de constitucionalidad de un acto o norma general en la que se sustenta una competencia, es decir vigilan no solo el cumplimiento de los mandatos asumidos por los órganos de poder, sino a su vez el respeto en vía directa de la democracia como principio rector en un sistema de protección de los derechos humanos.

Por ello, la disertación y resolución que sobre el mismo llevan a cabo los órganos de naturaleza especializada vía control concentrado, con motivo de la legalidad y sobre todo constitucionalidad de una norma general o acto que faculte a un ente de poder, deberá resolverse por una vía judicial imperante en un estado democrático, donde cada vez con mayor frecuencia, la participación de los tribunales constitucionales cobra relevancia en la resolución de los conflictos de poder, máxime si están vinculados al reconocimiento de los derechos de las personas en un estado federal.

La reforma constitucional, por tanto, resultó determinante para la configuración de un verdadero sistema de control de la constitucionalidad, virtud por el cual, el perfeccionamiento de las normas y actos genera las condiciones propicias para garantizar la fuerza normativa de la Constitución.

Conviene destacar que en virtud de que los tratados internacionales son reconocidos como normas generales al cumplir con las características de generalidad, permanencia y abstracción, son impugnables mediante la controversia constitucional con sus reglas procesales bajo las cuales opera, con lo cual este instrumento también participa de la nueva configuración dada a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del pasado10 de junio de 2011, y los criterios de control de convencionalidad.[10]

[10] Jurisprudencia, Novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, p. 1258.

Asimismo, al ser referencia práctica la norma general o acto frente a la Constitución, se encuentra sujeta al concepto amplio y se vincula, con la existencia de un "parámetro de regularidad constitucional", permitiendo que la confrontación de los actos se encuentre sujeta no solo a normas de carácter interno, sino también a normas de fuente internacional que ya forman parte del sistema y que vigilan el respeto y garantía de estándares internacionales a los que se encuentra obligado el Estado mexicano.

El modelo previo a la reforma de 1994 nunca reglamentó el artículo 105 constitucional, no se tenía un procedimiento preciso que determinara el alcance de sus resoluciones y en términos concretos la forma de resolución de las mismas además, pudiendo incluso declarar no solo la inaplicabilidad de la ley, sino aplicando el efecto derogatorio o abrogatorio, lo que en muchos casos se ha denominado una forma de legislación negativa.[11]

Así, Bidart Campos indica que "para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización".[12]

Enseguida, se advierte que las posibilidades de controversia se contemplan en el artículo 105, fracción I, de la siguiente manera: *a)* La Federación y una entidad federativa; *b)* La Federación y un municipio; *c)* El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de las Cámaras de este o, en su caso, la Comisión Permanente; *d)* Una entidad federativa y otra, *g)* Dos municipios de diversos Estados; *h)* Dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *i)* Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *j)* Una entidad federativa y un muni-

[11] Es preciso señalar que en controversias constitucionales, los efectos de las sentencias constitucionales pueden ser *inter partes* o *erga omnes,* bajos los criterios procesales de la ley reglamentaria, y siempre que se alcance una votación de al menos 8 votos. Rivera Santibáñez señala que las sentencias constitucionales *son aquellas decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional y que tienen una trascendental importancia, ya que a diferencia de las decisiones emitidas en la jurisdicción ordinaria que ponen fin a un litigio entre particulares o de estos con el Estado, delimitan el ámbito de competencias de los órganos del poder público o en su caso restablecen los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas*. *Véase*, Rivera Santiváñez, José Antonio, "Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad", en Castañeda Otsu, Susana Ynés (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Perú, Jurista Editores, 2003.

[12] Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 21.

cipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y *l)* Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de estos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.[13]

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación; de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos a que se refieren los incisos c) y h) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente.

De la anterior transcripción se advierte que las controversias constitucionales representan una verdadera garantía de regularidad constitucional, en la medida en que permite la anulación de una norma o acto inconstitucional, de manera que sus efectos en un esquema de distribución de competencias, no generen una vulneración a los principios del federalismo, división de poderes y democracia, permitiendo el libre desarrollo de los estados y municipios, de tal manera que dichos procesos constitucionales orgánicos se dirijan a la realización de los derechos de representación, configuración y ejercicio del poder.

El federalismo, señala Ainaga Vargas, "… propugna los espacios de libertad, de democracia y de pluralismo, garantizando la multiplicidad de ideas, de culturas, de formaciones políticas y sociales, de colectividades territoriales, y todo ello en el contexto de un tejido social complejo y diversificado".[14]

El objetivo principal de la controversia constitucional es la protección a las atribuciones que la Constitución prevé para las entidades, poderes u

[13] Conviene revisar la tesis de rubro "Controversia Constitucional. El Artículo 105, Fracción I, Inciso L), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que puede suscitarse entre un Órgano Constitucional Autónomo y el Congreso de la Unión, debe entenderse en el sentido de que cualquiera de las Cámaras que lo integran puede acudir a defender sus atribuciones, sin depender de la otra". Tesis P./J.41/2015, Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, diciembre de 2015, tomo I, p. 31.

[14] Ainaga Vargas, María del Carmen, "Federalismo y globalización. Algunas reflexiones", en Astudillo, César, y Casarín León, Manlio Fabio, *Derecho Constitucional Estatal. Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 2.

órganos que y que se contempla expresamente en su numeral 105, fracción I, resguardando con ello el sistema federal y las atribuciones asignadas a tales órganos por virtud de la fuerza normativa de la carta magna.

Desde un enfoque de control constitucional, es un proceso principal cuyo objetivo se encamina a la nulidad de actos y normas que en perjuicio del promovente afecten el sistema jurídico incorporado en Constitución.[15]

En concordancia, Ainaga Vargas refiere que la mayoría de los expertos se inclinan por considerar federal al Estado que reúne una serie de elementos que esencialmente son; *a)* el reconocimiento constitucional de la estructura federal, *b)* la distribución de competencias entre la federación y los estados, también garantizada constitucionalmente, *c)* la resolución de los conflictos por una instancia neutral, generalmente un Tribunal Constitucional, *d)* instituciones representativas en los estados que actúan políticamente sin dependencia de la federación; y *e)* forma de financiación objetiva y garantizada, y un sistema de relaciones entre la federación y los estados. Este párrafo es coherente con la propuesta de nuestro modelo constitucional y federal en México.

Por ello, la multicitada innovación constitucional aportó los elementos indispensables para la creación de un Tribunal Constitucional, para el perfeccionamiento del control constitucional, la instauración de nuevas garantías procesales en defensa de la Constitución y la definición de las vías propicias para la interpretación de los derechos fundamentales de manera garantista en nuestro país por la vía de un control concentrado en manos de nuestro intérprete final.

En la actualidad, el principal tema de los actos impugnados lo constituyen; *a)* proceso legislativo, *b)* resoluciones administrativas, *c)* asignación de recursos públicos, *d)* designación o destitución de funcionarios públicos, *e)* sentencias o acuerdos de carácter jurisdiccional, *f)* fiscalización de cuentas públicas, g) omisión del legislativo o ejecutivo, y entre otros *h)* Presupuesto de egresos, responsabilidad de servidores públicos, acuerdos administrativos, etcétera.[16]

Lo anterior demuestra que los conflictos que resuelve en su mayoría la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son de naturaleza política, llevados al terreno de lo judicial por una vía principal de control que demuestran la forma de colaboración de poderes y el sometimiento de los actos a la carta magna.

---

15 *Veáse* Aja, Eliseo, *El Estado autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 2003, p. 46, *cit. por* Ainaga Vargas, María del Carmen, *op. cit*. p. 7.

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Portal de Estadística Judicial, consulta 5 jul 2017, disponible en @lex,[http://www2.scjn.gob.mx/alex/].

3. La controversia constitucional, una manifestación del control constitucional

Sin duda alguna la creación de los tribuales constitucionales como órganos especializados de control de la constitucionalidad de actos y normas, ha coadyuvado de manera notable en la defensa y garantía de los derechos fundamentales, en virtud de que la resolución de conflictos por una vía procesal y no necesariamente a través de las decisiones políticas, robustece el concepto de división de poderes, legalidad y vigencia constitucional en un Estado de derecho.

Así, la creación de un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad, que identifique la existencia de concordancia, formal y material, entre la norma inferior y la norma suprema; e impute a los actos que invadan esferas competenciales un calificativo de "inconstitucionalidad" a través de un procedimiento especializado, y llevado a cabo por vías dispuestas en el sistema jurídico a través de órganos calificados, situados dentro o fuera del poder judicial, o bien de manera independiente a los tres poderes tradicionales, y cuya única función es la resolución de litigios constitucionales, derivados de la interpretación o aplicación directa de algún precepto constitucional, presupone un sistema que se caracteriza por instituciones y órganos democráticos dirigido al respeto y garantía de los derechos y libertades en nuestro país.

Según nos indica la doctrina, existen dos grandes modelos de control de constitucionalidad, el primero es el control político de constitucionalidad y el segundo, es el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, dentro de este último situamos a los dos modelos tradicionales denominados también como difuso o americano y concentrado o europeo.[17]

El sistema de control difuso de constitucionalidad encuentra su historial en la famosa sentencia emitida en 1803, *Marbury vs. Madison,*[18] *la*

[17] Sobre este tema en particular conviene estudiar el debate jurídico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, véase Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998.

[18] El control de la constitucionalidad nos traslada obligadamente a los albores del siglo XIX, cuando la naciente República de Estados Unidos de Norteamérica daba sus primeros pasos como un Estado regido por una Constitución; en esos primeros años de vida se suscitó un serio conflicto político constitucional derivado de que el Presidente de la República saliente, *John Adams*, poco antes de finalizar su mandato, nombró a cuarenta y dos jueces, pero no hubo tiempo para entregar a todos ellos su respectivo nombramiento; así, cuando entró el nuevo presidente, *Thomas Jefferson*, algunos jueces, aunque ya estaban nombrados, carecían del documento formal que acreditara su titularidad, nombramiento que no les fue entregado por orden que el Presidente dio a *James Madison*, el nuevo secretario de Estado. Uno de los jueces relegados, *William Marbury*, ocurrió a la Suprema Corte pi-

cual sienta bases importantes en esta modalidad, con ciertas características, incidental, especial y declarativo. Aunado a dichas atribuciones, a partir del paradigma de los derechos humanos imperante desde 2011 y de su interpretación, las autoridades judiciales deben aplicar el parámetro de regularidad constitucional, incluidos por supuesto, los estándares sobre derechos humanos, lo cual no se limita a la norma, nacional o internacional, sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados, tribunales constitucionales e internacionales.[19]

En el sistema jurídico los jueces, tanto federales como locales, están facultados para emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad.[20]

Si bien es cierto que el control constitucional es una manifestación del modelo de constitucionalidad imperante a partir de la reforma constitucional de 1994, también lo es que dichos procesos y procedimientos recaen en la sustanciación de los mismos por órganos cualificados para su resolución, es decir, órganos jurisdiccionales especializados en interpretación directa de la Constitución. Por virtud de este proceso de control se realiza un examen de compatibilidad de los actos y normas generales, con el objetivo de adecuar la posible irregularidad frente a la norma de reconocimiento del Estado.

En este tenor de ideas, los procesos orgánicos, tanto controversias constitucionales como acciones de inconstitucionalidad, pretenden asegurar el cumplimiento de la carta magna, los cuales, como se ha mencionado previamente, involucran un control de convencionalidad, estos ejemplifican el modelo de control concentrado de constitucionalidad, y aunque si bien presentan diferencias notables, participan de las características de las garantías constitucionales como mecanismos de defensa en el ejercicio de las atribuciones de los poderes.[21]

---

diéndole que ordenara al Secretario de Estado que le entregara el nombramiento; para ello el demandante apoyó su petición en la sección XIII de una ley de 1789 (*Judiciary Act)*, que otorgaba facultades a la Suprema Corte para expedir órdenes (*write of mandamus*) a los órganos de autoridad. *Cfr.* Díaz Romero, Juan," Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Constitución, Derecho y Proceso*, Lima, IIJ-UNAM, IDEMSA, 2010, pp. 214-215.

19 *Véase*, Rubro: "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los Jueces Mexicanos siempre que sea más favorable a la persona", Jurisprudencia, Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 204.

20 *Véase* Jurisprudencia, Décima época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo I, p. 420.

21 Novena época, 191381, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, Tesis P./J. 71/2000, p. 965. Disponible en el anexo I. Tesis jurisprudenciales del control constitucional.

Es importante mencionar que los efectos de la resolución que declara la inconstitucionalidad de la ley son de carácter general, *erga omnes*; además, la resolución no declara solo la inaplicabilidad de la ley, sino que además tiene el efecto derogatorio o abrogatorio, lo que en muchos casos se ha denominado una forma de legislación negativa, que acompaña a la jurisprudencia creativa como tarea permanente del órgano de control.

Conviene destacar en lo que toca al control difuso de constitucionalidad, que a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2011, el control de constitucionalidad y convencionalidad persiguen un fin último, vinculado con la prevalencia de los derechos humanos reconocidos por el Estado y garantizados a través de diversos instrumentos, así las normas ordinarias que contravengan tales disposiciones se encuentran sujetas al estudio de los órganos jurisdiccionales que deban confrontarse con instrumentos internacionales, los cuales por vía de la *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos, forman parte del denominado "parámetro de regularidad constitucional", labor que se puede ejecutar a través de las dos modalidades y con efectos diversos, es decir por vía del control concentrado, a través de los órganos especializados de constitucionalidad y por la vía del control difuso, en donde la posibilidad puede involucrar la inaplicación para el caso en concreto que lleva a cabo el juez.

De ser declarada una norma general como inválida o inconstitucional a través de este proceso, los efectos de dicha resolución se limitarán a las reglas procedimentales contempladas en la ley reglamentaria, que pueden ser en dos sentidos, a las partes en la controversia, o bien, con efectos *erga omnes* si hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

4. Conclusiones

Si bien es cierto que la controversia constitucional se contempla prevista para la resolución de conflictos entre órganos primarios por la posible invasión de las esferas competenciales, desde 1824, también es cierto que como instrumento de control constitucional de la parte orgánica del sistema ha tenido diversas modificaciones que le han permitido configurarse como uno de los medios de control constitucional más relevantes en nuestro sistema.

Así, derivado del paradigma de la reforma trascendental de 10 de junio de 2011, en virtud del reconocimiento y progresividad de los derechos humanos, de la formalización del control de convencionalidad de las normas, la cual involucra no solo a los derechos humanos que consagra nuestra nor-

ma fundamental, sino además los contenidos en los tratados internacionales y su respectiva interpretación, el control concentrado del cual forma parte la controversia constitucional se amplía generando diversas posibilidades en su interpretación.

Por consiguiente, consideramos que la presencia de los principios sobre los que se sustentan los derechos fundamentales exige una nueva determinación en los objetivos, fines y procedimiento para el trámite de la controversia constitucional como garantía procesal que permite la resolución de conflictos que plantean los órganos originarios.

En este contexto, conviene destacar que con la entrada en vigor de un modelo más sustantivo en la configuración del Estado, el razonamiento que se involucra por parte de los jueces como garantes últimos de los derechos fundamentales, y la existencia de una pluralidad de órdenes normativos hace necesario el estudio de los mecanismos de control constitucional de manera diversa.

Por ello, la prosperidad que se ha dado del sometimiento de la controversia constitucional a la Suprema Corte, se ha advertido con mayor número de peticiones a partir de la tan importante reforma de 1994. El objetivo fundamental es impugnar actos, ya sea positivos o negativos, en su caso omisiones, que violenten el orden constitucional, reclamando la invalidez de normas generales o actos que estimen violatorios del ámbito competencial que para ello prevé la carta magna.

Sabedores de la importancia de dicho instrumento, nos atrevemos a señalar que su promoción, tramitación y resolución tiene una vinculación directa con la protección de los derechos fundamentales, en la medida en que coadyuva de manera necesaria al respeto del ejercicio de las atribuciones conferidas por el orden constitucional, el cual estipula reglas y principios que provienen de diversos órdenes normativos y que garantiza la existencia de un marco de equilibrio de los poderes, indispensable para la realización y respeto de los derechos y libertades de las personas,

Por ello, su tramitación supone la existencia de un verdadero proceso constitucional, mediante el cual se presenta la demanda, por virtud del cual se realiza un estudio sistemático de constitucionalidad, al que se acompaña una fase probatoria, así como la interposición de incidentes, solicitud de la suspensión entre otros, todo ello bajo el esquema del interés legítimo.

Por ello, la instrumentación del proceso contempla inclusive la suplencia de la queja, considerando la toral importancia de las resoluciones que en carácter de sentencia, sean emitidas por esta vía.

Así, las declaraciones de invalidez, aprobadas por cuando menos ocho votos, dan lugar a los efectos *erga omnes*, consolidando con ello la partici-

pación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como verdadero órgano de vigilancia y garantía de los derechos fundamentales, quien mediante esta posibilidad puede llegar a anular aquellas normas que son contrarias al texto fundamental, por lo que podemos ubicar a dicha acción como un medio de defensa de la división de poderes y del principio del federalismo, indispensables en un Estado de derecho.

Consideramos relevante mencionar que el nivel de gobierno municipal, previo a la reforma de 1994, se encontraba desprotegido, ante diversas violaciones a su autonomía por parte de las autoridades federales y estatales, quien posterior a la reforma, es un ente legitimado para reclamar su derechos a través de este juicio.

Con base en lo anterior, es posible que el municipio pueda promover contra un acto de la Federación que viole en su perjuicio derechos consagrados por el sistema constitucional y con ello quebrante el orden establecido en el mismo.

Finalmente, en esta nueva configuración constitucional se plantea como posibilidad a la controversia constitucional, dentro de un verdadero sistema de mecanismos de control, ya que mediante dicho proceso, puede verificarse también la convencionalidad de los actos, por virtud del análisis de constitucionalidad directo que realiza nuestro máximo intérprete, en razón del reconocimiento de los derechos humanos provenientes de fuente internacional, asumiendo que las normas de fuente internacional se han incorporado a nuestro sistema por virtud del reconocimiento de los derechos y libertades consagradas en instrumentos internacionales .

El comienzo del siglo XIX estuvo marcado por modelos constitucionales apoyados en el principio de la supremacía constitucional, que se entrelazan en la actualidad con la ideología de los derechos humanos y su universalización, y los cuales justifican la legitimidad política y la exigencia de la aplicación y respeto de las normas fundamentales, apoyados en la idea finalista que tiene el Estado del ejercicio del poder y los valores que buscan como el bien común.

Finalmente, se puede afirmar que el constitucionalismo y democracia son inseparables, representan la proyección última del sentido del constituyente y permiten el ejercicio pleno de la comunidad y el equilibrio de sus elementos.

Por lo cual, el derecho persigue como fin primordial, la vigencia jurídica y efectiva de las normas, materializadas como hipótesis que persiguen los frenos al límite, abusos y usurpación del poder y que permiten el desarrollo de las libertades de las personas, en un marco de exigencia a las autoridades.

5. Bibliografía

Astudillo, César, y Casarín León, Manlio Fabio, *Derecho Constitucional Estatal. Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

Botero Bernal, Andrés, (coord. académico), *Filosofía del Derecho*, Sello Editorial, Universidad de Medellín, Colombia 2012.

Castañeda Otsu, Susana Ynés (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Perú, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje Mexicano a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa, 2009.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Argentina, 2009.

Fix Zamudio y Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5ª ed., Porrúa, México, 2007.

García Belaunde, Domingo, *De la Jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, FUNDAP, México, 2004.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.

Hernández Chong Cuy, María Amparo, *Suprema Corte y controversias constitucionales: análisis de comportamiento judicial*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales en América Latina*

*Mariela Morales Antoniazzi***
*Pablo Saavedra Alessandri****

Sumario: 1. Introducción. 2. Los fundamentos de la interamericanización. 3. El impacto de la interamericanización a la luz de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH. 4. Conclusión

1. Introducción

La reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y nacional juega un papel esencial en el constitucionalismo transformador en América Latina. Desde la perspectiva de algunos autores, en la era de la globalización del derecho, la disputa irreconciliable del siglo XX entre las teorías del monismo (Kelsen) y el dualismo (Triepel) es un mero zombi: una disputa que está muerta pero se resiste a descansar en paz.[1] Consideramos que un debate de este tipo es estéril en el ámbito de los derechos humanos en la región.

El presente trabajo se centra en la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional respecto al derecho de los derechos hu-

---

* Este capítulo está basado en el texto de los mismos autores con el título "Inter-Americanization: Its legal bases and political impact", en A. von Bogdandy; E. Ferrer Mac-Gregor; M. Morales Antoniazzi; F. Piovesan y X. Soley (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune* (Oxford: OUP, 2017), pp. 255-276.

** Mariela Morales Antoniazzi, investigadora y "Referentin" para América Latina del Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado.

*** Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional,* IIJ-UNAM, 2011, pp. 285 y ss., citado recientemente por Alejandro Saiz Arnaiz, "Derechos sin soberano: algunos elementos de comparación de los dos sistemas", en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (eds.), *La América de los derechos,CEPC,* 2016, p. 528.

manos, y que se distingue por ostentar un impulso específico y propio, tal como se describe con la construcción de un *Ius Constitutionale Commun*e en América Latina (ICCAL).[2] Se trata de una noción parecida al concepto del derecho común europeo y similares son también las conceptualizaciones que sustentan definiciones como derecho de la humanidad,[3] derecho cosmopolita,[4] derecho global,[5] derecho mundial,[6] transconstitucionalismo,[7] derecho transnacional.[8]

En cuanto al impacto de dicho fenómeno jurídico, introducimos el nuevo concepto de la *interamericanización* de los ordenamientos nacionales,

---

2 Este concepto se viene gestando paulatinamente mediante el intercambio entre el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público y otras instituciones así como expertos ibero- y latinoamericanos. Entre tantas publicaciones, ver solamente Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?*, México, IIIJ-UNAM, 2010, t. II,); Bogdandy, A. von; Fix-Fierro, H.; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?,* México, IIJ-UNAM, 2011; Bogdandy, A. von; Fix Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos,* IIJ-UNAM, 2014; Bogdandy, A. von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (coords.), *Ius Constitutionale Commune na America Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade*, Curitiba, Jurúa, 2016, vol. III; Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. y Soley, X. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new Ius Commune,* Oxford, OUP, 2017.

3 Wilfred Jenks, C., *The Common Law of Mankind,* Londres, Frederick A. Praeger, 1958; Tomuschat, C., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *281 Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, p. 88.

4 Benhabib, S., "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", en Benhabib, S. y Post, R. (ed.), *Another Cosmopolitanism Berkeley Tanner Lectures 2004*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 13; Brunkhorst, H., *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft,* Frankfurt, Suhrkamp, 2002. Como concepto filosófico: Kant, I., "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", en Vorländer, K. (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Leipzig, Felix Mainer Verlag, 1964, p. 115.

5 R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; S. Cassese, "The Globalization of Law", *37 New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 973.

6 Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998; Emmerich-Fritsche, A., *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 2007; Di Fabio, U., "Verfassungsstaat und Weltrecht", *39 Rechtstheorie,* 2008, p. 399.

7 Neves, M., *Transconstitucionalismo,* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 115 y ss.

8 Jessup, P. C., *Transnational Law,* New Haven, Yale University Press, 1956; Zumbansen, P.; "Transnational Law", en Smits, J. M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Pub, 2006, p. 738.

bajo una protección multinivel de los derechos humanos.[9] En este contexto, la interacción y diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los tribunales nacionales juega un papel fundamental para configurar un "constitucionalismo transformador" y generar la "interamericanización", especialmente a la luz de las sentencias de la Corte IDH.[10] Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran una transformación en tanto se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han ratificado los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos y han reconocido la competencia de la Corte IDH y que aplican su jurisprudencia en su derecho público nacional. Por ello, la interamericanización representa un proceso de interacción y diálogo de estándares interamericanos a nivel doméstico, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas y un debate académico-jurídico, como sus rasgos predominantes.[11]

En el Sistema Interamericano se produce una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos que incluso se ha involucrado en la creación de un sistema de control difuso de convencionalidad.[12] Si a los jueces nacionales les corresponde verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se produce la progresiva interamericanización de los órdenes

9 Acosta Alvarado, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015); *idem, Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel*, consulta 15 jul 2016, disponible en *http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel*

10 *Cfr.* Morales Antoniazzi, M., "Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina", Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 417.

11 Saavedra Alessandri, P., "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E., *Construcción de un* ius constitutionale commune *en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM, Corte IDH-MPI, 2016, pp. 353 y ss.

12 *Cfr.* Negishi, Y., "Conventionality Control of Domestic 'Abuse of Power': Maintaining Human Rights and Democracy", *Italian Yearbook of International Law,* vol. XXVI, 2017; Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012.

nacionales. Se toman en cuenta normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, en particular, sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.[13]

A los fines de aproximarnos al proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales, nuestro análisis abarca en la primera parte sus fundamentos tanto constitucionales como convencionales, así como el discurso académico que ha acompañado esta gestación progresiva de estándares comunes, mientras que en la segunda parte se ofrecen ejemplos concretos de sentencias de la Corte IDH que han permitido dicha interamericanización y que evidencian el impacto de la mismas, por la utilización del derecho internacional de los derechos humanos que hacen los jueces y otros funcionarios públicos en el ejercicio de sus mandatos dentro de sus propias jurisdicciones. Unas breves líneas de conclusión se dedican a subrayar la interacción, el diálogo y el control de convencionalidad como caminos para avanzar en la interamericanización.

2. Los fundamentos de la interamericanización

2.1 Fundamentos constitucionales de la interamericanización

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por tres cambios de paradigmas: el surgimiento del pluralismo normativo,[14] la internacionalización entendida como humanización[15] y la apertura en el marco

[13] *Cfr.* Saavedra Alessandri, P. y Pacheco, G., *Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un largo y fecundo caminar por América,* Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, disponible en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf*

[14] Roman Andrade, P. W., "Pluralismo jurídico y deslinde constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, KAS, Bogotá, 2016, p. 662; Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y ss.

[15] García Ramírez, Sergio, *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, México, Porrúa, 2014. Distintos aportes sobre el impacto de los tribunales en derechos humanos se encuentran en Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García (eds.), A., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos,* México, Tirant lo Blanch, 2013. Ejemplos en el ámbito interamericano, Medellín, X., "The normative impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American national prosecution for mass atrocities", *Israel Law Review, vol. 3, núm. 43,* 2013, p. 405; Haeck, Y.; Ruiz-Chiriboga, O. y Burbano Herrera, C., *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future. Drawing on the case law of the Court*, Cambridge, Intersentia, 2015.

de la erosión del concepto de soberanía.[16] El fundamento constitucional de la interamericanización surge justamente vinculado a estas transformaciones y se encuentra plasmado en las cláusulas de apertura que se fueron adoptando a raíz de las reformas constitucionales y/o nuevas constituciones, si bien las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas.[17] Concretamente, el paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos,[18] su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de "prevalencia",[19] así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.[20]

Gracias a los llamados momentos de apertura constitucional se ha ido ampliando y reforzando dicha apertura. Entre 1988 y 1998 se regulan enunciados relativos a la prevalencia de los derechos humanos (Constitución de Brasil de 1988), y otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Incluyen igualmente cláusulas de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo Colombia 1991,[21] Perú

16 Bogdandy, A. von, y Serna de la Garza, J. M. (eds.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, IIJ-UNAM, 2014.

17 Rango constitucional a los tratados, cláusulas de interpretación conforme, cláusulas de los derechos inherentes a la persona humana, por mencionar algunos.

18 Fix-Zamudio, Héctor, "La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos", UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf* Laurence Burgorgue-Larsen, "Les standards: normes imposées ou consenties?", en Fatin-Rouge, Stefanini (ed.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?,* Presses Univ. d'Aix Marseille, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 15-30.

19 *Cfr.* Góngora-Mera, M. E., *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p. 91.

20 Carpio Marcos, E., "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", en Zaldívar Lelo de Larrea, A., Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IIJ-UNAM, 2008, t. VI, pp. 155-174.

21 El Art. 93.1 dispone que "los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno" y, también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el Art. 93.2. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. Pero otras normas son también definitorias del alcance de la regulación del Estado abierto en Colombia.

1993,[22] Argentina 1994[23]). Estas reformas constitucionales también fueron acompañadas por decisiones importantes de los tribunales nacionales, todo en consonancia con el auge de la doctrina del bloque de constitucionalidad.[24]

Ahora bien, la interamericanización es un proceso que cuenta con fundamento constitucional no solo por las disposiciones *in concreto* de la "cláusula de primacía" y/o de la "cláusula de interpretación conforme" y por ello es clave propiciar el entendimiento del Estado abierto.[25] Efectivamente, los órdenes constitucionales establecen, como la Carta Política de Colombia, por ejemplo, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna (Art. 53.4),[26] y tomando como ejemplo el mismo país, también cabe mencionar el Art. 44 de la Constitución, que establece que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.[27] Otro caso ilustrativo de la dimensión de la apertura lo ofrece la Constitución de Paraguay de 1992, que cualifica jerárquicamente a los tratados de derechos humanos, al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (Art. 142), y donde la protección internacional de los derecho humanos se determina como uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (Art. 143). En el caso argentino se interpreta que, por voluntad del poder constituyente, debe

---

22 La cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

23 El Art. 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994 enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional y deja "abierta" la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.

24 Por ejemplo, la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 9 de mayo de 1995, No 2312-95, Acción Inconstitucional, especialmente parte VII. Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97.

25 Morales Antoniazzi, M., "El estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von; Morales-Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coords.), Ius Constitutionale Commune *en Derechos Humanos en América Latina,* México, Porrúa, 2013, pp. 65-144.

26 Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Cf. C. Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

27 Reina García, O. M., "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad", en *29 Revista Derecho del Estado,* 2012, pp. 192 y ss.

procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.[28] No obstante, en 2017 se dictan sentencias que adoptan una interpretación restrictiva del Art. 75.22 de la Constitución de Argentina.[29] La doctrina ya ha aportado voces a favor y en contra de esta última decisión, que modificó la trayectoria de apertura de la Corte Suprema de Argentina.[30]

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no solo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (Art. 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4. Afirma Claudio Nash que este es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.[31]

Otro momento constitucional de apertura se ubica entre 1999 y 2009. Se refiere a las reformas de Venezuela en 1999,[32] Ecuador en 2008,[33] y Bolivia en 2009,[34] las cuales tienen implicaciones en la expansión de las cláu-

---

28 Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso *Monges, Analía M vs. Universidad de Buenos Aires*, considerandos 20-22. A. Gordillo, "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia", *1997-F LA LEY*, p. 1318.

29 Una nueva interpretación de esta norma se encuentra en el reciente caso de 2017 CSJ 368/1998 (34-M)/CSl Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

30 *La Ley*, año LXXXI núm. 39, Buenos Aires, Argentina, 23 de febrero de 2017.

31 Nash Rojas, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Chile, Universidad de Chile-Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2012, p. 33.

32 Art. 23: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

33 En el Art. 11.3 estipula que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Por otra parte, contempla una variedad de fórmulas en los artículos 417 y 424.

34 El Art. 13.IV. regula que "los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Trata-

sulas de apertura. Estas constituciones tuvieron en cuenta el progreso de las reformas anteriormente mencionadas y extendieron algunas fórmulas, como el rango constitucional de todos los "instrumentos" internacionales de derechos humanos, sin limitarse a los tratados. En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un "Estado Constitucional de Derechos y Justicia", introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término "instrumentos" en lugar de aludir a convenios y tratados a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.[35] Una manifestación de la amplitud de la apertura se concretiza también en la regulación expresa de que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus iuris* en la materia, lo que hace presumir válidamente que "el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante".[36] El reconocimiento de la multiculturalidad[37] es un rasgo característico de este momento de apertura. Incluso se argumenta en la doctrina que hay un paradigma constitucional de protección a la diversidad, todo ello en relación directa con los estándares de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas.[38]

Un reciente momento de apertura constitucional es el caso de México, en 2011,[39] que incluye el otorgamiento del rango constitucional a los

---

dos internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia". También el Art. 256 I. y II. se refieren a la apertura en derechos humanos.

35 Caicedo Tapia, D. A., "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución", en Escobar García, C. (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 504 y 521.

36 Burgorgue-Larsen, L., "Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?", en Bogdandy, A. von; Ugartemendia, J. I.; Saiz Arnaiz, A. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 375-411.

37 Roman Andrade, P. W., "Pluralismo jurídico y deslinde constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, KAS, Bogotá, 2016, p. 662.

38 Yrigoyen Fajardo, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización", en Rodríguez Garavito, C. (ed.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 139 y ss.; Russo, A. M., "El 'derecho transconstitucional de la diversidad'. La 'especialidad indígena' en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad", en *9 Inter-American & European Human Rights Journal*, 2016, pp. 94 y ss.

39 Art. 1: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger

tratados de derechos humanos. La reforma ha significado un gran avance, aunque queden todavía regulaciones críticas.[40] La clave en este caso fue que la reforma constitucional coincidió con una reforma del amparo y con importantes sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una premisa es cierta: ha sido un proceso de reforma apalancado por una relación dinámica entre la Corte Suprema de Justicia de México y la Corte IDH. En México se ha producido una transformación de la justicia a partir de una construcción dialógica con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, muy particularmente a partir del caso *Rosendo Radilla vs. el Estado Mexicano*, mediante el pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte, en el sentido de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.[41] En este sentido cabe destacar, entre otros aspectos, la prohibición constitucional de suscribir "convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (Art. 15)".[42]

El proceso de interamericanización trae consigo una ampliación de la protección que se deriva de la incorporación de la fuente normativa de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, creando con ello un bloque de constitucionalidad ampliado en materia de derechos humanos.[43] Facilita asimismo la interpretación bajo la premisa del principio *pro*

y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley…".

40 Por ejemplo en relación al Art. 29 de la Constitución mexicana. Véase Salazar Ugarte, P., "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana", en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma,* México, UNAM, 2011, pp. 257-291.

41 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Rivera León, M. A., "Conversando sobre derechos: ¿Una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?", en Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *Construcción de un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016, pp. 485-501.

42 No se analiza en este trabajo el debate acerca del alcance del art. 133 de la Constitución mexicana.

43 Más detalles en Ferrer Mac-Gregor, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El Nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM, 2011, p. 365.

persona[44] y permite tener como eje la reparación de los daños causados a las víctimas.

Al margen de los diferentes momentos constitucionales de apertura, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la denominada cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la "persona humana" o "a la dignidad humana".[45]

Como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.[46] La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional solo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.[47]

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por

---

44 *Cfr.* Cruz Parcero, J. A., "El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo", en Carbonell, M.; Fix-Fierro, H.; González Pérez, L. R. y Valadés, D. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2015, t. V, vol. 1, p. 464.

45 Constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II) Brasil (Art. 5, § 2º), Colombia (Art. 94), Ecuador (Art. 11.7), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), Uruguay (Art. 72) y Venezuela (Art. 22).

46 Ferrer Mac-Gregor, E., "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cab rera García y Montiel Flores vs. México*", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, p. 931.

47 Noriega Alcalá, H., "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno", *2/2 Revista Ius et Praxis*, 1997, p. 27.

esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*. [48]

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, "hay una 'transferencia de responsabilidades interpretativas' de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver" y encuentra que la "legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario. El intérprete inter o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos".[49] Caballero Ochoa, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula *pro persona*, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse "como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad".[50]

En líneas generales, los polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, se están perfilando con las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).[51] Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.[52] La tendencia hacia el proceso de interamericanización y la

---

48 Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las sentencias del órgano interamericano, lo cual representa no sólo una violación de la CADH sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, C., "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999–2009)", en Bogdandy, A. von; Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, 2010, t. II, p. 106.

49 Sagüés, N. P., "El poder constituyente como intérprete de la Constitución", en *XVI/16 Pensamiento Constitucional,* Lima, 2012, pp. 191 y ss.

50 Caballero Ochoa, J. L., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 62.

51 Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y ss.

52 Carpizo, J., "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *114 Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2005, p. 980.

configuración progresiva del *Ius Constitutionale Commune* cuenta con disposiciones constitucionales explícitas. Evidentemente hay oscilaciones,[53] o resistencias,[54] pero en la actualidad se comprueba cómo la gran mayoría de ordenamientos constitucionales latinoamericanos participan en la construcción del *Ius Commune* en la región.

2.2 Fundamentos convencionales de la interamericanización

Una aproximación al concepto del *corpus iuris interamericano de derechos humanos* indica que el Sistema Interamericano es un sistema jurídico-político construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, normas comunes y dos órganos de control de la protección de los derechos humanos. Los valores y principios compartidos constan, explícita o implícitamente, en el tratado de derechos humanos por excelencia del SIDH, a saber, la Convención Americana.[55] Además, el *corpus iuris* del SIDH también comprende los demás protocolos y convenciones,[56] que muestran los consensos de los Estados, al menos normativos, en cuanto a la protección de derechos humanos. Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten un doble objetivo, por una parte se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los paí-

53 Por ejemplo, las tensiones con la Corte Suprema de Justicia de Uruguay sobre el cumplimiento del caso *Gelman,* o el Tribunal Constitucional de República Dominicana en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas.

54 Por ejemplo, Venezuela denunció la CADH en 2012.

55 Ibáñez, J. M., *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 33. Disponible en: *http://iidh.ed.cr/IIDH/media/3164/manual-auto-formativo-control-convencionalidad-web.pdf*

56 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Drechos Humanos en Derechos Económicos, Sociales y ("Protocolo de San Salvador")*, 17 de noviembre de 1999; el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Pacto de San José)* 6 de agosto de 1990; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará),* 9 de junio de 1994; *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,* 7 de junio de 1999; *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia,* 5 de junio de 2013, A-68; *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia,* 5 de junio de 2013; *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,* 15 de junio de 2011. Es muy importante la reciente *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016*.

ses y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema.[57] En este sentido, en el proceso de interamericanización las bases convencionales juegan un rol fundamental al ser el elemento en común que comparten los diferentes Estados.

A nivel convencional, se observa una tendencia hacia la consolidación progresiva de un constitucionalismo regional orientado a la salvaguardia de los derechos humanos sobre la base de la CADH como "Constitución" latinoamericana, los otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH que ha ido dotando de contenido el *corpus iuris* interamericano.

La CADH, como *totum*, obliga a los Estados. Sin embargo, algunas disposiciones son clave y desempeñan un papel esencial en la integración del derecho nacional e internacional y en la promoción de la interamericanización del derecho a nivel de los Estados. Los artículos 1.1[58] y 2[59] de la CADH prevén las obligaciones generales para los Estados parte. El art 1.1 exige a los Estados: 1) que se abstengan de violar los derechos y libertades contenidos en ella (deber de respetar), lo que implica el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos previstos en la CADH y reparar su violación; 2) garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (deber de garantía) reconocidos en la Convención, que exige a los Estados "que se comporten de manera que garanticen efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"; y 3) adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto a esos derechos o libertades en el derecho interno. Por su parte, el art. 2 de la CADH, que obliga a los Estados a adecuar su legislación interna a la Convención y a la interpretación de la misma realizada por la Corte IDH, es una característica particular del Sistema Interamericano, su homólogo europeo no cuenta con

[57] García Ramírez, S., "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Ramírez, S. y Hernández, C. (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2009, p. 28.

[58] Art. 1.1. CADH: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

[59] Art. 2 CADH: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

una cláusula similar.[60] Estas normas son claves en el proceso de interamericanización del derecho doméstico, dado que obligan a los Estados a adecuar su ordenamiento y prácticas a la norma "supranacional" del derecho de los derechos humanos. Esto último ha permitido a la Corte IDH en numerosas ocasiones ordenar a los Estados la reforma de sus ordenamientos jurídicos internos para reparar una violación de dicho artículo 2, como se mostrará más adelante.

Además, los artículos 29.b y 29.c de la CADH contienen reglas para la interpretación del derecho que contribuyen a perfilar y orientar el rumbo de la interamericanización. Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. La doctrina ha sostenido que el artículo 29.b, entendido como cláusula de apertura, facilita la labor de la Corte IDH en su diálogo con la jurisprudencia internacional (universal, penal, regional, nacional y comparativa) y también permite la incorporación de *hard* y *soft law*. De esta manera, la Corte IDH participa de un enfoque "cosmopolita", al igual que su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos.[61]

De este modo, con la ratificación de la CADH, los Estados se han abierto a la aplicación directa del derecho interamericano, obligándose a adaptar su legislación e instituciones nacionales a estas normas supranacionales. La CADH es la piedra angular para la interamericanización de la legislación interna de los Estados. Y más específicamente, como la Corte IDH lo ha desarrollado en su jurisprudencia, los Estados están vinculados por el *corpus iuris* interamericano.

Asimismo, el artículo 44 de la CADH amplía el horizonte del acceso a la justicia al incorporar el llamado "Amparo Interamericano",[62] y regula el acceso a esta. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la CADH u otro instrumento internacional por un

60 Medina Quiroga, C., *The American Convention on Human Rights: crucial rights and their theory and practice*, Cambridge, Intersetia, 2016.

61 Véase al respecto Burgorgue-Larsen, L., "Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention ?", *5 Inter-American & European Human Rights Journal*, 2012, pp. 90-123.

62 Ayala Corao, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos,* Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

Estado parte. La Corte IDH ha entendido que este acceso a la justicia interamericana como parte de los recursos disponibles para el examen judicial de cualquier decisión interna que pueda violar los derechos humanos. Desde una perspectiva procesal, los mecanismos judiciales a los que se refiere la CADH son un instrumento para la interamericanización del derecho público interno, ya que obligan al Estado mediante una decisión final (cosa juzgada internacional) de la Corte IDH en aplicación de la CADH.

Dicha intervención de la Corte IDH es de carácter subsidiario, puesto que el Sistema Interamericano le ofrece a las víctimas la posibilidad de acudir a él cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel nacional. En el marco de este entendimiento, se argumenta que los órganos de protección, en particular la Corte IDH, intervienen "porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención".[63] En la doctrina se argumenta recientemente que es conveniente desarrollar también la dimensión positiva del principio de subsidiariedad. Yota Negishi se pronuncia a favor de un modelo híbrido que combina el control de convencionalidad centralizado y el difuso, en atención al papel del principio de subsidiariedad en la asignación de competencias entre los tribunales regionales de derechos humanos y los Estados parte. El principio de subsidiariedad regula la asignación de la autoridad pública en los sistemas de gobernanza multinivel y muestra una preferencia por las funciones en el nivel más bajo de la gobernabilidad. Igualmente, la subsidiariedad reasigna inversamente autoridad al nivel más alto sí, y en la medida que, el nivel más alto está en mejores condiciones para cumplir con la tarea en cuestión. De ese modo, la subsidiariedad incluye tanto el aspecto "negativo" de limitar la competencia de entidades superiores en favor de los inferiores en función de mayor deferencia, mientras que el aspecto "positivo" permite que la autoridad superior para interferir en la autoridad inferior y en ese sentido hay una mayor interferencia. La faceta positiva debe ser reforzada para el buen entendimiento de la figura del control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH.[64]

---

63 Contesse Singh, J., "Constitucionalismo interamericano: Algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en Garavito, R. (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 252.

64 Negishi, Y., "The Subsidiarity Principle's Role in Allocating Competences between Human Rights Courts and States Parties: The Hybrid Model of Centralized and Diffused Conventionality Control of Domestic Law", en Bogdandy, A. von; Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: Ius Constitutionale Commune na América Latina*, Brasil, 2015 (en edición).

Se interpreta que las decisiones de la Corte IDH repercuten en el "fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales.[65] Incluso, advierte Sergio García Ramírez que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.[66] Héctor Fix Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.[67] Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo interjudicial.[68]

2.3 Interamericanización del discurso jurídico-público

La interamericanización envuelve el uso de los estándares jurisprudenciales en el debate público,[69] en la actividad jurisdiccional[70] y extrajudicial (defensorías del pueblo por ejemplo),[71] pero también encierra el litigio estratégi-

65 Discurso del Presidente de la Corte IDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

66 Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06.06.2007, p. 3. Disponible en: *http://www.Corte IDH.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf*.

67 Fix-Zamudio, H., "Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corzo Sosa, E. (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 599-695 y 670.

68 Toro Huerta, M. I. del, "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano", en Corzo Sosa E. (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 531-575 y 537.

69 Por ejemplo, en el caso del proceso de paz en Colombia, véase por ejemplo Bernal Pulido, Carlos, "Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: The case study of the legal framework for peace in Colombia", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, núm. 3, 2014, pp. 1136-1163.

70 Se pueden mencionar tres decisiones emblemáticas: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (9 may 1995), No 2312-95, Acción de Inconstitucionalidad, especialmente parte VII; Tribunal Constitucional de Perú (21 jul 2006), No. 2730- 2006-PA/TC, Fundamentos para 12; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional (10 jul 2015), No. 323-2012ac.

71 CNDH, México, Recomendación No 3VG/2015 relacionada con el caso de ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán. <*http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_004.pdf*>

co[72] y el discurso académico.[73] Particularmente, en relación a la interamericanización del discurso vale la pena resaltar las afirmaciones que Leonardo García Jaramillo toma de la propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson[74] para introducir la utilidad de los "cánones jurídicos que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones trasnacionales". Dichos cánones se destinan a: primero, "cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de derecho (*canon pedagógico*)", luego sobre qué casos claves y materiales deben hacerse del conocimiento público respecto a cuestiones centrales del desarrollo constitucional (*canon de cultura general*) y, por último, cuáles casos claves y materiales deberían ser del conocimiento de los académicos sobre las teorías del derecho constitucional (*canon teórico-académico*).[75]

En el ámbito del canon de la teorización se encuentran diversos aportes desde la academia para definir los impactos de lo que defino como interamericanización. Por ejemplo, la noción de 'constitución convencionalizada' (Néstor Sagués),[76] 'convencionalización del derecho' (Eloy Espinosa-Saldaña Barrera)[77] o 'constitutionalization of Inter-American law, (Ludovic

---

72 Herencia Carrasco, Salvador, "Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change", en *Revue Québécoise de Droit International*, 2015, ed. especial, pp. 199-220; Baluarte, David C., "Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims' Representatives", en *American University International Law Review*, núm. 27, 2012, pp. 263-319.

73 Sobre el *ius constitutionale commune*, véanse recientes publicaciones, a saber, Caldas, R. en A. Saiz Arnaiz (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62; Torres Zúñiga, N., "Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Santolaya, P. y Wences, I., *La América de los derechos,* Madrid, CEPC, 2016; Ibañez Rivas, Juana María, "La República del Perú", en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los Estados partes,* Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1, pp. 621-749.

74 Balkin, J., Levinson, S., "The Canons of Constitutional Law", *111 Harvard Law Review 963*, 1998.

75 García Jaramillo, L., "De la 'constitucionalización' a la 'convencionalización' del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune", 2016, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, pp. 163 y ss.

76 Sagués, N., "De la Constitución Nacional a la Constitución 'Convencionalizada'", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía Giovanni A. (coords.) Diccionario de Derecho Procesal Constitucional, México, UNAM, 2014.

77 Espinosa-Saldaña Barrera, E., *Notas sobre la aplicación del principio de legalidad en el escenario internacional y su incidencia en la labor de las diversas administraciones públicas*, disponible en *http://derechoydebate.com/admin/uploads/ESPINOSA-SALDANA-ELOY.pdf*

Hennebel).[78] Precisamente bajo este enfoque del constitucionalismo transformador en América Latina, Armin von Bogdandy califica al discurso jurídico-público en torno a los derechos humanos como un elemento común.[79] Igualmente, no cabe duda a nivel regional, que casos emblemáticos como la desaparición de los 43 estudiantes en Iguala, México, así como el proceso de paz en Colombia, han estado impregnados del debate sobre el cumplimiento de los estándares, analizados en las discusión teórico-jurídica, con un eco en la esfera pública de manera creciente y progresiva.

3. El impacto de la interamericanización a la luz de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH

Aunado a los fundamentos convencionales de la interamericanización, ese es el que se refiere a la reparación integral ordenada por la Corte IDH. En este sentido, debe tenerse en cuenta que desde los inicios del litigio ante tribunales internacionales se ha considerado como principio general del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional trae consigo la correlativa obligación de reparar el daño de forma adecuada.[80]

Una de las contribuciones más importantes del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido la *reparación integral* por violaciones de derechos humanos.[81] La Convención Americana dispone en su artículo 63.1 que "la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

La Convención Americana le ha dado competencia a la Corte para ordenar a los Estados parámetros destinados a reparar "las consecuencias de

78 Hennebel, L., "The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism", *Quebec J. Int'l L.*, ed. especial, 2011, pp. 71 y ss.

79 Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flavia y Soley, Ximena, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-21,* disponible en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583*.

80 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Factory at Chorzow,* jurisdicción, 26 de julio de 1927, p. 21.

81 Para este análisis se toma como referencia la contribución del autor Pablo Saavedra Alessandri en la obra *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana,* García Roca, J., y Carmona Cuenca, E. (eds.), Aranzadi, 2017.

la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos" y, a su vez, con las disposiciones generales antes indicadas relativas al deber de respeto y garantía, así como a la obligación de adoptar medidas, se le abrió un camino para que dicte medidas que busquen, por un lado, atender las necesidades de las víctimas, tanto en una dimensión individual como en una colectiva y, por el otro, atender cuando corresponda el problema estructural que originó la violación.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana ha sido pionera en promover y asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual ha favorecido la adopción de medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniarias, para atender no solo los daños ocurridos a las víctimas, sino también las falencias estructurales que sirvieron como causas a dichas violaciones a los derechos humanos. Para efectos de comprender la gran amplitud de medidas ordenadas por la Corte IDH como reparaciones de carácter integral, una posible agrupación de las mismas es la siguiente: medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, obligación de investigar y sancionar a los responsables, garantías de no repetición e indemnización y pago de costas y gastos.[82]

Especial atención queremos asignar a las denominadas garantías de no repetición. La Corte IDH ha señalado que cuando se ha culminado el proceso internacional y se dicta sentencia, es necesario que el Estado evite la reiteración de las conductas que llevaron al litigio. La sentencia y las reparaciones en ella ordenadas deberían proporcionar un nuevo marco y una nueva visión que permita superar efectiva y oportunamente los problemas identificados. Es por ello que la Corte IDH ha incorporado al catálogo de las reparaciones —en su sentido más amplio— distintas medidas dirigidas a evitar que se repitan los hechos constitutivos de las violaciones declaradas en el caso, así como otras medidas de derecho interno orientadas a impulsar las modificaciones necesarias para adecuar el derecho interno o prácticas la Convención Americana. Estas medidas tienen un alcance o repercusión que trasciende el caso en particular y en muchas ocasiones resuelven problemas

[82] Londoño Lázaro, M. C., *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, Universidad de la Sabana, 2014. En ámbitos específicos, Russo, A. M., "El 'derecho transconstitucional de la diversidad'. La 'especialidad indígena' en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad" 9, *Inter-American & European Human Rights Journal*, 2016, pp. 94 y ss. Bajo el enfoque del *ius commune*, García Ramírez, S., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *ius commune, Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina", en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 55 y ss.

estructurales, viéndose beneficiadas no solo víctimas del caso, sino también otros miembros y grupos de la sociedad, es decir, tienen efectos generales.

De este modo, la Corte IDH al conocer de un caso puede ordenar al Estado como garantía de no repetición que repare la violación a través de reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio de prácticas en los casos en los que la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada, el déficit institucional o práctica existente, fueron quienes sirvieron de cimiento para que se generara la violación, evidenciando una falencia estructural.

La reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de política pública o cambio de práctica, busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que se evite que hechos de la misma naturaleza vuelvan ocurrir y de ese modo puedan garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la CADH.

Las garantías de no repetición se pueden dividir en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber, en primer lugar la adopción de medidas de derecho interno; en segundo lugar, la capacitación a funcionarios públicos y/o educación a la sociedad en materia de derechos humanos; y en tercer lugar, otro tipo de medidas generales:

– *Adopción de medidas de derecho interno de carácter transformador.* Se trata de medidas legislativas o de adopción de políticas públicas dirigidas a cambiar alguna situación estructural de origen normativo, práctica existente o déficit institucional que tiene lugar en el Estado responsable de la violación. Estas medidas están orientadas a evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de prevención y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas legislativas o políticas públicas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos. En este ámbito, la Corte IDH ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en diversas materias que, a su vez, han conllevado actos de diversa naturaleza. Algunos ejemplos de órdenes con carácter estructural son la reforma a la Constitución Política de Chile en materia de libertad de expresión de manera que se eliminara la figura de censura cinematográfica establecida en esta y se pasara a un régimen de calificación cinematográfica;[83] la declaración de invalidez y de carencia de efectos de las leyes de autoamnistía de Perú;[84] la adecuación de las normas

[83] Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

[84] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

procesales y sustantivas en materia de combate al terrorismo en Perú;[85] garantizar el derecho de acceso a la información en cuestiones de interés público en Chile;[86] crear un mecanismo eficaz de reclamación y demarcación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas en Nicaragua;[87] el derecho a recurrir un fallo ante un tribunal superior en materia penal;[88] la tipificación del delito de desaparición forzada de personas;[89] la restricción de la jurisdicción penal militar para la investigación de violaciones de derechos humanos;[90] modificar la regulación del código penal respecto del delito de asesinato en lo relativo a la peligrosidad del agente;[91] establecer un recurso judicial sencillo que permita controlar las decisiones del máximo órgano electoral que afecten a derechos humanos;[92] eliminación de la prohibición de practicar fecundación *in vitro* para aquellas personas que lo requieran;[93] restricción del servicio militar para menores de edad en Paraguay;[94] regulación de la declaratoria de los estados de emergencia y suspensión de garantías a los estándares internacionales;[95] adecuación de la normativa interna para que se dejen hacer cobros por el depósito y manejo de los bienes que son aprehendidos a personas que no han sido condenadas

85 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

86 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

87 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

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

89 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92.

90 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

91 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126.

92 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

93 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

94 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

95 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166.

por sentencia firme;[96] la reforma de la normativa sobre injuria y calumnia en Argentina;[97] dejar sin efecto la ley de amnistía en El Salvador;[98] la protección de la niñez en Guatemala.[99] Es interesante observar que todas estas reformas aludidas fueron efectivamente implementadas por los Estados.

Cuando la Corte IDH ordena una reforma legislativa, no se satisface con el hecho que el Estado anuncie o presente un proyecto de ley, sino que es necesario que este efectivamente se transforme en ley en los términos indicados en la sentencia.

– *Capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos*. Debido a que la gran mayoría de violaciones de derechos humanos son producidas por la actuación u omisión de funcionarios estatales (fuerzas armadas, policía, operadores de justicia, personal penitenciario, profesionales de la salud, etc.), resulta de vital importancia ordenar a los Estados que fortalezcan sus capacidades institucionales brindando capacitación especializada y permanente a sus funcionarios en materia de normas y principios de protección de derechos humanos. Estas capacitaciones buscan brindar a los funcionarios públicos nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades y prepararlos para desempeñar sus funciones en apego a los derechos humanos que están obligados a proteger y garantizar. El tipo y destinatarios de la capacitación depende de la violación declarada en la sentencia, de manera que el objeto de la capacitación puede ser, en general, la normativa internacional en materia de protección a los derechos, o puede tratarse de capacitaciones más específicas. Hay ejemplos de capacitación al personal con funciones migratorias,[100] con funciones en materia de solicitudes sobre acceso a la información,[101] sobre materia del derecho a la salud,[102] y sobre derechos humanos a las fuerzas armadas.[103]

---

96 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

97 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

98 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252.

99 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

100 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.

101 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

102 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

103 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163.

– *Otro tipo de medidas de repercusión general*. Hay otro tipo de medidas de no repetición que puede dictar la Corte IDH dependiendo de las falencias estructurales que observe en cada caso en particular. Estas medidas pueden ser de muy diversa índole, pudiendo señalar, a modo de ejemplo, la implementación de un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones en donde se identifique al detenido, los motivos de la detención, autoridad competente, día y hora del ingreso y liberación e información sobre la orden de detención (*Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*);[104] la realización de un programa de registro y documentación de los miembros de la comunidad con el objeto que puedan obtener documentos de identificación;[105] la estandarización de protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación utilizados para investigar los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios contra mujeres.[106]

A continuación, expondremos con mayor detalle algunos ejemplos de medidas de carácter legislativo antes enunciadas y que son un buen reflejo de este proceso de interamericanización.

a) La modificación constitucional derivada del caso la *Última Tentación de Cristo* en Chile

El caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile* se refería a la censura cinematográfica de la película "La Última Tentación de Cristo" como consecuencia de una decisión judicial de la Corte Suprema amparada en la Constitución Política de Chile de 1980.[107]

La Constitución Política, en su artículo 19 número 12, reconocía el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, consagraba un sistema de censura cinematográfica.[108] Conforme a la legislación chilena, el órgano encargado de determinar la procedencia de la censura cinematográfica era el Consejo de Calificación Cinematográfica. En 1996, dicho Consejo revisó una decisión que previamente había adoptado en 1988, donde se había

104 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99.

105 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

106 Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

107 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

108 En efecto, la referida disposición preveía que "La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas". *Vid. Texto de la Constitución Política de la República de Chile,* 24 de octubre de 1980, artículo 19 número 12, disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24

prohibido la exhibición de la película aludida, y autorizó su exhibición para mayores de 18 años. Un grupo de ciudadanos, en nombre propio, de la iglesia católica y Jesucristo interpusieron un recurso de protección ante los tribunales internos (Corte de Apelaciones) para que se prohibieran la exhibición de la película, toda vez que se sintieron agraviados al haberse permitido la exhibición de la misma. El recurso fue acogido, en noviembre de 1996, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efectos dicha resolución del órgano administrativo, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.[109]

En el año 2001, la Corte Interamericana dictó sentencia en dicho caso, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana y violado el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) de la misma Convención, al haber mantenido y aplicado la censura cinematográfica prevista en el ordenamiento jurídico chileno, y dispuso que "el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo'".[110] La Corte, además, señaló que:

> las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa [...] En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.[111]

El 10 de junio de 2001, el Congreso Nacional chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica que sería regulado por ley.[112] En el mismo orden ideas, se adoptó la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, la cual estableció un sistema para la ca-

[109] Chile era parte de la Convención Americana desde 1990.

[110] Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,* resolutivo 4.

[111] Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, supra,* párr. 98.

[112] En efecto, el texto constitucional previó desde ese momento que "[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica", y eliminó toda referencia a su censura. *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística,* 25 de agosto de 2001, artículo 19 número 12, disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=188827&idVersion=2001-08-25*

lificación de la producción cinematográfica de acuerdo a la edad.[113] Incluso previó que las películas que hayan sido previamente rechazadas dejarán de estarlo.[114] Más aún, es relevante tener en cuenta que en el debate parlamentario ante la Cámara de Diputados y el Senado chileno, se refirió a la necesidad de dar cumplimiento con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[115]

En cuanto a la película "La Última Tentación de Cristo", se observa que fue recalificada por el recién creado Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría correspondiente a mayores de 18 años, y fue exhibida al público desde el año 2003.[116] Con base en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana declaró en el 2003, que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la referida sentencia.[117] De igual modo, otras películas que habían sido censuradas pudieron ser exhibidas.

Se puede identificar que en el presente caso, la falencia estructural que generó la violación de derechos humanos, y consecuentemente, la responsabilidad internacional de Chile, se encontraba prevista en su Constitución Política, la cual tenía una norma manifiestamente incompatible con la Convención Americana, como era la censura cinematográfica. Si bien los tribunales chilenos tuvieron la posibilidad de enmendar esta situación de manifiesta incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional, no lo hicieron, sino más bien lo avalaron, lo que llevó a una consolidación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile. La Corte Interamericana identificó dicha falencia normativa y ordenó su adaptación a las normas del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia del caso de la *Última Tentación de Cristo,* y le ordenó, como parte de sus reparaciones, la reforma de su Constitución y leyes secundarias. En efecto, Chile procedió a eliminar la censura cinematográfica constitucionalmente contemplada, y cambió su régimen por el de calificación cinematográfica, permitiendo garantizar efectivamente el

113 Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, 4 de enero de 2003, disponible en: *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396*

114 Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, disposición transitoria 1.

115 Al respecto, durante el debate y aprobación de dicha ley se hizo en numerosas ocasiones referencia a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia del caso. *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica,* pp. 117, 120, 379, 384 y 396, disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396*

116 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003, visto 20.

117 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolutivo 1.

derecho a la libertad de expresión, y corrigiendo la falencia estructural que aquejaba a la sociedad en su conjunto.

Este caso quizás se ha trasformado en uno de los casos más emblemáticos en cuanto a garantías de no repetición, ya que la Corte le ordenó a Chile reformar nada más y nada menos que su Constitución Política, lo que en otros tiempos podría haber parecido una intromisión indebida en asuntos propios de la soberanía estatal como lo es una enmienda constitucional, la sentencia de la Corte fue bien recibida y sirvió como una nueva herramienta para impulsar el cambio que deseaban las fuerzas democráticas sobre el particular y que por diversos motivos no había prosperado.

b) La creación de un procedimiento administrativo para garantizar el acceso a la información pública y educación de funcionarios públicos en Chile a raíz del caso Claude Reyes.

El caso de *Claude Reyes vs. Chile* se refirió a la negativa parcial del Comité de Inversión Extranjera de brindar la información requerida por tres ciudadanos sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en el Sur de Chile y, según los requirentes de la información, "p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile".[118] Contra dicha negativa del órgano administrativo de entregar la información requerida, los afectados ejercieron un recurso de protección impugnando dicho acto y argumentando, entre otros, que se afectaba el control social sobre los órganos del Estado al no permitirse el acceso a información en asuntos de interés público. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chile.

Debe señalarse que el Comité de Inversión Extranjera referido mantuvo como práctica "no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de 'carácter reservado la información referida a terceros'".[119] En el mismo orden de ideas, mediante Resolución Exenta No. 113 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se estableció que "tendrán el carácter [de] secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público."[120]

La Corte Interamericana dictó sentencia en el año 2006 y determino que Chile había violado el derecho al acceso a la información, toda vez que

[118] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 3.

[119] *Ibidem,* párr. 57.21.

[120] Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, *Resolución Exenta No. 113*, 24 de marzo de 2003, art. 1, citada en Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, supra,* párr. 57.22.

la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública y que el Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en su gestión, lo que permite el control democrático de sus gestiones, de forma tal que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Asimismo, la Corte señaló que el derecho de acceso a la información debe guiarse por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información bajo el poder del Estado es accesible. De igual modo, indicó que el Estado puede poner restricciones al acceso a determinada información, siempre y cuando cumpla con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática, de modo que se encuentren orientadas a satisfacer un interés público imperativo, de proporcionalidad en la medida que se restrinja lo menos posible el ejercicio del derecho protegido y debe ser razonable en cuanto es un medio conducente para alcanzar el objetivo que se busca en relación con la injerencia en el goce del otro derecho.[121]

Además, la Corte determinó que Chile violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, en tanto que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que justificara la negación parcial de suministro de la información solicitada por las víctimas,[122] y en tanto que el recurso de protección ejercido no resultó como recurso judicial efectivo para atender a la denegatoria de información.[123]

En atención a lo anterior, la Corte le ordenó a Chile:

> adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención […] ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención […] lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.[124]

Por las razones antedichas, la Corte ordenó, entre sus medidas de reparación, que "Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de los cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de

121 *Cfr.* Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 3, párrs. 91 a 93.

122 *Ibidem,* párr. 122.

123 *Ibidem,* 137 a 139.

124 *Ibidem,* párr. 101.

información, que fije plazos para resolver y entregar la informacións".[125] En el mismo orden de ideas, ordenó la "capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales", ya que las pruebas aportada en el expediente "coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información".[126] La Corte observó que no era suficiente la trasformación institucional si esta no estaba acompañada de un cambio cultural y para esto último era necesario la capacitación de los funcionarios públicos.

En agosto de 2008, se promulgó y publicó la Ley No. 20.285 sobre "Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado", tomando en consideración la sentencia de la Corte Interamericana al caso *Claude Reyes*,[127] donde se "regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información",[128] y prevé que "los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado".[129] Asimismo, la referida ley creó y estableció las facultades del Consejo para la Transparencia, institución que tiene por objeto "promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información".[130] Teniendo esto en cuenta, la Corte concluyó que el Estado "cumplió con la obligación de adoptar [...] las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado".[131]

---

125 *Ibidem,* párr. 163.

126 *Ibidem,* párrs. 164 y 165.

127 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 20.285 sobre acceso a la información pública,* pp. 166, 175, 275, 277, 343, 344, 350, 351, 353 y 384, disponible en: *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363*

128 Ley sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008, art. 1, disponible en: *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363*

129 Ley sobre Acceso a la Información Pública, art. 5.

130 *Ibidem,* art. 32.

131 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, párr. 14.

En cuanto a la medida de capacitación a funcionarios públicos con relación al acceso a la información, la Corte consideró acreditado que "la capacitación en materia de acceso a la información pública se ha venido desarrollando en forma regular desde el dictado de la sentencia [y que] existe una planificación de actividades, incluyendo la correspondiente asignación presupuestaria aprobada, para continuar con dichas tareas en el futuro", por lo cual consideró que Chile dio cumplimiento a su obligación de capacitación dispuesta en la sentencia.[132] En efecto, la Corte observó acciones de capacitación llevadas a cabo por la Agencia para la Probidad y la Transparencia creada en Chile en 2008, diversos seminarios brindados a los funcionarios públicos, la incorporación en el presupuesto nacional del año 2008 de recursos para iniciar un Plan Quinquenal de Capacitación en Probidad y Transparencia, y la elaboración de un Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, entre otras.[133]

Como se ha podido observar en el presente caso, la falencia estructural se encontraba, por un lado, en la falta de un mecanismo que regulara efectivamente el acceso a la información pública en manos del Estado y de un recurso efectivo que resolviera las solicitudes de información y, por otro lado, en que había una cultura o práctica del servicio público de reserva de la información que le era requerida. Al igual que el caso previamente analizado, los tribunales de justicia tuvieron la posibilidad de enmendar la situación y no lo hicieron, sino más bien la ampararon consolidando de este modo el incumplimiento de Chile a sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de esto, la garantía de no repetición de la Corte se orientó a la creación de un mecanismo o procedimiento claro que canalizara y resolviera las solicitudes de información, esto necesariamente debía ir acompañado de un cambio cultural en los funcionarios públicos a través de programas de capacitación.

Es interesante destacar que el Estado fue más allá de lo ordenado por la Corte de crear solamente un procedimiento que regulara el acceso a la información, sino que además creó un órgano de protección y promoción del derecho al acceso a la información, como fue el Consejo de la Transparencia. Estas medidas han tenido un gran impacto en el fortalecimiento de la vida democrática de Chile y en la corrección de las mencionadas falencias estructurales, ya que se ha permitido que se articule un sistema que permite un mayor control social de la gestión pública a través del empoderamiento efectivo de los ciudadanos de su derecho al acceso a la información y, por otro lado, que la transparencia y publicidad de la gestión pública prime sobre la reserva de la misma.

132 *Ibidem,* párrs. 20 y 21.

133 *Ibidem,* párr. 15.

c) La expulsión del ordenamiento jurídico de las leyes de auto amnistía en Perú a raíz de la sentencia al *caso Barrios Altos*

El caso *Barrios Altos vs. Perú* se refiere a la ejecución extrajudicial de 15 personas y a la violación de la integridad personal de otras 4 por parte de 6 miembros del Ejército peruano que actuaban en el "escuadrón de eliminación" llamado "Grupo Colina", durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En particular, en el presente artículo se hará referencia especial a la aplicación de las leyes de auto-amnistía vigentes a esa fecha en Perú como obstáculos al acceso a la justicia de las víctimas de los hechos y su incompatibilidad con la Convención Americana.[134]

En este sentido, se debe señalar que el 15 de junio de 1995 entró en vigor la ley 26.479 "que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos o participado en esas violaciones, la cual concedió una amnistía "a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones a derechos humanos". Visto que una jueza decidió desaplicar dicha ley de amnistía a los procesos penales en su juzgado, entre ellos el correspondiente a *Barrios Altos,* porque violaba garantías constitucionales y obligaciones internacionales del Perú, el Congreso decidió emitir la ley 26.492 en 1995, con el fin de interferir con las actuaciones judiciales del caso bajo estudio, e incluso amplió el alcance de la amnistía, declarando que no era revisable en sede judicial su contenido, y que la amnistía se aplicaba incluso en los casos en los que no hubieren sido denunciadas las violaciones a derechos humanos incurridas. En este sentido, la Sala de la Corte Superior decidió el archivo definitivo del proceso en el caso *Barrios Altos,* resolviendo que la ley de amnistía no era antagónica con la Constitución ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso, porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la jueza fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente.[135] Perú era parte de la Convención desde 1978.

En el año 2001, la Corte Interamericana emitió sentencia de fondo en el caso bajo estudio, declarando entre otros, la responsabilidad internacional del Perú por violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad

134 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, párr. 2.

135 *Cfr.* Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, *supra* nota 16, párr. 2.n

personal, de las garantías judiciales y de la protección judicial previstas en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas del caso. En este sentido, la Corte señaló que

> [L]as leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez […] impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos […] y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.
>
> […] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.[136]

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 "son incompatibles con la Convención […] y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos"[137]. La Corte, posteriormente, en sentencia de interpretación, dispuso que "[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación [y por lo tanto, dadas las violaciones perpetradas por las leyes de amnistía referidas] lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales",[138] es decir lo señalado por la Corte tenía efectos *erga omnes*.

La Corte consideró cumplido lo correspondiente al efecto general de ineficacia de las leyes de amnistía en el año 2005.[139] Las sentencias (fondo e interpretación) correspondientes al caso de *Barrios Altos* tuvieron un impacto directo en los distintos operadores de justicia peruanos. El fiscal de la Nación emitió una resolución mediante la cual dispuso solicitar a la Sala o Juzgado correspondiente "la ejecución de las sentencias supranacionales", y poner dicha resolución en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fiscales supremos, presidente

136 *Ibidem,* párrs. 42 y 43.

137 *Ibidem,* Fondo, resolutivo 4.

138 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83, párr. 18.

139 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, resolutivo 1.

del Consejo Supremo de Justicia Militar y fiscales superiores decanos a nivel nacional.[140]

Esto llevó al reinicio de investigaciones, de procesos penales, e incluso de condenas contra los perpetradores de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto peruano entre 1980 y 2000. Se debe destacar la condena a 25 años de prisión al expresidente Alberto Fujimori, "'en su condición de autor mediato de los delitos de homicidio calificado bajo la circunstancia agravante de alevosía en agravio de las víctimas mortales' y 'lesiones graves en agravio de cuatro víctimas' del presente caso".[141]

En el mismo orden de ideas, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, conocido por la Corte Interamericana poco después del caso *Barrios Altos* y en donde se siguió la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró "NULA en todos sus extremos, la ejecutoria suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de amnistía [… y] que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía", donde se constató que la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención "se ha visto concretada en general en el Perú" desde la emisión de la sentencia al caso *Barrios Altos*.[142] El presidente Alberto Fujimori también fue sentenciado a pena privativa de libertad como consecuencia de los hechos de *La Cantuta*.

Se observa que la falencia estructural en este caso consistía en que el Estado, a través de la emisión de las leyes de autoamnistía, renunciaba expresamente al ejercicio de su potestad punitiva en casos de violaciones de derechos humanos, lo que traía aparejado la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia, generando, en consecuencia, su total indefensión. De este modo, el propio Estado deliberadamente se transformó en el creador y propiciador de la impunidad de violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Corte señaló enfáticamente que las leyes de autoamnistía no podían tener efecto alguno y que no podían seguir siendo un obstáculo para las investigaciones. De este modo, la sentencia de la Corte desarticuló el andamiaje de la impunidad estructural, y todo lo que ellos conlleva consigo, y dio paso a una nueva realidad que permitió que se reabrieran o iniciaran cientos de investigaciones, las víctimas tuvieran acceso a la justicia, los responsables de violaciones de derechos

140 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *supra,* considerando 15.

141 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución de la presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009, considerando 10.

142 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, *supra,* párr. 187.

humanos pudieran ser efectivamente juzgados y se conociera la verdad de lo ocurrido.

Esta sentencia de la Corte es quizás una de las más emblemáticas en cuanto al combate a la impunidad y la perpetuidad de la misma en el tiempo, sobre los deberes y límites que tienen los Estados respecto a la investigación de casos de graves violaciones de derechos humanos. Es interesante traer a colación cómo esta sentencia de la Corte en el caso *Barrios Alto* fue utilizada posteriormente por la Corte Suprema de Argentina para dejar sin efecto las denominadas leyes de amnistía de ese país.

La Corte Suprema Argentina, conociendo un recurso de hecho en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, dejó sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final a la luz a del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta, indicó en su razonamiento, que el legislador, en el momento de aprobar las leyes de obediencia debida y de punto final, buscó amnistiar los graves hechos delictivos ocurridos durante el régimen militar, como una manera de preservar la paz social, frente al conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad Argentina. Es así que indicó, que en ese entonces "la armonía socio-política era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuidad de la persecución penal de los beneficiarios de la ley".[143]

Asimismo, la Corte Suprema de Argentina indicó:

> … que desde entonces hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos… ya no autoriza al Estado a tomar ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica en el olvido de hechos de esa naturaleza….El Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que conlleven crímenes de lesa humanidad.

Continuó diciendo que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana…,

[143] Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad. Causa, núm. 17.778.

constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" y en consecuencia "las… dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado establecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos…", ya que "la traslación de (sus) conclusiones al caso argentino resulta imperativa…".[144] La sentencia en comento, además, señaló que:

> desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de aquéllas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen la presente causa.

Hemos querido a traer a colación este caso resuelto por la Corte Suprema Argentina en relación a las leyes de amnistía de ese país y sobre el cual la Corte Interamericana no ha conocido caso alguno sobre esa materia, para mostrar cómo el contenido y alcance de su jurisprudencia tienen un impacto directo en jurisdicciones diferentes sobre la cuales se pronunció a través de lo que se ha denominado diálogo jurisprudencial.[145] En este caso, la jurisprudencia interamericana fue uno de los principales insumos o herramientas que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de Argentina para poner límites al ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la investigación de graves violaciones de derecho humanos y, de ese modo, levantar el manto de impunidad en que se encontraban muchas violaciones de derechos humanos.

d) La creación de un procedimiento administrativo para poder delimitar las tierras indígenas en Nicaragua a raíz del caso *Awas Tingni*

El caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* se refiere a la concesión que otorgó el Estado nicaragüense a la compañía Sol del Caribe (SOLCARSA) con el objeto de realizar, en las tierras de la comunidad indígena Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y explotación de madera, sin el consentimiento de esta. Esta situación fue posible como consecuencia de la inexistencia de

144 Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad. Causa, núm. 17.778.

145 Al respecto, véase: Ayala Corao, C. (2012), *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad,* pp. 68 a 102, y Dulitzky, A. (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado,* en: *Abregu, M, et al., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 66 a 73.

un procedimiento o mecanismo efectivo para demarcar y titular la tierra indígena.[146]

La Corte concluyó que en Nicaragua no existía un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas y que el Estado no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para tales efectos con respecto a las tierras de comunidades indígenas. Como consecuencia de lo anterior, la Corte pudo constatar que en el caso en concreto de la comunidad *Awas Tingni,* no se había delimitado su propiedad y que la misma estaba siendo afectada por concesiones forestales, situación que creaba un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la comunidad Awas Tingni, en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocían hasta dónde pueden usar y gozar libremente de la misma.

A raíz de lo anterior y haciendo una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada protegido por la Convención Americana en cuanto a que esta protege la propiedad comunal, la Corte concluyó que la falta de un procedimiento para la demarcación y titulación afectaba el derecho de propiedad comunal que tenían los miembros de la comunidad Awas Tingni sobre su tierra, toda vez que las concesiones dadas por Nicaragua a terceros para la explotación de bienes y recursos podrían encontrarse dentro del territorio de esta. Al respecto, indicó que:

> entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.
>
> Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata.
>
> Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad

146 *Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingnis vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de abril de 2009, considerando 9.

de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

La Corte le ordenó al Estado como reparación que adoptara las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta. Asimismo, indicó que mientras no se delimitará el territorio, Nicaragua o terceros que actuarán con su aquiescencia o su tolerancia, se deberían abstener de realizar actos que puedan afectar la tierra reclamada por la comunidad Awas Tingni.

El 23 de enero de 2003 se aprobó en Nicaragua la Ley No. 445 sobre el Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, la cual tiene por objeto regular el régimen comunal de las tierras indígenas de dichas zona y estableció un procedimiento específico y las competencias institucionales en materia de demarcación y titulación de tierras indígenas.

En diciembre de 2008, el Estado entregó a la comunidad Awas Tingni el título de propiedad por 73,394 hectáreas. Es interesante destacar lo señalado por el líder de la comunidad: "[l]a comunidad por lo general [se encontraba] content[a] con la titulación y not[aba] que represent[aba] un logro importante tanto para Awas Tingni como para los otros pueblos indígenas en Nicaragua, así como para los pueblos indígenas en todo el mundo".[147] Es importante destacar que esta ley permitió que al menos 87 comunidades indígenas se hayan beneficiado de esta ley.

Asimismo, es interesante destacar que en el presente caso la Corte pudo constatar que la falencia estructural se encontraba en un déficit institucional por la inexistencia de un mecanismo o procedimiento que permitiera delimitar y demarcar las tierras de las comunidades indígenas, situación que afectaba además de la propiedad comunal de estas, sus usos y costumbres por su estrecha relación con la tierra y era a su vez fuente de conflicto social ante la incertidumbre de hasta donde se extendía su territorio y empezaba el de terceros. Por eso, la reparación de la Corte se orientó a que se creara un mecanismo efectivo que permitiera la demarcación de las tierras indígenas, el cual debía tener en cuenta valores, usos y costumbres ancestrales.

147 *Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingnis vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de abril de 2009, considerando 9.

e) La supresión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles en México

Otro tema a desarrollar es el correspondiente a la *jurisdicción militar* en México, al cual la Corte hizo referencia en los casos *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Otros, Rosendo Cantú y Otros,* y *Cabrera García y Montiel Flores*.

En el caso *Radilla Pacheco,* la Corte Interamericana debió conocer de la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que tuvo lugar el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el estado de Guerrero, México.[148] En particular, el asunto relevante a los efectos del presente artículo, se refiere a la competencia de la jurisdicción militar para conocer de aquellos delitos que califican como violaciones de derechos humanos en perjuicio de civiles, perpetrados por funcionarios militares.[149]

Dicha competencia se encontraba prevista, entre otros, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, el cual preveía que "[s]on delitos contra la disciplina militar: […] II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que seguida se expresan: a) [q]ue fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo […]".[150]

En este caso, con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte en casos relacionados con Perú, Chile, Colombia y Guatemala, la Corte afirmó que:

> reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.[151]

Aunado a ello, la Corte invocó su jurisprudencia previa para afirmar que "tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en

148 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 2.

149 *Ibidem,* párr. 271.

150 *Idem*.

151 *Ibidem,* párr. 272.

su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria", añadiendo finalmente que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori,* el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.[152] Con base en lo anterior, la Corte concluye que "si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar".[153]

A la luz de dichos estándares, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, ya que la detención y desaparición de la víctima Radilla Pacheco "no guardan relación con la disciplina castrense", añadiendo que "en un Estado de derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar".[154] Frente a lo anterior, visto que el artículo 57 referido del Código de Justicia Militar, la Corte IDH declaró la incompatibilidad de dicho artículo con la Convención Americana.[155] Sobre el particular, ordenó como reparación "que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal"[156] y que "debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar [el artículo 57 del Código de Justicia Militar] con los estándares internacionales de la materia y de la Convención".[157]

La *ratio* antes descrita fue reiterada en los casos *Fernández Ortega y Otros* y *Rosendo Cantú y Otros*, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de la jurisdicción militar en la investigación

152 *Ibidem,* párr. 273.

153 *Ibidem,* párr. 274.

154 *Ibidem,* párr. 277.

155 *Ibidem,* párrs. 287 y 289.

156 *Ibidem,* párr. 340.

157 *Ibidem,* párr. 342.

sobre los hechos de violencia sexual perpetrados por personal militar en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En dicha sentencia, ratificó la incompatibilidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana,[158] y además señaló que "cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin".[159] Como consecuencia de ello, la Corte, en adición a la modificación legislativa correspondiente, determinó que "corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario".[160] En el caso *Cabrera García y Montiel Flores* contra México, la Corte siguió el mismo criterio jurisprudencial y ordenó la misma reparación.[161]

Con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició la incorporación de dichos criterios en su jurisprudencia constitucional. El 30 de agosto de 2012, la Suprema Corte dictó sentencia al amparo en revisión 134/2012, donde se desaplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar en contra del recurrente, pues "la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a la autora de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos", en aplicación del control de convencionalidad.[162] En el mismo orden de ideas, la Suprema Corte se refirió a las limitaciones a la jurisdicción militar en varias otras oportunidades,[163] consolidando de esta forma los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

---

158 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, núm. 215, párrs. 177 y 179, y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párrs. 161 y 163.

159 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, *supra,* párr. 236.

160 *Ibidem,* párr. 237.

161 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 194.

162 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 134/2012, decisión de 30 de agosto de 2012, disponible en *http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/P12001340.pdf*

163 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 63/2012, decisión de 3 de septiembre de 2012, disponible en *http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_63_2012.pdf*; y Amparo en Revisión 252/2012, decisión de 11 de septiembre de 2012, disponible en *http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_252_2012.pdf*

Finalmente, a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana y de la Suprema Corte de Justicia, se observa que el 13 de junio de 2014 se modificó el artículo 57 del Código de Justicia Militar, identificando como delitos sobre los cuales tiene competencia dicha jurisdicción:

> II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...].[164]

Se observa de esta forma, cómo a raíz de las sentencias de la Corte Interamericana, el Estado mexicano, en primer lugar mediante sus tribunales y sucesivamente mediante sus órganos parlamentarios, procedió a adaptar los estándares de la Corte IDH en su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que la jurisdicción penal militar se encuentra ahora limitada a aquellos delitos cometidos por funcionarios militares en ejercicio de su

f) Los avances en la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria en Argentina a raíz del cumplimiento a la sentencia del caso *Kimel*

El último ejemplo se refiere al caso *Kimel vs. Argentina,* en donde se discutió la imposición de una condena penal a un periodista por el delito de injurias, en primer lugar, y luego en segunda instancia por el delito de calumnia, debido a la publicación de un libro en el cual critica la actuación de un juez que tuvo bajo su conocimiento el caso conocido como la matanza de San Patricio o la de los sacerdotes palotinos. En efecto, en el derecho penal argentino, el delito de injurias estaba tipificado como "[e]l que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año"; mientras que el delito de calumnia estaba tipificado, de tal forma que "[l]a calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años".[165]

En este caso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en cuanto a "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adop-

[164] Código de Justicia Militar del 13 de junio de 2014, artículo 57, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf*

[165] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párrs. 64 y 65.

tar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana", por lo cual, la Corte determinó que "la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención", referidos al derecho al principio de legalidad y a la libertad de expresión.[166] La Corte Interamericana estableció que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y del juez que conoció la causa sobre la muerte de los sacerdotes palotinos, lo que no podía ser objeto de persecución penal, pues trataba de cuestiones de interés público.

Teniendo eso en cuenta, la Corte ordenó al Estado "que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado […] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión".[167]

Poco más de un año después de la notificación de la sentencia de la Corte, el 26 de noviembre de 2009, se promulgó la ley 26.551, mediante la cual se modificó la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Así, el delito de injuria quedó tipificado como:

> El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($ 1.500.-) a pesos veinte mil ($ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.[168]

Por su parte, la calumnia quedó tipificada de la siguiente forma:

> La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil ($ 3.000.-) a pesos treinta mil ($ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.[169]

---

166 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina,* párrs. 66 y 67.

167 *Ibidem,* párr. 128.

168 Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina,* 26 de noviembre de 2009, artículo 2, disponible en: *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160774/norma.htm*

169 Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina,* 26 de noviembre de 2009, artículo 1.

Se observa de las nuevas tipificaciones de los delitos de calumnia e injuria (1), que fueron excluidas de dicha sanción las expresiones que se refieran a asuntos de interés público, y (2) que asigna como penas sanciones de naturaleza económica. Teniendo esto en cuenta, la Corte advirtió que dicha modificación legislativa "efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan 'expresiones que no sean asertivas', y asigna como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas".[170]

El Estado de Argentina acogió la decisión de la Corte Interamericana para proceder a la modificación de las normas que penalizaban el debate sobre cuestiones de interés público con la injuria y la calumnia. Así, la orden de la Corte Interamericana coadyuvó a la reparación de la falencia estructural en Argentina, que consistía en la tipificación inconvencional de los delitos de calumnia e injuria al ser extensivo estos tipos penales cuando se trataban cuestiones de interés público, con los efectos lesivos que esto tenía para el debate democrático y de control social sobre los actos de los funcionarios públicos, especialmente cuando estos trataban cuestiones de interés público.

4. Conclusión

La doctrina contemporánea está abordando las nuevas formas de interacción entre jueces nacionales y regionales, especialmente en Europa y América Latina, bajo la figura del diálogo y como expresión del proceso de humanización.[171] Es en este contexto donde se genera la interamericanización, evidenciando dinámicas transnacionales y tendencias jurisprudenciales en situaciones de pluralismo constitucional y con fundamentos explícitos a nivel nacional e interamericano. Se produce un diálogo con el propósito de explorar cómo ha sido resuelto un problema jurídico común en el marco del sistema regional de derechos humanos y no solo por reconocerle autoridad a este Tribunal.[172] Los tribunales constitucionales y altas cortes han venido

170 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2010, párr. 33.

171 *Cfr.* Burgorgue-Larsen, Laurence, "De la internacionalización del diálogo entre los jueces", en: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo-Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 231-264.

172 Una visión completa en Góngora-Mera, M. E., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Estudos avançados de direitos humanos: democracia, e integração jurídica: emergência de um novo direito público, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312-337.

incorporando en sus decisiones estándares normativos desarrollados por la Corte Interamericana;[173] a su vez la Corte Interamericana —sin estar obligada por ninguna normativa interamericana— ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus fallos algunos estándares normativos desarrollados por cortes nacionales en su jurisprudencia. Igualmente se constata el fenómeno de citar jurisprudencia constitucional de cortes de otros países de la región.[174]

Se produce una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos. El control de convencionalidad, a una década de la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile,* que es calificada como su partida de nacimiento, facilita que las autoridades nacionales, en particular los jueces, verifiquen la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siendo una bisagra para la progresiva interamericanización de los órdenes nacionales.[175] Se toman en cuenta normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, especialmente sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.[176] Todo ello va configurando, como también lo advierte el actual presidente de la Corte IDH, Roberto Caldas, un *ius commune*.[177]

---

173 Se trata de una tendencia. *Cfr.,* por ejemplo Piovesan, Flávia, "Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coord.*), La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 349-373. Sin embargo, hay tensiones y resistencias, véase al respecto en general Shelton. Dinah l., "Breakthroughs. Burdens, and Backlash: What Future for Regional Human Rights Systems", en Weston, Burns H. y Grear, Anna (eds.), *Human Rights in the World Community*, 2016, pp. 329-340.

174 Dias, Roberto y Freitas Mohallem, Michael, "O Diálogo Jurisdicional sobre Direitos Humanos e a Ascensáo da Rede Global de Cortes Constitucionais", en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (coords.), *Ius Constitutionale Commune na America Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade*, Curitiba, Jurúa, 2016, vol. III, pp. 249-282.

175 Henriquez Viñas, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago de Chile, DER, 2017.

176 Cf. Saavedra Alessandri, P. y Pacheco, G., *Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf*

177 Caldas, R., en Saiz Arnaiz A. (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62. En la misma línea, Ibañez Rivas, Juana María, "La República del Perú", en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano*

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad "en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al Sistema Interamericano exigida por el artículo 2 de la misma CADH, aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad", pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es "el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República".[178] Sobre el auge de esta doctrina y su aplicación existen posturas a favor[179] y en contra.[180] Humberto Sierra Porto afirma que el control de convencionalidad es el paradigma que permite comprender el proceso de incorporación del derecho internacional al derecho interno y asevera que "como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana, en todos los Estados partes se ha generado un control que es dinámico, que es complementario de todas las obligaciones convencionales de los Estados para respetar y garantizar los derechos humanos de manera conjunta entre autoridades internas y las instancias internacionales."[181]

de derechos humanos en los Estados partes, Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1, pp. 621-749.

178 Nogueira Alcalá, H.,"Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011", *Estudios Constitucionales*, *vol. 10, núm. 2,* 2012, p. 64.

179 Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales, vol. 7, núm. 2,* 2009, pp. 109-128; Rivas Ibáñez, Juana María, "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 103-113.

180 Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America", *The. Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J., vol. 3,* 2010, p. 200; Dulitzky, Ariel E., "Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *50 Texas International Law Journal*, 2015, pp 45-48.
Armin von Bogdandy y Ingo Venzke, *In whose name: A public law theory of international adjudication,* Oxford, OUP, 2014.

181 Sierra Porto, H. A., La construcción compartida del control de convencionalidad, Memorias del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad del Externado, Colombia, 2016.

No obstante, vale la pena resaltar que este proceso de ajuste a la CADH, como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, amplía el fenómeno de la interamericanización al facilitar la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos. Uno de los aportes esenciales y, a la vez, uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.[182]

El *corpus iuris* interamericano evoluciona constantemente, tanto en relación con la creación de nuevos instrumentos como en su interpretación por parte de la Corte IDH. Resulta interesante observar que el control de convencionalidad, con base en la mencionada apertura constitucional, sirve como un puente y una herramienta de comunicación para alcanzar una interacción convergente entre el derecho nacional e internacional de los derechos humanos. A su vez, la Corte IDH, actuando en su papel complementario al de las jurisdicciones nacionales, facilita la mencionada convergencia cuando ordena medidas de reparación de carácter estructural a través de reformas legislativas, cambio de prácticas estatales o desarrollo de políticas públicas.

De esta manera, las acciones de los Estados, tales como la ratificación de los instrumentos interamericanos, la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH y el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la misma, promueven una intensa confluencia entre el derecho nacional e internacional, a la vez que enriquece un derecho con su propia identidad, un *Ius Constitutionale Commune* de los Estados latinoamericanos.

[182] Burgorgue-Larsen, L., "Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control", en Yves, Haeck; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo y Burbano-Herrera, Clara (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 645-676.

El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)

*José F. Palomino Manchego**

Sumario: 1. Consideración general. 2. Viena y el Imperio austrohúngaro. 3. El Tribunal Constitucional austriaco. 4. Puntualizaciones conclusivas. 5. Bibliografía.

1. Consideración general

Es de observar, en primer lugar, que entre los proyectos editoriales a publicar más acariciados que ha tenido Domingo García Belaunde están los trabajos que redactó Hans Kelsen (Praga, 1881-Berkeley, 1973) de ascendencia judía, concernientes al tema de la Jurisdicción Constitucional —segmento importantísimo de su amplia obra maciza y caudalosa—, y que ahora los atentos leyentes podrán juzgarla y apreciarla en todo su real y positivo valor. De este modo, se trata, por cierto, de aportes sólidos producto de su pujante actividad, redactados con su incomparable y proverbial honestidad intelectual, con lo cual se llevó a sostener que fue Kelsen el mentor del Tribunal Constitucional, del que más tarde se hablará, y como tal, del Control Constitucional Concentrado. Indudablemente, el contexto fértil de la época —periodo weimariano (1919-1933)—, en lo que atañe a la Jurisdicción Constitucional, fue decisivo y es importante conocerlo e interpretarlo para desentrañar el mensaje del pensamiento kelseniano, reafirmándose así la plenitud científica de su obra.[1]

* Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; decano (*e*) y director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 Como puntualiza Sandrine Baume: "Kelsen es considerado el padre de la Corte Constitucional austriaca. Su defensa de una jurisdicción constitucional se elabora frente a numerosas resistencias que ponen en cuestión la legitimidad de una Corte Constitucional". *Cfr.* Baume, Sandrine, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, trad. por Julia Tomasini y Ariel Dilon, Buenos Aires, Jusbaires Editorial, 2015, pp. 81-82. Antecede Presentación de Horacio Corti y Juan Manuel Olmos.

Hemos de añadir algo más. La honra que se nos otorga, pluma en ristre, y la deuda científica que de antaño hemos contraído con García Belaunde, junto a su inestimable amistad desde hace 35 años, permite traer a colación gratos recuerdos y circunstancias en que ambos hemos coincidido para platicar temas comunes, en perspectiva académica, como es el que ahora damos a la estampa, y que tuvo su coronamiento —¡por fin!— encontrándonos en fecha reciente en la capital y centro cultural y político de Austria, Viena (*Wien*). Dentro de esta tesitura, es perfectamente legítimo afirmar que el sello de la autoridad y de la ponderación de García Belaunde se reafirma con singular brillo en el presente libro que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, obra venerable y digna del respeto de los ávidos lectores contemporáneos, escrito por Hans Kelsen, con su bien cimentado nombre. Y por cierto también, por el hecho de haber estado ambos *in situ* en la sede del edificio del Tribunal Constitucional austriaco, ubicado en Freyung 8,1010, Viena.

En efecto, fue a propósito de un viaje que los dos realizamos, entre otras ciudades europeas (Ámsterdam, Praga, Budapest, Bolonia, Roma...), a la Viena imperial, meca de la Filosofía del siglo XX, donde finiquitamos la publicación de la obra, de gran envergadura, que lleva por título *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, libro que recoge y ajusta diversos trabajos de Kelsen redactados entre 1928 y 1941 —al calor del periodo del Derecho Constitucional de entreguerras— y que constituyen los fundamentos teóricos de lo que posteriormente desembocará en una disciplina jurídica que ya tomó cuerpo en las mallas curriculares universitarias, denominada Derecho Procesal Constitucional.[2]

Llegado a este punto, signifiquemos que el tema es atrayente y la empresa intelectual cada día adquiere actualidad y una honda corriente de simpatía académica. ¡Qué mejor ejemplo podemos traer a colación con la reciente materialización del libro de excepcional valía, que tiene como autores a Hans Kelsen y Carl Smitt (1888-1985): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución* versus *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (traducción del alemán de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2009. Antecede Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi), y en el cual encontramos otro ensayo de Kelsen de heterogénea índole, aparecido en 1931, que lleva

[2] Véase, entre varios, García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a ed. revisada, corregida y aumentada, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003, *in toto*, antecede Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego. Además, consúltese Melo e Silva, Nanci, *Da Juridição Constitucional*, Belo Horizonte, Livraria del Rey Editora, 2002, antecede Prefacio de José Alfredo de Oliveira Baracho.

por título "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (*Hünter der Verfassung*)! Renglón aparte ocupa el libro recopilatorio de Hans Kelsen, en versión italiana, denominado *La Giustizia Costituzionale* (A cura di Carmelo Geraci, Giuffrè Editore, Milano, 1981. Antecede Premessa di Antonio La Pergola). En dicha obra se recogen, entre otros, los tres ensayos de Kelsen que se publican ahora en el presente libro.

Lo expuesto anteriormente demuestra que la lozanía intelectual que conservó el nonagenario Kelsen hasta el final de su vida, que desempeñó en ella con inusitada autoridad, sigue en pie de forma relevante, y que trasunta en una doctrina dotada de un formidable poder de difusión y de perseverancia. Por tanto, viene a punto la presente publicación, la cual servirá como un material valioso, tal como se ha puesto en evidencia en líneas anteriores, redactado por Hans Kelsen, Jefe de la *Wiener Schule,* buen sembrador y creador de un fruto sazonado saliente de su inteligencia privilegiada, que le sirve de pórtico: la *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre*),[3] a la que consagró largos años de meditación y estudio.[4]

Visto de esta forma, es indudable que los actuales sistemas de Justicia (o mejor dicho, Jurisdicción) Constitucional deben a Kelsen más de una virtud…, no se puede comprender la Jurisdicción Constitucional contemporánea sin los significativos aportes de Kelsen a la materia. De hecho, la Jurisdicción Constitucional es el elemento que permitió al Estado moderno transitar de la fase ideológica del constitucionalismo a la plena realización de sus postulados.[5] Sin pretensión de respuestas agotadoras, y de un modo semejante a lo anterior, es el punto de referencia y de irradiación del Derecho Procesal Constitucional.

En definitiva, el gran paso que da Kelsen, como arquetipo, y que merece un capítulo destacado en la historia del fenómeno denominado constitu-

---

[3] Ya salieron a la estampa las *Obras Completas (Hans Kelsen Werke)*, tal y conforme se anunció en el Parlamento de Viena, el 11 de octubre de 2006, a propósito del 125 Aniversario del nacimiento de Hans Kelsen. Empezaron a circular en el año 2007, y la edición está a cargo de la prestigiosa editorial Mohr Siebeck (Tübingen, Alemania). El editor y coordinador es el profesor Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, cuya sede se encuentra en Gymnasiumstraße 79, 1190, Viena. A la fecha se han publicado pulcramente 5 volúmenes, faltando todavía otros tomos.

[4] *Cfr.* Ermacora, Felix, "Hans Kelsen e il Diritto Costituzionale austriaco", en Roehrssen, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Florencia, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 27-38.

[5] *Cfr.*, al respecto, Piccato, Antonio, "Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2008, p. 407, Presentación de Ulises Schmill Ordóñez.

cionalismo —en plenas conmociones políticas— es el lúcido planteamiento relativo a la necesidad de una jurisdicción especial y autónoma para ejercer la defensa de la Constitución. Que este sea el mecanismo para la garantía de los derechos fundamentales es un corolario lógicamente necesario, aunque no expresamente propuesto por Kelsen. Pero muy poco habría avanzado la jurisdicción tutelar de los derechos fundamentales de no contar con un modelo de Justicia [Jurisdicción] Constitucional [concentrado] como el formulado inicialmente por "el sabio austriaco" (*the Austrian Scholar*) Hans Kelsen con su sólido impacto hasta su áurea madurez.[6]

2. Viena y el Imperio austrohúngaro

Con una perspectiva general, puede sostenerse que, a nuestra llegada a Viena lo primero que se nos vino a la memoria fue el Imperio Austrohúngaro, antiguo territorio de la dinastía de los Habsburgo.[7] Para ello, el día viernes 7 de marzo de 2014, siendo las 08:08 horas salimos con Domingo García Belaunde de la estación ferroviaria de Salzburgo ("ciudad barroca" o "Roma del Norte") en el tren Railjet 265 con destino a Viena, habiendo llegado a las 10:30 horas. El recorrido fue un viaje corto y placentero, habiéndonos recibido un tiempo magnífico, no sin antes haber gozado del deleitoso paraje de los valles.

Como quiera que sea, habría que inquirir antes de seguir adelante: ¿Viena es diferente? ¿Es Viena solamente diferente? En el suceder histórico, ninguna otra ciudad de Europa vivió un enfrentamiento de contradicciones sociales y culturales similar al que se produjo en la que fuera la capital de la monarquía del Danubio. No existe otro lugar en el mundo donde la relevancia del *Genius loci* fuera y sea todavía tan preponderante como en Viena, meca tradicional de la vida intelectual y artística. De la capacidad de

6 *Cfr.* Piccato, Antonio, *op. cit.*, p. 412. "Desde estas coordenadas —acota Javier Pérez Royo— la Justicia Constitucional no fue un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario. Detrás de ella se presentó, en un primer momento, la crisis inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial, en la que son rechazadas de forma generalizada las formas políticas autoritarias de la época anterior". *Cfr.* Pérez Royo, Javier y Porras Nadales, Antonio J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 40.

7 Véase la excelente y completa obra de Johnston, William M., *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*, trad. por Agustín Coletes Blanco (coord.), Rocío Coletes Laspra, Ángel Huerga García y Teresa Jove Sánchez, Oviedo, KRK Ediciones, 2009, antecede Nota Previa de Agustín Coletes Blanco. También, Gulick, Charles A., *Austria from habsburg to Hitler*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1948, 2 ts., Prólogo de Walther Ferdern. Y el libro *Austria aeterna*, publição do "Comite de proteção dos Interesses Austriacos no Brasil", Río de Janeiro, 1944, Preface de Rudolf Aladár Métall.

la sociedad vienesa de reconocer y admitir sus virtudes y defectos surgió la filosofía moderadamente pesimista del "vivir y dejar vivir": esta atmósfera favoreció un caldo de cultivo muy próspero del que surgieron las obras maestras del arte y la arquitectura. Corroboran esta afirmación los célebres artistas, científicos y arquitectos que desarrollaron alguna parte de su obra en esta ciudad.[8] Por todo ello, los jugos de su cultura constituyen un legado histórico firme que irradian hasta nuestros días, sin disputa alguna. No obstante ello, las consecuencias de la Primera Gran Guerra (1914-1918) fueron contundentes, en especial, cuando el 28 de junio de 1919 se firma el Tratado de Versalles y se decide desaparecer la última Gran Potencia católica europea: la doble monarquía danubiana.[9] Y así: *Finis Austriae*.

Con la fragmentación del Imperio de los Habsburgo y el establecimiento en su lugar de pequeñas repúblicas y reinos independientes, los aliados vencedores perseguían una doble estrategia: *a)* por un lado, prevenir el renacimiento de una Alemania fuerte con un importante aliado en el centro de Europa (Austria-Hungría había demostrado durante la guerra una dependencia cada vez mayor respecto de Berlín que hacía tener su incorporación a Alemania); y, por otra parte, aislar el aún indescifrable (pero a todas luces preocupante a los ojos de los líderes de la Europa Occidental) experimento bolchevique en Rusia.[10]

Es muy de notar también que, el arte y la arquitectura vieneses guardan un rico legado histórico que data desde la Antigüedad hasta el Renacimiento. La huella incomparable proveniente del Imperio romano aún trasunta, tal como se puede apreciar en las diversas joyas arquitectónicas incólumes —verdadero patrimonio cultural y artístico— hasta el día de hoy. Recuérdese que en el año 15 a.C. los romanos habían conquistado el reino de Noricum y levantado su campamento militar a orillas del Danubio, para lo cual uno de los césares romanos, a saber, Marco Aurelio (26 de abril de 121-17 de marzo de 180) destaca entre los principales artífices.

---

8 *Cfr.* Peichl, Gustav, "Impresiones sobre la arquitectura vienesa", en Toman, Rolf (ed.), *Viena. Arte y arquitectura,* trad. por Susana Andrés Trauschke y Pablo Álvarez Ellacuría, Barcelona, Köneman Verlagsgesellschaft, 2000, p. 7.

9 *Cfr.* Población Bernardo, Ignacio, *Agonía Imperial (La caída del imperio austro-húngaro)*, Madrid, Editorial Fragua, 2012. Sobre la Gran Guerra, véase Jagow, G. von, *Le origini della Guerra Mondiale*, trad. por Roberto Fava, Roma, Casa Editrice Triber, 1919. Y, Hart, Peter, *La Gran Guerra (1914-1918). Historia militar de la Primera Guerra Mundial*, trad. por Juan Rabasseda-Gascón y Teófilo de Lozoya, Barcelona, Planeta, 2014, incluye mapas ilustrativos. Desde una perspectiva evolutiva, véase Fejtö, François, *Réquiem por un imperio difunto. Historia de la destrucción de Austria-Hungría*, trad. por Jorge Segovia, Madrid, Ediciones Encuentro, 2015.

10 *Cfr.* Moreno Mínguez, Carmen, *Breve historia del Imperio austrohúngaro*, Madrid, Ediciones Nowtilus, 2015, pp. 287-288.

A la vista de lo dicho, se puede comprender bien que Viena, capital del Imperio absbúrgico, debe mucho a los romanos, si no posee los espectaculares momentos que se encuentran en otras partes, como en Arles o en Tréveris, su subsuelo testimonia perfectamente la amplitud de los establecimientos romanos. Fue construida sobre los restos de casas, de templos, de palacios y, como Roma, tiene sus catacumbas. Tal vez su propio destino de capital imperial fuese presentido por los generales que, de un simple campamento fortificado para cerrar el paso de la impetuosidad salvaje de los cuadros y de los marcomanos, hicieron un gran centro político, económico, un *emporium* en que vertían los productos de una región fértil como ninguna, y predestinado por ello a transformarse pronto en un importantísimo centro de población.[11]

Llegados aquí es necesario apostillar que en Viena existen dos palacios que le dan una majestuosidad indescriptible a su patrimonio cultural (*bene culturale*). Uno es el Palacio Imperial (*Hofburg*), que fue por setecientos años residencia de la dinastía de los Habsburgo —desde el siglo XIII hasta 1918— y tiene su origen en un castillo medieval del siglo XIII en donde desde 1498, cada domingo el coro de los afamados Niños Cantores de Viena participan en la misa con sus cánticos. El otro es el bellísimo Palacio Imperial de Schönbrunn, construido a las afueras de la ciudad, y que constituye uno de los monumentos arquitectónicos y culturales más importantes que hay en Austria, conformado por fuentes, pinturas, obras de arte, figuras y un jardín zoológico, considerado éste último el más antiguo del mundo. No en vano, desde 1996 esta apreciada joya arquitectónica barroca es patrimonio cultural de la Unesco.

También saltan a la vista del visitante las iglesias medievales de San Miguel, de San Ruperto (*Ruprechtskirche*), de María de la Ribera, de los Minoristas, y por cierto, la Catedral de San Esteban (*Steffl*, como cariñosamente la llaman los vieneses), símbolo y paradigma emblemático de Viena y testigo presencial de muchos hechos episódicos, principalmente religiosos. Fue en este bellísimo patrimonio histórico, empezado a construir en 1130 sobre la base de los estilos romano y gótico, en punto de perfección, donde contrajo matrimonio el niño genio de Salzburgo, Wolfang Amadeus Mozart (Salzburgo, 27 de enero de 1756-Viena, 5 de diciembre de 1791) con María Constanze Caecilia Josepha Johanna Aloisa (1762-1842), el 4 de agosto de 1782.[12]

---

11 *Cfr.* Brion, Marcel, *La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert*, trad. por Juan José Utrilla, México, FCE, 1990, p. 8.

12 Véase Gruber, Reinhard H., *La catedral de san Esteban de Viena*, trad. por Carles Batlle, Viena, Alpina Druck, s/f.

¿Y qué decir de la música? De resultas de todo lo expuesto, no ha de extrañar, sin duda alguna, que las melodías musicales están enraizadas en el corazón de la urbe vienesa. En efecto, la música está indisolublemente unida a Viena, *capitale autrichienne*, porque penetra todas las clases de la sociedad, porque ocupa un lugar en cada familia, porque es elemento indispensable de la vida del hogar y de la vida de la calle, y por ello su acción se manifiesta en el comportamiento íntimo y familiar de todos los vieneses, y ese fenómeno se repite con tal insistencia, a través de los siglos, que forzosamente hemos de considerarlo como una constante del temperamento nacional. Desde esta perspectiva, otras ciudades han conocido épocas brillantes y fecundas, floraciones deslumbrantes, pero estas eran breves, como todas las floraciones. Hubo asimismo, un periodo en que la ópera napolitana daba el tono a Europa entera, y todo virtuoso tenía que ir allí a consagrarse si deseaba hacer carrera en su propio país. Las técnicas orquestales que poseyó la Escuela de Mannheim, en tiempos de Mozart, no tenía rival en ningún país, y el periodo mannheimiano del autor de *La flauta mágica* (*Die Zauberflöte*) estrenada el 30 de septiembre de 1791 en el Theater an der Wien, fue también uno de los grandes momentos de la expansión de su genio incomparable, especialmente por el simbolismo masónico.[13]

¿Y dónde dejamos a la Universidad de Viena (*Universität Wien*, en latín *Alma Mater Rudolphina Vindobonensis*)? Una hojeada de conjunto nos permite afirmar lo siguiente: Viena es una de las capitales europeas indiscutibles en el mundo de la cultura. Y en gran parte se debe a la tradición histórico-cultural que dimana de su ciudadela académica. La Universidad fue fundada por Rodolfo IV de Austria (1339-1365) en 1365. El actual edificio, ubicado al lado del Ayuntamiento y no lejos del Parlamento, de extraordinaria belleza, es de estilo neorenacentista italiano, y fue construida por el arquitecto Heinrich von Ferstel (1828-1883), quien por esas ironías del destino murió de tuberculosis un año antes de su inauguración en 1884. En ese transitado lugar, cargado de cultura y sabiduría, sobresalen la Fuente de Castalia, el Aula Magna, la Biblioteca, los bustos de los docentes, entre otros, Kelsen, Verdross, Freud, que en su día irradiaron sus fértiles conocimientos. Agréguese lo siguiente: en el frontis se aprecia notoriamente la representación del nacimiento de Palas Atenea.[14]

---

13 *Cfr.* Brion, Marcel, *op. cit*., pp. 78-79. También, Berenger, Jean, *La République Autrichienne de 1919 a nos jours*, París, Librairie Didier, 1971, pp. 170-175 y 178, Prefacio de Jacques Droz.

14 A propósito, en la óptica de Josef L. Kunz, tesis que compartimos plenamente, trasunta lo siguiente: "Si se toman las obras de Kelsen como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 [*Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*)] es aún hoy la más genial. Como *Pallas Athenea* de la cabeza de Zeus, así apareció en esta obra la *Teoría pura del derecho* con rasgos genia-

Además, varios Premios Nobel que han prestado señalados servicios al desarrollo de la ciencia, egresaron de sus aulas: Robert Bárány (1876-1936), Julius Wagner-Jauregg (1857-1940), Hans Fischer (1881-1945), Karl Landsteiner (1868-1943), Erwin Schrödinger (1887-1961), Victor Franz Hess (1883-1964), Otto Loewi (1873-1961), Konrad Lorenz (1903-1989), Friedrich A. von Hayek (1899-1992) y Sigmund Freud (1856-1939). Ahí también se gestó en 1871 la Escuela Austríaca de Economía, cuyos fundadores estudiaron en dicha casa de estudios superiores: Carl Menger (1840-1921), Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), Friedrich von Wieser (1851-1926), Joseph Schumpeter (1883-1950), Ludwig von Mises (1881-1973), amigo personal de Hans Kelsen,[15] el ya citado Friedrich A. von Hayek y Christian Andreas Doppler (1803-1853). De igual forma, destaca la presencia del Círculo de Viena —que continúa en pleno ejercicio filosófico— fundado por Moritz Schlick (1882-1936), mentor del *Empirismo Lógico*, a partir de 1929 y dispersado *manu militari* a raíz de la anexión de Austria a la Alemania totalitaria.

Y, desde luego, en la Universidad germinó la afamada Escuela de Viena, creada por Hans Kelsen, despuntando entre otros representantes, desde sus primeros discípulos que le rodearon: Franz [František] Weyr (1879-1951), Alfred von Verdross (1890-1980), Josef L. Kunz (1890-1970) y Adolf Julius Merkl (1890-1970). Luego vinieron, generacionalmente, otros seguidores: Julius [Gyula] Moór (1888-1950), Fritz Sander (1889-1939), Leonidas Pitamic (1885-1971), Eric Voegelin (1901-1985), Rudolf Aladár Métall (1903-1975), Josef Dobretsberger (1903-1970), Luis Recaséns Siches (1903-1978),

les y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la teoría pura del derecho. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del *ser* y del *deber ser,* entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del derecho y sociología, entre ley causal y norma. Vemos la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica". *Cfr. La teoría pura del derecho (Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia)*, México, Imprenta Universitaria, 1948, p. 18, antecede Prólogo de Luis Recaséns Siches.

15 *Cfr.* Mises, Ludwig von, *Autobiografía de un liberal (La gran Viena contra el estatalismo)*, Madrid, Unión Editorial, 2001, antecede Prólogo de Lorenzo Infantino. Por lo demás, la Escuela Austriaca de Economía fue una verdadera revolución en el campo de la Economía, principalmente, en el de la Filosofía, en el de las Ciencias Sociales y en la Filosofía Política. Por ello, debe señalarse que la Escuela en mención es, en esencia, una teoría del conocimiento, mejor dicho, una escuela compuesta por presupuestos gnoseológicos en donde empezarán a reelaborarse las grandes líneas tendenciales del liberalismo como modelo de convivencia social y política, y como crítica tajante a toda forma de constructivismo y transpersonalismo, expresado principalmente en el totalitarismo. También, véase Cubeddy, Raimondo, *La filosofía de la Escuela Austriaca*, trad. por Juan Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 1997. Y Ravier, Adrián O. (coord.), *La Escuela Austriaca desde adentro*, 4a reimp., Madrid, Unión Editorial, 2011-2013, 3 vols., antecede Prólogo de Richard M. Ebeling, Prefacio de Gabriel J. Zanotti e Introducción de Adrián O. Ravier.

Luis Legaz Lacambra (1906-1980), Fritz Schreier (1897-1981), Félix Kaufmann (1895-1949), Charles Eisenmann (1903-1980), Julius Kraft (1898-1960), Marinus Maurits von Praag (1896-1965), Wiktor Sukiennicki (1901-1983), Alf Ross (1899-1979), Tomoo Otaka (1899-1956), Hans Klinghoffer (1905-1990) y Felix Somló (1871-1920).[16]

3. El tribunal constitucional austriaco[17]

3.1. Preliminares

Ahora bien, conforme se ha expuesto en la doctrina procesal constitucional, el modelo austriaco o kelseniano es el punto de arranque para la configuración y expansión mundial de los Tribunales Constitucionales, plasmado en la Constitución Federal de Austria del 1 de octubre de 1920, en actual vigencia, con las reformas correspondientes [Capítulo VI, arts. 137-148 y Ley Federal del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofsgesetz,* abreviado *VergGG*) de 1953 y posteriores reformas (BGBI, 1953-1985) que desarrollan la organización y funciones del Tribunal Constitucional].[18] Todo ello,

16 *Cfr.* Métall, Rudolf A., "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 6, dic, Valparaíso, 1974, pp. 21-28. Publicado también en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* con el siguiente título: "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de Teoría Jurídica", año VII, núm. 19, ene-abr, México, 1974, pp. 3-9, trad. por Jorge Sánchez Cordero Dávila. Se trata del número especial: *Estudios en memoria de Hans Kelsen*, compilado y dirigido por Rolando Tamayo y Salmorán. Véase, del mismo autor: *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. por Javier Esquivel, México, IIJ-UNAM, 1976, pp. 36-53. También, Schreier, Fritz, "Die Wiener rechtsphilosophische Schule", en Métall, Rudolf Aladár, *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Viena, Hans Kelsen-Institut, 1974, pp. 419-436, Prólogo de Bruno Kreisky. Más de pronto, véase Robles Morchón, Gregorio, *Hans Kelsen. Vida y obra*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, en especial, cap. V, La Escuela de Viena, pp. 71-103. No han faltado las críticas, aun cuando sin fundamento, a la Escuela de Viena. En vía de ejemplo, véase Bruera, José Juan, "La lógica, el derecho y la Escuela de Viena", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* t. XLIII, oct, Buenos Aires, 1945, pp. 289-293.

17 Acerca del nacimiento del Tribunal Constitucional, véase Lagi, Sara, *El pensamiento político Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la "Esencia y valor de la democracia"*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007, pp. 168-187. También, véase Caravita, Beniamino, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padua, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, pp. 39-67.

18 La Constitución en referencia fue revisada por Ley Constitucional de 30 de julio de 1925, así como por Ley Constitucional Federal de 7 de diciembre de 1929. Las huestes de Adolfo Hitler (1889-1945) invaden Austria el 4 de marzo de 1933 y se produce un golpe de Estado, la Constitución se encuentra en *vía crucis* y es suspendida. En consecuencia, al abolir el gobierno el canciller Engelbert Dollfus (1892-1934), el sistema parlamentario austriaco quedó prácticamente anulado y las atribuciones de la Corte Constitucional y del Tribu-

sin obviar al Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) que se estableció en la Constitución de 1867 —producto del *Ausgleich* o *Compromiso*—, y que era competente para controlar los actos administrativos con base en recursos individuales que alegaban la violación de los derechos políticos.[19]

Añádase aún lo que sigue: el Tribunal o Corte Constitucional de Austria (*Verfassungsgerichtshof,* abreviado *VfGH*) —que goza de prestigio indiscutible en el mundo jurídico— conforme iba adquiriendo experiencia, ampliaba su ámbito competencial, de manera tal que hoy en día tiene facultades para dirimir varios asuntos, tal como veremos a continuación.[20] Debe seña-

nal Supremo Administrativo se transfirieron a una Corte de Justicia Federal con acento "dictatorial". Años más tarde fue restablecida la Constitución por Ley Constitucional de 1 de mayo de 1945, poco antes de que el III Reich —del cual dependía Austria hasta ese entonces— capitulara incondicionalmente. Hasta la fecha, la Constitución ha sido enmendada por un aproximado de 31 leyes constitucionales que no han variado *in integrum* el contenido que le dio Hans Kelsen en 1920. El texto completo con las reformas de 1925 y 1929 puede consultarse en el *Boletín de Legislación y Documentación Parlamentaria Extranjera,* Madrid, 1930, pp. 3 y ss. Kelsen, aparte de ser el creador de la Corte Constitucional, conforme se ha señalado, fue también magistrado y ponente (*Juge Rapporteur*), así como consejero permanente; cargo que desempeñó con elocuente brillantez desde 1920 hasta 1929 cuando renunció presagiando el holocausto de la raza judía residente en Austria, por parte de las tropas alemanas. Kelsen, como es sabido, era de origen judío por sus padres, pero había nacido en Praga, Checoslovaquia, cuando pertenecía al Imperio Austro-Húngaro, pero en rigor de verdad, el jefe de la Escuela de Viena renunció a raíz de un incidente entre los tribunales ordinarios y la Corte Constitucional relativo al derecho de familia austriaco. No está por demás recordar el incidente que determinó la renuncia de Kelsen.

Albert Armin Ehrenzweig (1906-1974), citando a Rudolf Aladár Métall —discípulo y biógrafo de Kelsen— expone en un elocuente *Testimonio* el controvertido caso: "Las agencias administrativas habían otorgado dispensa del impedimento de un matrimonio existente, que impedía a los cónyuges católicos separados volver a casarse. Los tribunales ordinarios llegaron hasta invalidar matrimonios basados en tales dispensas, las que se sostenía violaban la integridad de los matrimonios católicos. El Tribunal Constitucional… revocó tales juicios, sobre la base de que solo el Tribunal Administrativo Supremo podía pasar sobre la validez de las dispensas administrativas". *Cfr*. *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 6, dic, Valparaíso, 1974, p. 375, nota 3.

19 Acerca del proceso de formación de la Constitución de Austria de 1920, *véase* Bongiovanni, Giorgio, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 140-174. Del mismo autor, *véase* "Estado de Direito e Justiça Constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austriaca de 1920", en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (orgs.): *O Estado de Direito. História, teoria, critica*, trad. por Carlos Alberto Datolli, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 379-414. El texto de la Constitución de Austria, entre varias ediciones, se puede consultar en Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Les constitutions de L'Europe nouville*, 10ª ed. revisada y aumentada, París, Librairie Delagrave, 1930, pp. 126-162.

20 Véase Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, pp. 22-26. Pegoraro denomina a la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana "modello euristico".

larse que los tribunales ordinarios austriacos no tienen competencia para dirimir la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales promulgados conforme a ley (art. 89.1 constitucional). Más bien, están facultados para interponer la súplica ante el Tribunal Constitucional cuando existan objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de un decreto. De igual forma, estatuye la Constitución que si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional "recurso de anulación" de dicha ley (art. 89.2). Si el decreto que el Tribunal Supremo (Corte Suprema) tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, en el recurso que interpusiera ante el Tribunal Constitucional debía solicitar que este dictara resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o inconstitucional (art. 89.3). Se infiere, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional era el único órgano encargado de ver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes.[21]

De ahí su notoria diferencia con lo que sucede en el mundo cultural anglosajón a través del Sistema o Modelo Americano (*Judicial Review*) en donde la función de control constitucional recae en los tribunales ordinarios (poder judicial), y las consecuencias, por tanto, tienen efectos *inter partes*.[22] Para nuestros propósitos es válido significar, siguiendo a Roberto

[21] Una visión panorámica del fundamento del Tribunal Constitucional de Austria se puede consultar en Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 246-263, antecede Prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Acerca del contenido y estructura de la Constitución de 1920, *véase*, Mirkine Guetzévitch, Boris y Tibal, André, *L'Autriche*, París, Librairie Delagrave, 1932, pp. 12-17. *Cfr.*, también, Giovannelli, Adriano, "Alcune considerazioni dul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, del contesto del dibattito sulla funzione 'politica' della Corte Costituzionale", en AA.VV., *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padua, Cedam-Casa Editrice Dott, 1985, t. I, pp. 381-444. Publicado también como Apéndice en el libro del mismo autor, que lleva por título *Dottrina Pura e Teoria della Costituzione in Kelsen*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1983, pp. 235-317. De igual forma, *véase* Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca creada por él", en *Jurídica,* núm. 2, México, 1970, pp. 125 y ss. También, *véase* Alonso García, Enrique, "El Tribunal Constitucional austriaco", en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I, pp. 411-459, incluye bibliografía especializada.

[22] *Véase*, por todos, Fernández Segado, Francisco, "Los inicios de la *judicial review*", en su libro *La evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 35-922. Del mismo autor, "Los modelos de Justicia Constitucional", en la referida obra, pp. 923-1014. Ambos ensayos incluyen bibliografía especializada, y son de útil consulta. También, *véase* Cárdenas, Raúl de, *La inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1943.

Blanco Valdés que, con independencia de la corrección jurídica de algunas de las afirmaciones de Marshall y de la coherencia de su pronunciamiento con otros previos de la Corte [Suprema Federal], lo relevante es que ... su forma de razonar va a situarlo ante la necesidad inaplazable de *justificar* constitucionalmente la exigencia de inaplicar aquellas normas que fuesen incompatibles con la Constitución y, lo que es más importante, la paralela obligación de los tribunales para optar por tal inaplicación en los casos en que apreciasen aquella incompatibilidad.[23]

3.2. Composición, número y elección

Bástanos consignar aquí, que en el cuadro del ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional con sede en Viena, estará compuesto por un Presidente (*Präsident*), un Vicepresidente (*Vizepräsident*), de otros doce miembros y de seis suplentes (*Ersatzmitglieder*), así lo establece el artículo 147, 1 de la Constitución. Todos ellos magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las facultades de Derecho y Ciencia Política (art. 147,2).[24] Una parte son elegidos por el Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente y seis miembros más) y la otra es elegida por el Parlamento Federal, de forma paritaria entre cada una de las Cámaras (tres miembros de cada Cámara). Los miembros del Tribunal Constitucional jurarán (*geloben*), antes de tomar posesión del cargo, observar inquebrantablemente la Constitución y las demás leyes de la República, así como el cumplimiento escrupuloso de su deber (Ley del Tribunal Constitucional, art. 8).[25] El *status* de los magistrados constitucionales se expresa en su independencia funcional, orgánica y reglamentaria.

---

[23] *Cfr.* Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp. 180-181, Prólogo de José Antonio Portero Molina y Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola. *Véase,* también, *Law Review,* Duquesne University, vol. 45, núm. 3, Spring, 2007, dedicado a la *Judicial Review* in the Americas. Sobre la experiencia del modelo austriaco, *véase* Caravita, Beniamino, *op. cit.*, pp. 181-200.

[24] Sobre ello, *véase* Troper, Michel, "Kelsen et la Court Constitutionnelle", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, *cit.*, pp. 445-461.

[25] La Ley del Tribunal Constitucional se puede consultar en el *Boletín de Legislación Extranjera,* núms. 155-156, sep-oct, Madrid, 1994, pp. 23-44, trad. por Mariano Daranas Peláez. Además, aparece publicada en el libro de González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 235-270. De igual forma, hemos tenido a la vista la versión italiana que incluye el Reglamento Interno, edición a cargo del exmagistrado constitucional Öhlinger, Theo, *Legge sulla Corte Costituzionale austriaca*, Florencia, Centro Editoriale Europeo, 1982.

3.3. Naturaleza de las atribuciones[26]

Entre las vías operativas de la Jurisdicción Constitucional se atribuye y confía competencia al Tribunal Constitucional para conocer:

3.3.1. Acciones (pretensiones) de carácter patrimonial[27]

En efecto, el Tribunal Constitucional tiene legitimación para conocer de las acciones de carácter patrimonial (*Vermögenrechtliche Ansprüche*) contra la Federación, los Estados, los distritos, los municipios y las agrupaciones de municipios que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario (*im ordentlichen Rechtsweg*) ni por resolución de una autoridad administrativa (Const., art. 137). Quiere ello decir que las acciones de carácter patrimonial —excepcional— tienen que sustanciarse necesariamente mediante el procedimiento constitucional. Su contenido tiene que ser de Derecho Público y no de Derecho Privado, siendo en el fondo una jurisdicción contenciosa-administrativa.

3.3.2. Tribunal de Conflictos de competencia administrativa[28]

En rigor, la figura del Tribunal de Conflictos lo encontramos en el *Proyecto Kremsier* de 1848, que no llegó a entrar en vigor, y que daba nacimiento a

---

[26] Véase Moraes, Alexandre de, *Jurisdição Constitucionale Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*, 3a ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, pp. 99-120, Presentación de Dalmo de Abreu Dallari. Entre varios, *véase* Öhlinger, Theo, "L'evoluzione della Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (dir.), *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Italia, Maggioli Editore, 1985, pp. 37-59.

[27] *Cfr.* Eisenmann, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Economica Paris, 1986, p. 287, Prefacio de Georges Vedel y Anexo de Louis Favoren, "La modernite des vues de Charles Eisenmann sur la Justice Constitutionnelle". (ed. de 1928). No le falta razón a Eisenmann cuando sostiene que: "La Haute Cour Costitutionnelle de la République d'Autriche est le premier exemple que l'on connaisse d'une juridiction constitutionnelle spéciale" (p. 289). Del mismo autor, *véase* "Dix ans d'Histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger,* ene-feb-mar, París, 1928, pp. 5-27. Al final, incluye el texto de la Constitución Federal de 1920.

[28] *Cfr.* Eisenmann, Charles, *op. cit.*, pp. 273-276. También, *véase* Hinterauer, Werner, "Tribunal Constitucional de Austria", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y autonomías territoriales*, Madrid, CEC-Tribunal Constitucional, 1985, pp. 102-106.

un Tribunal Supremo del Imperio (*oberste Reichsgericht*).[29] Este recordado órgano tenía competencia para resolver los conflictos de atribución entre la administración y los tribunales de justicia. Por su parte, tras las reformas constitucionales de 1925 y 1974, la Constitución austríaca de 1920, otorga al Tribunal Constitucional facultad de actuar como Tribunal de Conflictos, inspirándose en cierto grado al modelo francés, en las cuestiones de competencia (*Kompetenzkonflikte*):[30]

a) Entre los tribunales y autoridades administrativas.
b) Entre el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) y los demás tribunales, en especial entre el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional mismo (¿Juez y parte?), así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales.
c) Entre los Estados, o entre un Estado (*Länder*) y la Federación (*Bundeslander*), conforme lo establece el artículo 138,1 de la Constitución. Tales atribuciones son propias en un Estado Federal como lo es Austria (Const., art. 2.1).

De lo dicho se infiere claramente que al Tribunal Constitucional no solo le alcanza competencia de índole administrativa sino también judicial. Es más todavía, el Tribunal Constitucional declara a instancia del Gobierno Federal o de un Gobierno Regional, si un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo recae en la esfera de competencia de la Federación o en la de los Estados (art. 138.2). Naturalmente, bastante ha influido en ello el hecho de que Austria, desde 1920, se erige en un típico Estado Federal, integrado por nueve *Länder,* en donde se deja notar una autonomía constitucional relativa, con la existencia de órganos comunes e instituciones simétricas.[31]

---

[29] Al respecto, *véase*, Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, en especial, pp. 45-49, Prólogo de Manuel Aragón Reyes. Dentro de ese ámbito material, el modelo suizo es de suma importancia, teniendo en cuenta que la historia de la Confederación Helvética empieza en el año 1291, con una estructura política estatal que antes no había en Europa, y que arrastraba desde el Imperio romano mediante los tres cantones primitivos: Uri, Schwyz y Unterwalden, hasta la Constitución Federal para la Confederación Suiza, de 12 de septiembre de 1848, luego la de 1874. Y dentro del marco así delimitado, el conflicto positivo (*positif*) y el conflicto negativo (*négatif*) ya se dejaba notar desde el siglo XIX en Suiza. En tal sentido, *véase* Aubert, Jean-François, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, París-Neuchâtel, Jurisprudence Générale Dalloz-Editions Ides et Calendes, 1967, t. 2, pp. 580-589.

[30] *Véase* García Roca, F. Javier, *El conflicto entre los órganos constitucionales,* Madrid, Tecnos, 1987, p. 37.

[31] *Véase*, el libro de Vernet i Llobet, Jaume, *El sistema federal austriaco*, Madrid, Escola D'administració Pública de Catalunya-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, Prólogo de Heinz Schäffer. Y, Douin, Claude-Sophie, *Le fédéralisme autrichien*, París, Li-

3.3.3. Ilegalidad de decretos y ordenanzas

A la par, yendo a otros espacios, observamos que se le atribuye al Tribunal Constitucional conocer de la ilegalidad (*Gesetzwidrigkeit*) de los decretos emanados de autoridades federales o regionales, así como de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, dictadas al amparo del artículo 119, a, párrafo 6 de la Constitución. Actúa, de igual forma, para resolver la ilegalidad, a instancia de cualquier tribunal, Gobierno Federal o regional (de parte), también lo hace de oficio cuando el decreto en cuestión debe constituir el presupuesto para una decisión del propio Tribunal Constitucional (art. 139.1). Se pronuncia también sobre la ilicitud de cualquier ordenanza a instancia de toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos de modo directo por dicha ilicitud, cuando la ordenanza haya cobrado fuerza ejecutiva para la persona afectada.

Y yendo al fondo de la cuestión, es dable significar la actuación que asume el Tribunal Constitucional cuando se tiene que aplicar una ordenanza determinada, y la parte afectada o alegante "desestime" la reclamación. Al respecto, la actitud que toma en este caso es continuar las actuaciones procesales iniciadas para examinar la legalidad de la ordenanza en cuestión (art. 139.2).

Por consiguiente, ¿cómo se procede para anular la ordenanza por razón de ilegalidad? Veamos. En este aspecto, el Tribunal Constitucional solo podrá anularla si se ha solicitado explícitamente la anulación, o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él. Sin embargo, si el propio Tribunal Constitucional llega a la convicción de que la ordenanza entera carece de fundamento legal, o ha sido dictada por un órgano incompetente o ha sido promulgada en forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera por ilegal (*gesetzwidrig*), siempre y cuando no vaya contra los intereses jurídicos de la parte que ha interpuesto la demanda conforme al último inciso del párrafo 1° del artículo 139 de la Constitución; así lo señala el artículo 139.3 de dicha Norma Fundamental.

Sobre este punto, una vez emitido el fallo del Tribunal Constitucional, la autoridad suprema competente de la Federación o del Estado Regional está obligada a aplicar de inmediato la anulación. Se aplicará por analogía en los pronunciamientos que se dicten en los supuestos del párrafo 4° del artículo 139 de la Constitución. La anulación entra en vigor el mismo día que se publica, en caso de que el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, este no podrá exceder de seis meses, o bien de un año (art. 139.5).

brairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, en especial, pp. 130-141, Prefacio de André Cocatre-Zilgien.

3.3.4. Inconstitucionalidad de las leyes[32]

Bastante mayor interés tiene esta atribución. En dicho marco de análisis, como recuerda con acierto evidente Fernández Rodríguez, el control de constitucionalidad de las leyes es una competencia muy extendida, como es lógico, al tratarse de la atribución primigenia de la Jurisdicción Constitucional. Al menos, desde un punto de vista teórico. El carácter normativo y supremo de la Constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas esas notas de normatividad y superioridad. Esta función característica de la Jurisdicción Constitucional fue la que diseñó Hans Kelsen, y que trasunta en la actividad que despliega el Tribunal Constitucional austriaco desde la Constitución de 1920.[33] Y, para ser más concreto, desde la primera elección de los jueces constitucionales llevada a cabo del 15 al 20 de julio de 1921, y en donde quedó constituido de la siguiente manera: Presidente Vittorelli (1851-1932); Vicepresidente Adolf Menzel (1857-1938); Friedrich Austerlitz (1862-1931); Hans Kelsen (1881-1973)[34]; Robert Neumann-Ettenreich (1857-1926); Julius Ofner (1845-1924); Rudolf Ramek (1881-1941); Julius Sylvester (1854-1944); Friedrich Engel (1867-1941); Alois Klee (1876-1944); Gustav Harpner (1864-1924); Karl Hartl (1878-1941); Michael Mayr (1864-1922) y Karl Pawelka (1867-1945).[35]

En efecto, ante la vulneración de la supremacía constitucional y/o jerarquía normativa, se acude al Tribunal Constitucional mediante vía de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) consagrado en el artículo 140 de la Constitución. El proceso constitucional a seguir ante el Tribunal austriaco, es característico del modelo kelseniano y ha tenido notoria influencia para aplicarlo en otros países que tienen Tribu-

---

32 *Cfr.* Eisenmann, Charles, *op. cit.*, pp. 213-221. Desde una óptica comparada, *véase* Cervati, Angelo Antonio, "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana", en *Quaderni Costituzionali*, vol. IX, núm. 2, ago, Bolonia, 1989, pp. 257-285.

33 *Cfr.* Fernández Rodríguez, José Julio, *La jurisdicción constitucional Iberoamericana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014, p. 40, Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Prólogo de Néstor Pedro Sagüés. Del mismo autor compostelano es de suma utilidad su libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés.

34 Todas las contribuciones de Hans Kelsen al nacimiento del Tribunal Constitucional aparecen publicadas en el libro *Hans Kelsen Werke, Veröffentlichte Schriften 1919-1920*, Band 5, Mohr Siebeck, in kooperation mitdem Hans Kelsen Institut, Tubingen, 2011. Herausgegeben von Matthias Jestaedt.

35 *Cfr.* Kelsen, Hans, *Scritti autobiografici*, trad. por Mario G. Losano, Reggio Emilia, Edizioni Diabasis, 2008, p. 120, nota 183.

nal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución [constitucionalidad].

Como quiera que fuere, lo cierto es que, a instancia del Tribunal Administrativo (*Verwaltungserichtshof*), del Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, el Tribunal Constitucional entenderá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional; inclusive, puede conocer de oficio el propio Tribunal Constitucional cuando tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente (art. 140.1). Se atribuye también al Tribunal Constitucional dirimir sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales, a instancia del Gobierno Federal; o un tercio de los componentes de la Asamblea Regional, siempre y cuando estos últimos componentes estén autorizados por ley constitucional regional (*Landeswerssungsgestz*); y de las leyes federales presumiblemente inconstitucionales, a instancia de un Gobierno Regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

Asimismo, puede acudir ante el Tribunal Constitucional para objetar una ley inconstitucional, cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona, sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual (art. 140, 1 *in fine*). Si la ley no está en vigor, se deberá solicitar al Tribunal Constitucional que dicte resolución en el sentido de que la ley objetada era ilegal o inconstitucional.[36]

Como es fácil de ver, en su análisis lógico-jurídico, el Tribunal o Corte Constitucional austriaco puede anular una ley inconstitucional (*ein Gesetz als Verfassungswidrig aufheben*) solamente cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal Constitucional tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. Sin embargo, puede darse el caso de que el Tribunal Constitucional vea que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente o promulgada de modo inconstitucional, entonces, por mandato constitucional, deberá derogar la ley en su totalidad declarándola inconstitucional (art. 14.3).[37]

Pero eso no es todo. También deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional al momento de emitir sentencia, que si la ley objetada ya no está en vigencia y el procedimiento constitucional hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso de algún tribunal o por persona que haya sido perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley,

[36] Es decir, se aplica por analogía lo estipulado en el artículo 89,3 de la Constitución.

[37] Sobre el tema, *véase* Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, pp. 398-402, Prólogo de Ignacio María de Lojendio Irure.

el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley es o no inconstitucional (art. 140.4).[38]

Tras lo antes dicho, es importante señalar que el Tribunal Constitucional necesariamente tiene que pronunciarse aunque la ley ya no esté en vigencia. Se trata, de esta forma evitar *a posteriori* violaciones de derechos consagrados en la Constitución. Advierte el Tribunal Constitucional que, al emitir sentencia estimatoria por la cual anula la ley inconstitucional, obliga en el acto al Canciller Federal o al Gobernador regional competente a publicar la derogación. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Conforme lo dispone la Constitución, el plazo no podrá exceder de un año (art. 140.5).

Aunado a lo anterior, es también de interés resaltar que, el Tribunal Constitucional austriaco prevé los efectos de la sentencia que pronuncia para no dar origen a futuras confusiones. En efecto, al anular la ley inconstitucional, entrará en vigor el mismo día en que surta efecto la derogación, a no ser que disponga otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional. Para ello deberá especificarse en la publicación relativa a la anulación de la ley, si alguna disposición legal vuelve a entrar en vigor, y en caso afirmativo, cuáles son (art. 140.6).

En consecuencia, se colige que en la esfera procesal la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos; las leyes impugnadas por inconstitucionales se plantean directamente ante el Tribunal Constitucional, no existe vía previa; la cuestión o litigio resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia tiene efectos *erga omnes*, no *inter partes*, o sea, como afirma Vanossi: "para todos y para siempre"[39]. Acá radica la característica más notable de los Tribunales Constitucionales, especialmente del austriaco, que en rigor de verdad, es un organismo de naturaleza especial, separado e independiente de la magistratura ordinaria.

Sin mengua alguna, la idea de supremacía de la Constitución es el corazón de la teoría constitucional de Kelsen, y por tanto, permite al Tribunal Constitucional derogar leyes que tienen vicio de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Para esto, el pensamiento kelseniano se funda en tres dimensiones o planos: *1*. El sistema jurídico está ordenado jerárquicamente, es decir, tiene una estructura jerárquica (*Stufenbau*). *2*. La Constitución, por lo general, determina el contenido de la legislación. *3*. La Constitución tie-

[38] En este caso debe aplicarse lo prescrito en el artículo 140.3 de la Constitución.

[39] *Cfr.* Vanossi, Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II, p. 89.

ne un cierto grado de rigidez, o lo que es igual, ella no puede ser modificada mediante legislación ordinaria.[40]

3.3.5. Inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al Derecho Internacional[41]

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional la Constitución es el máximo grado escalonado, los tratados internacionales estarán subordinados a ella, aunque tampoco puede desconocerse la hipótesis, teóricamente hablando, de que los tratados estén dentro del orden jurídico internacional y como tal encima de la Constitución. Sin embargo, seguirán subordinados a la norma constitucional; no se puede, por lo tanto, desconocer la preeminencia de la Constitución que es tajante[42]. A tal fin: "Los tratados internacionales —afirma Kelsen— deben ser interpretados de modo que sostengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual".[43]

---

40 *Véase* Moreso, Juan José, "La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen", en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 359-360. A estos caracteres responde también las reflexiones precisas, como era usual en él, del siempre recordado Pablo Lucas Verdú (1923-2011): "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra Hans Kelsen)", en *Revista de Estudios Políticos,* nueva época), núm. 68, abr-jun, Madrid, 1990, pp. 7-93.

41 Las contribuciones de Kelsen al derecho internacional se puede consultar en Monaco, Ricardo, "Kelsen e la Teoria del Diritto Internazionale", en Roehrssen, Carlo (ed.): *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, *cit.*, pp. 39-51.

42 La bibliografía al respecto es inmensa. Entre varios, *véase* Puente Egido, José, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, Instituto "Francisco de Vitoria", 1962, pp. 75-88, Prólogo de Antonio de Luna. También, *véase* Antoniolli, Walter, "Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit", en Engel, Salo y Métall, Rudolf A., *Law State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, pp. 21-28; Bernstorff, Jochen von y Dunlap, Thomas, *The Public International Theory of Hans Kelsen*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 172-179. Y, Grussmann, Wolf-Dietrich, "Giurisdizione Costituzionale austriaca e Comunità Europee", en *Diritto e Società,* nueva serie, núm. 4, Padua, 1991, pp. 699-712.

43 *Cfr*. Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)", trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, en *Revista Anuario Jurídico,* I, México, 1974, pp. 470-515, en concreto, p. 481.

Más adelante, sustentando su posición sobre la atribución del Tribunal Constitucional para someter a su competencia los tratados internacionales, expresa Kelsen que: "ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la Jurisdicción Constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales… siendo una fuente de derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme a la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas, que determinan el contenido de las leyes y de los tratados".[44]

Es de valorar también que, mediante reforma del 4 de marzo que entró en vigor el 7 de abril de 1964, se atribuyó al Tribunal Constitucional competencia para pronunciarse sobre la ilicitud (*Rechtswidrigkeit*) de los tratados internacionales cuando estos infrinjan un derecho constitucional (art. 140. a, 1). De resultas de todo ello, el Tribunal Constitucional, al declarar ilegales o inconstitucionales los tratados internacionales, estos no podrán ser aplicados desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Si son tratados internacionales de índole política (*politische Staatsverträge*) el plazo no podrá exceder de dos años; ni de un año para los demás tratados internacionales.

Con todo, al momento que el Tribunal declara la ilegalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional que se cumple mediante promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada conforme al párrafo 2º del artículo 50 u ordenanza dictada al amparo del párrafo 1º del artículo 65 de la Constitución; así lo establece claramente el artículo 140, a, 2. Se puede dar el caso que se presenten infracciones al Derecho Internacional (*Verletzungen des Völkerrechts*). Como es evidente, siguiendo la línea directriz constitucional, corresponderá por tanto al Tribunal Constitucional conocer estos asuntos (art. 145).

3.3.6. Recurso, reclamación o queja constitucional

Otra vía que se emplea para acudir al Tribunal Constitucional cuando se afectan los derechos fundamentales es el recurso, reclamación o queja

[44] *Ibidem*, pp. 496-497.

constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) establecido en el artículo 144 de la Constitución y reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1952. Sus antecedentes los encontramos en la Constitución del Emperador de Austria, Rey de Hungría y Bohemia, Francisco José I (1830-1916) de 21 de diciembre de 1867 (*Dezemberverfassung*) que encomendaba la competencia al Tribunal Supremo (*Reichsgericht*). Cabe señalar que la queja constitucional austríaca, desde sus inicios (1920-1929) hasta la fecha ha tenido variantes de poca importancia sin perder su contenido y eficacia de medio impugnatorio.[45]

Atendiendo a este fin, el actor o accionante del recurso de queja (*der Beschwerdeführer*) que se estime lesionado por una resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional contrario al derecho, tiene la vía expedita para hacer conocer al Tribunal Constitucional de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas. Bajo los mismos supuestos conoce también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada, la que se interpondrá solamente después de agotada la vía administrativa cuando esta proceda (art. 144,1).[46]

Del mismo modo, si el Tribunal Constitucional, al momento de resolver estima que la resolución impugnada del órgano administrativo, o el ejercicio de la potestad administrativa directa de mando y coerción no ha lesionado derecho alguno en el sentido del párrafo 1º del artículo 144 de la Constitución y no se trate de un caso excluido por el artículo 133 de la competencia del Tribunal Administrativo, deberá conjuntamente con la sentencia desestimatoria, si así lo instare el recurrente, trasladar al propio

---

45 Desde una perspectiva comparada, *véase* Anzon, Adele, "Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna", en *Politica del Diritto,* vol. XX, num. 2, jun, Bolonia, 1989, pp. 329-345.

46 *Cfr*. Ermacora, Felix, "Diritti umani e Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (ed.), *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato, cit.*, p. 61 y ss. Del mismo autor, "El Tribunal Constitucional austríaco", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984, p. 275, Prólogo de André Tunc e Informe general introductorio de Louis Favoreu. También, en el mismo colectivo, *véase* Öehlinger, Theo: "El Tribunal Constitucional austriaco", para quien: "La limitación de la competencia del Tribunal Constitucional a ciertos actos administrativos es una de las características esenciales de la jurisdicción del derecho público en Austria. Tanto esta limitación como la creciente complejidad de la Administración Pública y la diferenciación de actos administrativos provocan múltiples problemas", pp. 492-493.

Tribunal Administrativo la reclamación, para que resuelva si el recurrente ha sido lesionado en alguna otra clase de derecho por la decisión de referencia o por el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y de coerción (art. 144, 2).

Conforme se desprende de lo expuesto, el Tribunal Constitucional austriaco es muy celoso en cautelar los derechos fundamentales [derechos constitucionales] garantizados constitucionalmente; si no actúa en casación cuando sea requerido, obliga en el acto al Tribunal Administrativo para que se pronuncie sobre la cuestión en litigio, actuando de esta forma como un verdadero guardián de la Constitución. El autor del recurso, reclamación o queja constitucional puede ser persona física o jurídica de Derecho Privado, incluso de nacionalidad distinta. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional para que actúe, le interesa que el reclamante se sienta lesionado de sus derechos. El plazo para plantear el recurso es de seis semanas contadas a partir de la notificación del acto administrativo inconstitucional. El proceso constitucional se inicia al momento de interponer el recurso, debiendo entregarse copia a la autoridad administrativa, que hasta entonces se presume que haya violado un derecho, para que dentro de un plazo que la ley señala pueda dar contestación (*Gegenschrift*).[47]

Con la previsión debida, Mauro Cappelletti (1927-2004) no titubea en apuntar que el procedimiento se divide en dos etapas: *a)* La primera, de carácter preparatorio (*Vorverfahren*), prevalentemente escrita, que se desarrolla a través de un intercambio de escritos entre el recurrente y la autoridad que eventualmente haya intervenido en la causa. *b)* Si el Tribunal Constitucional no ha rechazado *a limine* el recurso impugnatorio, la causa después de haber sido instruida por un "juez relator", pasa al debate final que tiene carácter oral y el Tribunal Constitucional actúa en sesión plena, siendo esta la última etapa.[48]

---

47 Austria ha ido más allá de sus fronteras y ha admitido la jurisdicción supranacional, cuyo origen lo encontramos en 1949, formado en aquel momento por quince Estados, suscrito el 4 de noviembre de 1950 y complementado por el Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952. Debe agregarse a ello, lo suscrito en Turín el 18 de octubre de 1961 y que entró en vigor el 26 de febrero de 1965, dando nacimiento así a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, compuesta de dos órganos jurisdiccionales con sede en Estrasburgo, que son la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Para un estudio sobre la influencia de la Jurisdicción Supranacional en Austria, *cfr*. Comte, Philippe: "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* vol. IV, núm. 1, Ginebra, 1962, pp. 109-149; y Liebscher, Viktor, "Austria y el Convenio para la protección de los derechos humanos", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* vol. IV, núm. 2, Ginebra, 1963, pp. 307-318.

48 *Cfr*. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. por Héctor Fix-Zamudio, del traductor su

En este orden de cosas, en el procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional austriaco encontramos algunos rasgos característicos: las audiencias son de carácter oral, se sigue el principio de la publicidad garantizándose de esta manera el litigio o proceso constitucional que en rigor de verdad tiene un carácter netamente jurídico sin desconocer la influencia política en menor grado; la anulación de la norma cuestionada entra en vigor una vez publicado en el *Bulletin Officiel*; el veto judicial que se le atribuye al Tribunal Constitucional al momento de actuar es también característica notoria.[49]

3.3.7. Impugnaciones o acciones electorales (Control del procedimiento electoral)[50]

Es de notar que, en la esfera de atribuciones que le otorga la Constitución, el Tribunal Constitucional también actúa como Tribunal Electoral para conocer de las impugnaciones del Presidente Federal, contra las elecciones a las asambleas de representación popular y a los órganos deliberantes de los Colegios Profesionales legalmente establecidos (art. 141, 1, a); de las impugnaciones contra elecciones de Gobiernos regionales y de los órganos municipales encargados de las funciones ejecutivas (art. 141, 1, b); de las peticiones de las asambleas de representación popular de que sea privado de su mandato alguno de sus miembros (art. 141, 1, c); de las peticiones de los órganos deliberantes (asambleas representativas) de los Colegios Profesionales legalmente establecidos de que sea privado de su mandato alguno de los miembros del órgano en cuestión (art. 141, 1, d); y cuando en las leyes federales o regionales reguladoras de las elecciones esté prevista la declaración de privación del acta de diputado por decisión de un órgano administrativo, sobre la impugnación de las decisiones por las que se haya declarado la pérdida del mandato de miembro de una asamblea de representación popular, en algún órgano municipal encargado de la función ejecutiva o en un órgano deliberante de un Colegio Profesional legalmente establecido, una vez agotada la vía jerárquica (art. 141, 1, e).

"Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana", México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1961, p. 37. En versión italiana, *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1955.

[49] *Cfr*. Grant, James A. C., "El control judicial de la legislación en la Constitución austríaca de 1920", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año VII, núm. 21, sep-dic, México, 1974, pp. 73-81.

[50] *Cfr.* Eisenmann, Charles, *op. cit.*, pp. 281-285.

Podemos colegir, por consiguiente, que solamente basta la "presunta ilegalidad" del procedimiento electoral para que proceda la impugnación o acción ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia, el Tribunal Constitucional definirá la impugnación electoral, si es que ha existido presunta ilegalidad del procedimiento electoral y si ha influido sobremanera en el resultado de las elecciones.

3.3.8. Responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos[51]

Atribución importante del Tribunal Constitucional es conocer las acusaciones por las que se exija a los órganos supremos de la Federación o de los Estados "responsabilidad constitucional" por las infracciones de ley cometidas, mediante culpa, en el ejercicio de sus cargos (art. 142, 1). Están comprendidos el Presidente Federal por violar la Constitución, los miembros del Gobierno Federal y órganos de igual jerarquía cuando infringen la ley, miembros del Gobierno Regional, Gobernador Regional, órganos de la capital federal Viena, Presidente o Presidente en funciones del Consejo Académico Regional. El Tribunal Constitucional, al expedir sentencia condenatoria (*das verurteilendes Erkenntnis*) dispondrá la pérdida del cargo así como, al apreciarse circunstancias especialmente agravantes, la pérdida temporal de los derechos políticos. Si se trata de infracciones mínimas se limitará el Tribunal Constitucional a declarar que solamente se ha cometido una "infracción legal".

También es atribución propia del Tribunal Constitucional la facultad de acusación (*Anklage/impeachment*) contra los altos funcionarios que se ha mencionado, por causa de acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación oficial del imputado (art. 143). Está fuera de toda duda que las sanciones son las mismas que se aplican a los que tienen responsabilidad constitucional. A nuestro entender, se puede deducir de lo expuesto que el juicio político austriaco es la acusación que realiza el Cuerpo Legislativo ante el Tribunal Constitucional, diferenciándose del llamado juicio político americano donde la facultad de juzgamiento de altos funcionarios públicos corresponde a la Cámara de Representantes [Diputados] que los acusa ante el Senado. De esta manera, el Tribunal Constitucional austríaco adquiere una función netamente jurídica-política, limitándose a frenar las pasiones de los detentadores del poder, a su vez, evitando las jurisdicciones especiales y sometiendo a los altos funcionarios a un control jurídico independiente e imparcial.

[51] *Ibidem,* pp. 277-280.

3.3.9. Competencia para los conflictos de los convenios entre la Federación y los Estatutos, y entre los Estados

Una última atribución del Tribunal Constitucional austriaco, que reconoce la Constitución, es la de declarar, a instancias del Gobierno Federal o del Gobierno Regional afectado, si existe un convenio en el sentido del artículo 15, párrafo 1 y si se ha cumplido o no las obligaciones derivadas del mismo, siempre que no se trate de acciones [pretensiones] de contenido patrimonial (art. 138, a, 1). Cuando se prevea así también los convenios de los Estados entre sí, corresponde al Tribunal Constitucional determinar, a instancia del Gobierno regional afectado, si existe el convenio en cuestión y si se han cumplido las obligaciones derivadas de él, siempre que no se trate de acciones de contenido patrimonial (art. 138, a, 2).

4. Puntualizaciones conclusivas

Al llegar a estas alturas, ya es hora de dar término a los renglones. De las consideraciones anteriores derivan, como corolario necesario, las siguientes conclusiones:

1. En realidad, el libro colectivo —*Sobre la Jurisdicción Constitucional*— que ahora se da a la estampa, constituye una bibliografía de primer orden que nos permite, en el umbral del siglo XXI, continuar avivando el debate acerca del Control Constitucional Concentrado, que ha irradiado prácticamente ambos lados del Atlántico, incluyendo los países de la denominada, hasta hace poco, Europa del Este. Todo ello, en definitiva, revela el valor y la importancia que reviste el pensamiento kelseniano en el mundo jurídico, reafirmando así, día a día, la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional. No en balde, Kelsen —*homo juridicus* de carácter solemne y ejemplar— ha sido catalogado como el jurista del siglo XX.
2. La función hermenéutica que cumple el Tribunal Constitucional austriaco, tanto como legislador *negativo* como, luego de la II Guerra Mundial, legislador *positivo*, es de capital importancia, de tal forma que su influencia a nivel internacional se ha dejado sentir, dando como resultado su expansión, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, con resultados satisfactorios en diversos países. Y en América Latina ha ido apareciendo con una sostenida periodicidad, lo cual llevó a decir a Kelsen, Jefe de la Escuela de Viena y artífice principal de la Jurisdicción Constitucional (control a través de un Tribunal Constitucional), que este último constituye su "criatura más querida" (*sein liebstes kind*).

3. En la Europa democrática, el Control Constitucional Concentrado, luego de la caída del Muro de Berlín y de la Perestroika, ha adquirido poderes absolutos, especialmente, en el caso de la derogación de las leyes que tienen vicios o tufillos de inconstitucionalidad. En ese sentir, es evidente que el Derecho Constitucional austriaco, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, viene delimitando de manera contundente los meridianos y los paralelos de la Teoría de la Constitución, cuyas raíces tempranas se gestaron en el periodo weimariano (1919-1933). En conclusión, en los albores del nuevo milenio, sin olvidar las tensiones entre la Política y el Derecho, la creación jurisprudencial de la Constitución que realiza el Tribunal Constitucional austriaco —que en la práctica ostenta un auténtico poder normativo y una nítida función integradora— es digno de todo encomio.

5. Bibliografía

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

Alonso García, Enrique, "El Tribunal Constitucional austriaco", en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I.

Antoniolli, Walter, "Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit", en Engel, Salo y Métall, Rudolf A., *Law State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964.

Anzon, Adele, "Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna", en *Politica del Diritto,* vol. XX, num. 2, jun, Bolonia, 1989.

Aubert, Jean-François, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, París-Neuchâtel, Jurisprudence Générale Dalloz-Editions Ides et Calendes, 1967, t. 2.

Austria aeterna, publição do "Comite de proteção dos Interesses Austriacos no Brasil", Río de Janeiro, 1944.

Baume, Sandrine, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, trad. por Julia Tomasini y Ariel Dilon, Buenos Aires, Jusbaires Editorial, 2015.

Berenger, Jean, *La République Autrichienne de 1919 a nos jours*, París, Librairie Didier, 1971.

Bernstorff, Jochen von y Dunlap, Thomas, *The Public International Theory of Hans Kelsen*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Bongiovanni, Giorgio, "Estado de Direito e Justiça Constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austriaca de 1920", en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (orgs.): *O Estado de Direito. História, teoria, critica*, trad. por Carlos Alberto Datolli, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

_____, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

Brion, Marcel, *La vida cotidiana en Viena en tiempos de Mozart y de Schubert*, trad. por Juan José Utrilla, México, FCE, 1990.

Bruera, José Juan, "La lógica, el derecho y la Escuela de Viena", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* t. XLIII, oct, Buenos Aires, 1945.

Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. por Héctor Fix-Zamudio, México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1961.

Caravita, Beniamino, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padua, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.

Cárdenas, Raúl de, *La inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1943.

Cervati, Angelo Antonio, "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana", en *Quaderni Costituzionali,* vol. IX, núm. 2, ago, Bolonia, 1989.

Comte, Philippe, "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* vol. IV, núm. 1, Ginebra, 1962.

Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

Cubeddy, Raimondo, *La filosofía de la Escuela Austriaca*, trad. por Juan Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 1997.

Douin, Claude-Sophie, *Le fédéralisme autrichien*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

Eisenmann, Charles, "Dix ans d'Histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger,* ene-feb-mar, París, 1928.

_____, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Economica Paris, 1986.

Ermacora, Felix, "Diritti umani e Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (dir.), *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Italia, Maggioli Editore, 1985.

_____, "El Tribunal Constitucional austriaco", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984.

_____, "Hans Kelsen e il Diritto Costituzionale austriaco", en Roehrssen, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Florencia, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.

Fejtö, François, *Réquiem por un imperio difunto. Historia de la destrucción de Austria-Hungría*, trad. por Jorge Segovia, Madrid, Ediciones Encuentro, 2015.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La jurisdicción constitucional Iberoamericana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI,* Madrid, Tecnos, 2002.

Fernández Segado, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.

Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca creada por él", en *Jurídica,* núm. 2, México, 1970.

García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a ed. revisada, corregida y aumentada, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003.

García Roca, F. Javier, *El conflicto entre los órganos constitucionales,* Madrid, Tecnos, 1987.

Giovannelli, Adriano, "Alcune considerazioni dul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, del contesto del dibattito sulla funzione 'politica' della Corte Costituzionale", en AA.VV., *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padua, Cedam-Casa Editrice Dott, 1985, t. I.

Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992.

González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.

Grant, James A. C., "El control judicial de la legislación en la Constitución austríaca de 1920", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año VII, núm. 21, sep-dic, México, 1974.

Gruber, Reinhard H., *La catedral de san Esteban de Viena*, trad. por Carles Batlle, Viena, Alpina Druck, s/f.

Grussmann, Wolf-Dietrich, "Giurisdizione Costituzionale austriaca e Comunità Europee", en *Diritto e Società,* nueva serie, núm. 4, Padua, 1991.

Gulick, Charles A., *Austria from habsburg to Hitler*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1948, 2 ts.

Hart, Peter, *La Gran Guerra (1914-1918). Historia militar de la Primera Guerra Mundial*, trad. por Juan Rabasseda-Gascón y Teófilo de Lozoya, Barcelona, Planeta, 2014.

Hinterauer, Werner, "Tribunal Constitucional de Austria", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y autonomías territoriales*, Madrid, CEC-Tribunal Constitucional, 1985.

Jagow, G. von, *Le origini della Guerra Mondiale*, trad. por Roberto Fava, Roma, Casa Editrice Triber, 1919.

Johnston, William M., *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*, trad. por Agustín Coletes Blanco (coord.), Rocío Coletes Laspra, Ángel Huerga García y Teresa Jove Sánchez, Oviedo, KRK Ediciones, 2009.

Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)", trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, en *Revista Anuario Jurídico,* I, México, 1974.

_____, *Scritti autobiografici*, trad. por Mario G. Losano, Reggio Emilia, Edizioni Diabasis, 2008.

Kunz, Josef L., *La teoría pura del derecho (Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia)*, México, Imprenta Universitaria, 1948.

Lagi, Sara, *El pensamiento político Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la "Esencia y valor de la democracia"*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007.

Liebscher, Viktor, "Austria y el Convenio para la protección de los derechos humanos", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* vol. IV, núm. 2, Ginebra, 1963.

Melo e Silva, Nanci, *Da Juridição Constitucional*, Belo Horizonte, Livraria del Rey Editora, 2002.

Métall, Rudolf A., "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 6, dic, Valparaíso, 1974. Publicado también en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de Teoría Jurídica", año VII, núm. 19, ene-abr, México, 1974.

_____, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. por Javier Esquivel, México, IIJ-UNAM, 1976.

Mirkine Guetzévitch, Boris y Tibal, André, *L'Autriche*, París, Librairie Delagrave, 1932.

_____, *Les constitutions de L'Europe nouville*, 10a ed. revisada y aumentada, París, Librairie Delagrave, 1930.

Mises, Ludwig von, *Autobiografía de un liberal (La gran Viena contra el estatalismo)*, Madrid, Unión Editorial, 2001.

Monaco, Ricardo, "Kelsen e la Teoria del Diritto Internazionale", en Roehrssen, Carlo (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Florencia, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.

Moraes, Alexandre de, *Jurisdição Constitucionale Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*, 3a ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013.

Moreno Mínguez, Carmen, *Breve historia del Imperio austrohúngaro*, Madrid, Ediciones Nowtilus, 2015.

Moreso, Juan José, "La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen", en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Öhlinger, Theo, "L'evoluzione della Giurisdizione Costituzionale in Austria", en Lombardi, Giorgio (dir.), *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Italia, Maggioli Editore, 1985.

_____, *Legge sulla Corte Costituzionale austriaca*, Florencia, Centro Editoriale Europeo, 1982.

Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale Comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998.

Peichl, Gustav, "Impresiones sobre la arquitectura vienesa", en Toman, Rolf (ed.), *Viena. Arte y arquitectura,* trad. por Susana Andrés Trauschke y Pablo Álvarez Ellacuría, Barcelona, Köneman Verlagsgesellschaft, 2000.

Pérez Royo, Javier y Porras Nadales, Antonio J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.

Piccato, Antonio, "Algunas aportaciones de Hans Kelsen al constitucionalismo contemporáneo", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.

Población Bernardo, Ignacio, *Agonía Imperial (La caída del Imperio austrohúngaro)*, Madrid, Editorial Fragua, 2012.

Puente Egido, José, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, Instituto "Francisco de Vitoria", 1962.

Ravier, Adrián O. (coord.), *La Escuela Austriaca desde adentro*, 4a reimp., Madrid, Unión Editorial, 2011-2013, 3 vols.

Robles Morchón, Gregorio, *Hans Kelsen. Vida y obra*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

Schreier, Fritz, "Die Wiener rechtsphilosophische Schule", en Métall, Rudolf Aladár, *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Viena, Hans Kelsen-Institut, 1974.

Troper, Michel, "Kelsen et la Court Constitutionnelle", en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.

Vanossi, Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II.

Verdú, Pablo Lucas, "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra Hans Kelsen)", en *Revista de Estudios Políticos,* nueva época, núm. 68, abr-jun, Madrid, 1990.

Vernet i Llobet, Jaume, *El sistema federal austriaco*, Madrid, Escola D'administració Pública de Catalunya-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

Expansión de los mecanismos de protección de los derechos sociales mediante el derecho procesal constitucional

*Isaac de Paz González**

Sumario: 1. Nota introductoria sobre la justicia social. 2. Algunos problemas de la interpretación constitucional. 3. El derecho procesal constitucional frente a las injusticias sociales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Nota introductoria sobre la justicia social

La de Querétaro fue una constitucional social porque por primera vez reconoció derechos —e instrumentos sustantivos de protección— a las grandes masas de población excluidas de los beneficios de la riqueza nacional: educación, protección de la familia, repartición y protección de la propiedad común. Se habla del "beneficio social" y de una "distribución equitativa de la riqueza".

No podemos evadir esa carga histórica sino retomarla como la gran aportación del constitucionalismo mexicano. Sin embargo, el gran problema es ¿cómo?

Los problemas socioeconómicos tienen orígenes y soluciones multidimensionales. No obstante, el derecho debe permanecer pasivo ante las desigualdades sociales. De acuerdo con el estado de la cuestión contemporáneo, concepción actual, la justiciabilidad directa de los derechos sociales está ligada a dos factores fundamentales: el aumento de su transgresión en diversos planos de la vida económica y política; y la legitimación de los jueces para adjudicar el contenido material de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. Dentro del plano cartesiano de esta situación, destacan algunos puntos que innegablemente están ligados a la formación de los jueces, la académica y la difusión de las ideas recientes de la filosofía política de la justicia constitucional —en especial del derecho

* Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California; miembro del SNI.

procesal constitucional— que promueve el disfrute de condiciones materiales de existencia con un enfoque centrado en el ser humano.[1]

En este aspecto, el discurso normativo de los derechos humanos se inserta dentro de un modelo de justicia que gira en torno al valor de la vida y la satisfacción de las necesidades para el florecimiento humano. Recordemos que el objetivo de la justicia social es, precisamente, reconocer el empoderamiento de un grupo de individuos como parte de su desarrollo, autonomía y progreso dentro de la sociedad política, que a su vez facilita el ejercicio autónomo de todos aquellos derechos necesarios para la proyección de la dignidad humana.

Se afirma que una visión total de justicia social a la que se daría efecto, implica un sistema comprensivo de distribución de recursos que satisfaga una filosofía particular de justicia grupal. En este sentido, sostiene que el alcance y la meta de la rendición de cuentas han tenido una gran expansión en las últimas décadas; pero que ello no significa que sea de gran utilidad como vehículo para remediar múltiples formas de *injusticia social*.[2] Aquí surge el primer problema para la justicia social: que no tiene un camino directo para lograrla.

De esta manera, tenemos que la satisfacción de las necesidades humanas es la justificación del Estado, como proveedor y garante de las condiciones para acceder a los satisfactores vitales. Así, la justicia social tiene raíces en los valores comunes que una sociedad mantiene como forma de identidad,[3] que se materializan en bienes públicos como la educación, la salud, la vivienda adecuada y el cuidado del ambiente.

---

1 Se trata de tendencias recientes que revaloran los fines humanos y de la justicia. Sen afirma que: "Puesto que la idea de capacidad está ligada a la libertad sustantiva, asigna un papel central al papel de la persona para hacer diferentes cosas que valora. El enfoque de la capacidad se concentra en las vidas humanas y no solo en los recursos de la gente". Así "[…] el avance de la justicia y la eliminación de la injusticia exigen el compromiso conjunto con la elección institucional. El ajuste del comportamiento y los procedimientos de corrección de los arreglos sociales basados en la discusión pública sobre qué se promete, cómo funcionan las instituciones y cómo pueden mejorarse las cosas". Sen, Amartya, *La idea de la justicia,* 1ª reimp., trad. por Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2015, pp. 283 y 298.

2 O'Cinneide, Colm, "Legal Accountability and Social Justice", en Bambforth, Nicholas y Leyland, Peter (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution,* Oxford University Press, 2013, p. 401.

3 Vázquez afirma que no existe antagonismo entre autonomía personal con las "exigencias de apoyo solidario a los necesitados", pues "una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros tienen la posibilidad de ejercer los derechos vinculados con la satisfacción de sus necesidades básicas o bienes primarios. Estos son necesarios para la realización de todo plan de vida […]". Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho,* nota 5, Madrid, Trotta, 2006, p. 171.

Inclusive en sociedades avanzadas, y como parte del estudio de las relaciones privadas, se ha puesto énfasis en la conexión entre las relaciones de particulares y los efectos sobre los derechos fundamentales, como parte de la justicia social.

Uno de los componentes fundamentales de los sistemas jurídicos es su finalidad social. No se trata únicamente de la búsqueda de justicia en porciones mínimas —a rebanadas, diría Jeremy Waldron—, para casos particulares, sino de una nueva forma de paliar las inequidades sociales y orientar el contrato social a favor de las necesidades básicas.

Sobre todo, la justicia social persigue la supervivencia de los valores compartidos, tanto políticos como económicos, en torno al mejoramiento de la condición humana. Así, una de las cualidades más notables de los derechos socioeconómicos es la inclusión, el reconocimiento y el acceso a un mejor modo de vida —frente a la exclusión que propicia el no contar con alguno de ellos—.

Esta nueva perspectiva: justicia económica-igualdad, parte del fundamento en la conexión de los derechos y la distribución de recursos, que a su vez ha forjado importantes contribuciones para el reconocimiento de los derechos sociales. En este sentido, como parte de la justicia distributiva, existen diversos principios. Los más invocados son la equidad —a cada uno le corresponde lo mismo que a otros—, la eficiencia —maximizar entradas y relativizar salidas—, la necesidad —aquellos con mayor necesidad merecen más— y el mérito-proporcionalidad —la distribución de los recursos corresponde a las contribuciones—.[4]

De acuerdo con estas acepciones de justicia social, se reconoce que sus componentes se relacionan directamente con la política pública y la distribución de recursos. En consecuencia, la exigibilidad de los derechos sociales no es una cuestión propia del derecho procesal constitucional, pues también requiere el impulso de la filosofía política, que elige como foco de información la realidad concreta en qué se debe juzgar y evaluar[5] para determinar su avance o retroceso.

Por otra parte, la supuesta diferencia entre derechos civiles, políticos y sociales, por mucho tiempo soterró el debate de la justiciabilidad de estos últimos, aunque actualmente se ha llegado a la conclusión de que nada de

[4] *Cfr*. Bornstein, Brian H. *et al.*, "Social Justice and Water Sustainability and Management", en Kakanowski, Augustus y Narusevich, Marijus (eds.), *Handbook of Social Justice*, Nueva York, Nova Science Publishers Inc., 2009, p. 275.

[5] En general, este es el enfoque de Sen que relaciona: vida, capacidades y libertades con las condiciones que dan lugar a las oportunidades para vivir un tipo vida. *Cfr,* Sen, Amartya, *op. cit*. pp. 255-264.

la estructura normativa de los sociales los hace diferentes, más defectuosos o menos justiciables que los civiles.

Sin embargo, y a pesar del terreno ganado, aún existe parte del discurso opuesto a los derechos sociales y cuenta por lo menos con cuatro frentes:

a) el de las políticas públicas, que solo actúan en forma subsidiaria en casos excepcionales para ayudar a ciertos sectores;
b) el marco legislativo reduccionista del gasto público social y la interpretación judicial-constitucional minimalista, que no ofrece máximos ni considera la interdependencia o progresividad de los derechos humanos, sino que los adjudica en su mínima expresión y en otros casos permite su reducción y regresividad al establecer la fragmentación entre derechos y garantías;
c) la corrupción política que crea empobrecimiento de las finanzas públicas a través de los saqueos que cada trienio o sexenio provocan desde presidentes municipales hasta gobernadores de los estados, y
d) la restricción de gasto público: en cada presupuesto público anual, el Congreso de la Unión mexicano propone reducciones al gasto público sin el control de cuentas ni la revisión de sus propias fallas como administradores de la riqueza nacional.

En el sector público mexicano —léase gobiernos locales y administración pública federal— gobierna la opacidad. Sin perjuicio de que existe un notorio contubernio de las empresas privadas que compiten por adjudicaciones multimillonarias de contratos que nadie puede revisar si se han cumplido o no.

Por otro lado, es común la ausencia de controles, plazos, parámetros e informes de las obras, adquisiciones y planeación, tanto en el gobierno federal como en los estatales; lo preocupante es que los niveles de endeudamiento carecen de control político, jurídico y económico.[6]

En efecto, ante las condiciones que se imponen desde las instancias del poder público y privado,[7] el sistema jurídico y sus jueces —como revisores de la

[6] En el informe de 2015, la Auditoría Superior de la Federación menciona que: "El saldo de la deuda neta del GF ascendió a 5,816,537.5 mdp, con un aumento real de 6.6% respecto de diciembre de 2014 y de 11.5% en relación con el mismo mes del año anterior". Cámara de Diputados, Auditoria Superior de la Federación, *Análisis del Informe de Avance de Gestión Financiera 2015*, p. 221; la cuestión capital —en este aspecto— es que al tratarse de los ingresos del Estado comúnmente se piensa que la ciudadanía no puede participar o cuestionar el desmedido uso de los recursos públicos.

[7] Son las circunstancias formales y materiales en que las empresas y particulares imponen a los usuarios y consumidores para obtener los servicios o regular el comercio. Así, empresas y proveedores actúan de forma unilateral al imponer las condiciones para la prestación de servicios públicos: bancos, tiendas de servicios, concesionarias de automóviles

actividad constitucional— no pueden permanecer pasivos y evitar la adjudicación de bienes públicos;[8] máxime que en la jurisdicción constitucional se trata de fijar reglas objetivas y pedagógicas que fortalecen —o debilitan— la percepción en la cultura jurídica del respeto o erosión de los derechos humanos.

Pero más allá de los impedimentos para su desarrollo objetivo se proponen nuevas vías para la superación de los derechos sociales —como meras aspiraciones— e incluirlos dentro del catálogo de las piezas indispensables del buen vivir.[9] Esta forma de revalorarlos tiene sus puntos de apoyo en la fuerza y la calidad autoritativa del discurso de la igualdad y la lucha frente a la exclusión. La educación, la salud, el trabajo y, en general, la satisfacción de los bienes materiales forman parte de la proyección del libre desarrollo de la personalidad, de su identidad y su cosmovisión espiritual.

En efecto, ante las condiciones que se imponen desde las instancias del poder público y privado (mediante circunstancias formales y materiales en que las empresas y particulares imponen a los usuarios y consumidores para obtener los servicios o regular el comercio. Así, empresas y proveedores actúan de forma unilateral al imponer las condiciones para la prestación de servicios públicos: bancos, tiendas de servicios, concesionarias de automóviles y empresas de telecomunicación solo firman sus propios contratos —de adhesión— en los que el cliente carece de medios para expresar su voluntad),[10] el sistema jurídico y sus jueces —como revisores de la actividad constitucional— no pueden permanecer pasivos y evitar la adjudicación de bienes públicos.

2. Algunos problemas de la interpretación constitucional

La adjudicación de los derechos sociales en las cortes constitucionales es uno de los temas que ha crecido desde los años noventa, aunque histórica-

y empresas de telecomunicación solo firman sus propios contratos —de adhesión— en los que el cliente carece de medios para expresar su voluntad.

8 Esta acepción corresponde a la universalidad —de atribuir a todos los sujetos posibles— los derechos de educación, vivienda, salud, medioambiente sustentable; como bienes jurídicos disfrutables por todos los miembros de la comunidad.

9 Se afirma que está basado el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución de la riqueza, la protección de los intereses colectivos y la gestión de la economía en un modo de producción poscapitalista. Baldin, Serena, "La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, may-ago, 2015, pp. 483-530.

10 En este aspecto destaca la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos entre los particulares. En otros ámbitos, como el europeo, se ha logrado limitar el abuso de los bancos mediante las cláusulas piso para evitar el sobreprecio de las viviendas.

mente podemos encontrar —como parte de la emancipación y las luchas por la igualdad— referencias en el constitucionalismo anglosajón.[11]

Se afirma que no tienen la calidad de expertos para determinar las necesidades sociales y económicas ni para resolver disputas sobre derechos sociales. En respuesta a estas objeciones, King sostiene que los jueces intervienen en la adjudicación de derechos sociales porque no sería democráticamente legítimo que rechazaran el trabajo de aplicar los derechos de las normas elaboradas por el legislador. Por otra parte, King cuestiona la falta de generalidad de las sentencias y su alcance limitado para mejorar cuantitativamente situaciones de desigualdad; esto es cierto: los jueces no pueden arrogarse el trabajo de transformar todas las inequidades de una sociedad.[12]

Ahora bien, es verdad que el cauce natural de los derechos sociales es la vía administrativa —y política—, pero en diversos contextos el empuje de los tribunales es imprescindible. Ya sea para ceñir la voluntad de los particulares a las normas constitucionales, reorientar el gasto público de acuerdo con lo ordenado en la Constitución o para replantear políticas sociales acordes con la interdependencia de los derechos constitucionales. Además, el papel de los jueces está plenamente justificado porque sus órdenes son parte del control constitucional objetivo —entre funciones de gobierno— y del engranaje democrático para materializar las aspiraciones sociales de las Constituciones. Por su parte, Pillay menciona que las decisiones judiciales no se escriben en piedra y que a menudo dejan un amplio margen para su interpretación en las vías legislativas pero que, en una democracia, la deferencia hacia los legisladores no es definitiva.

En realidad, el punto más complicado en la adjudicación judicial de los derechos de contenido económico es el alcance del fallo y su acatamiento positivo —especialmente por la reticencia del poder ejecutivo federal, estatal o municipal—, y las ventajas de un fallo favorable son: demostrar la ductilidad de las normas constitucionales y que la justicia social tiene posibilidades de realización efectiva, no solo a través del paternalismo del Estado como deferencia judicial hacia grupos excluidos.

---

11 King's Bench Court, Londres, sentencia de 14 de mayo de 1772; el célebre caso US Supreme Court, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, sentencia de 17 de mayo de 1954; y el caso que reivindicó los derechos de educación y libertad de los hijos de migrantes mexicanos en Texas: US Supreme Court, *Plyler vs Doe*, 475, 202, sentencia de 15 de junio de 1982. Stammers menciona que la socialidad de los derechos naturales ha estado asociada a la protección de la dimensión económica más que a los derechos de propiedad; que conecta la identidad individual con la colectiva y que en diferentes naciones ha generado movimientos sociales y activismo en contra del "poder arbitrario y el privilegio". *Cfr,* Stammers, Neil, *Human Rights and Social Movements*, Nueva York, Pluto Press, 2009, p. 40.

12 King, Jeff, *Judging Social Rights,* Cambridge University Press, 2012, pp. 152-153.

Wolterstoff sostiene que:

> A third reason for opposition to the idea of social justice is that some people hear the term "social justice" as a code word for the activities of those who favor an expansive welfare state. They have been led to believe that if they concede that the plight of the widows, the orphans, and the impoverished is not merely unfortunate but unjust, then they are committed to asking the state to dispense welfare to them or to introduce a large body of regulations. They regard an expansive regulatory and welfare state as an all-enveloping octopus. So they oppose the idea of social justice. The assumption is false. Recognizing that something is a social injustice carries no implications whatsoever as to how that injustice should be remedied. In particular, it does not carry the implication that the state is the remedy of first resort.[13]

Aunque esto no es la regla general, ya que no todos los grupos enmarcan o reivindican sus quejas a través del discurso de los derechos humanos; pero sin duda, el papel de los jueces es crucial pues son ellos quienes —como operadores— aceptan o rechazan los planteamientos de los grupos.[14]

En cuanto al sistema de control constitucional mexicano es posible reconocer varios elementos que influyen en la formación y desarrollo de la jurisprudencia de derechos sociales. Se pueden clasificar elementos de dos tipos: los exógenos[15] o cuestiones que gravitan fuera del sistema jurídico:

a) estos fenómenos son provocados por el alto grado de cierre social y los niveles de pobreza. Sin duda, el contexto de exclusión es el campo fértil para el surgimiento de reclamos sobre educación, vivienda, salud, trabajo, agua potable o ambiente limpio, y

---

13 Wolterstorff, Nicholas, "All Justice is Social but it's not all Social Justice, en *Philosophia,* vol. 2, núm. 41, jun, 2013, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 383-395, disponible en *http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11406-013-9432-7*

14 En particular depende de la importancia y de los factores que trae consigo el problema específico de derechos humanos, también influye la presión internacional y del compromiso político del Estado. Sobre esta evolución de las quejas y los avances de reclamos grupales, y de su reconocimiento como derechos humanos. Véase Bob, *apud,* Shawki, Noha, "New Rights Advocacy and the Human Rights of Peasants: La Via Campesina and the Evolution of New Human Rights Norms", en *Journal of Human Rights Practice,* vol. 6, núm. 2, jul 2014, pp. 306-326 *DOI:10.1093/jhuman/huu009* Advance Access publication, jun 24, 2014.

15 De forma similar Contreras Peláez, identifica, cuatro factores que integran los nuevos riesgos sociales: el desempleo, el factor del sexo, la crisis de la familia y la migración. *Cfr*. Ferrer-MacGregor, Eduardo y Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, UNAM, 2014, pp. 8-10.

b) el resto tiene que ver con la ausencia de mecanismos de exigibilidad por las vías legislativas, políticas o administrativas, que son el terreno natural de los derechos sociales.

La Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas reconoce que las privaciones materiales conducen a otras violaciones de derechos humanos, dado que:

> Las personas que viven en la extrema pobreza a menudo son desatendidas o abandonadas por los políticos, los proveedores de servicios y los responsables de la formulación de políticas debido a su falta de voz política, capital social y financiero, así como por su exclusión social crónica. Son afectadas desproporcionadamente por un gran número de violaciones de los derechos humanos. La discriminación contra las personas que viven en la pobreza está generalizada y es ampliamente tolerada. […]
>
> 3. La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones. La extrema pobreza se caracteriza por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad.[16]

La conjugación de los factores indicados incentiva a los portadores para acudir a la vía judicial. De este modo, el litigio se vuelve un camino ordinario para la adjudicación de los derechos. Así, el juicio se transforma en una solución reactiva o remedial, e influye para que el sistema jurídico sea un catalizador de los conflictos creados por otras funciones públicas y le añade más carga al sistema judicial —y en especial al amparo como medio de protección habitual de los derechos humanos—.

Por otra parte, los elementos endógenos de la jurisprudencia de los derechos sociales dependen de:

a) la cultura jurídica de los operadores, de sus herramientas interpretativas y analíticas del caso concreto;
b) las posturas teóricas y normativas asumidas por los jueces para maximizar o limitar los derechos humanos, y
c) la asunción o rechazo del bloque normativo internacional.

Estos factores se pueden identificar en los posicionamientos formulados por los jueces al dictar las sentencias sobre los derechos sociales. En cuanto a la cultura jurídica de los operadores, resulta pertinente mencionar que la

[16] Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre Pobreza y Derechos Humanos*, disponible en *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf*

visión sobre los derechos sociales y los preconceptos que cada juzgador tiene al respecto, dan la pauta en la decisión; el sentido de los fallos en mucho depende de la aceptación plena o subsidiaria del derecho internacional de los derechos humanos; de la Constitución como una norma-bloque, o de su fragmentación cuando se interpretan como normas aisladas.

Una de las restricciones endógenas de la jurisprudencia es la que limitó los tratados de derechos humanos[17] cuando se trata de "restricciones constitucionales" en razón de la jerarquía normativa de la Constitución.[18] La consecuencia de una interpretación restrictiva desde la Constitución, es que los jueces pueden erosionar la puesta en marcha de los mecanismos de acceso y garantía y, en consecuencia, hacer nugatoria su exigibilidad y justiciabilidad. Ambas formas de garantía constituyen una norma tética prevista en el texto del artículo 1 constitucional, que adscribe los derechos humanos bajo los principios de: "universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[19]

Para los derechos sociales, estas directrices normativas son las que resultan trascendentes. Sería ocioso esperar resultados positivos en un contexto normativo que simplemente reduce las normas de derechos humanos a posibilidades de realización —expectativas— "cuando no haya restricciones".

3. El derecho procesal constitucional frente a las injusticias sociales

Una de las grandes preocupaciones de quienes estudiamos los derechos sociales es la falta de garantías en todos sus ámbitos, aunque el jurisdiccional es el más común, existen sectores del derecho procesal constitucional que no se han explorado con detenimiento para mejorar la exigibilidad de los derechos sociales —recordemos que la justiciabilidad es solo una parte contenciosa pero la parte más amplia es la no contenciosa: la administrativa—.

17 Véase Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, 3 de septiembre de 2013, pp. 14-16.

18 La restricción impuesta se configuró a partir de la expresión literal del artículo 1 constitucional, que dice que todos gozan de los derechos humanos y sus garantías previstas en la Constitución y los tratados "cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

19 Y que en su caso debe interpretarse de forma sistemática con: el derecho de acceso a la justicia, la no discriminación, la planeación económica que favorezca la dignidad humana y el bloque de derechos sociales de vivienda, salud, educación y trabajo, previstos en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 25 y 123 de la Constitución federal.

En otro lugar me he ocupado de la justiciabilidad de los derechos sociales a través del juicio de amparo directo e indirecto. Con sus limitaciones y defectos, el proceso de amparo ha sido la punta de lanza en contra de los actos violarios de los derechos socioeconómicos desde la salud, la educación, las limitaciones a los transgénicos, la publicidad engañosa de las compañías de bienes y servicios —como derecho colectivo de los consumidores— y al gasto público educativo.

Sin embargo, hay otros sectores importantes a los que puede contribuir el derecho procesal constitucional a manera de mecanismos preventivos y reparadores de los derechos previstos en la Constitución y en los tratados.

3.1. Reparación de las violaciones de los derechos humanos (art. 1 constitucional)

Se trata de un medio de control difuso, ya que serán las entidades públicas, en el ámbito de sus competencias, quienes tengan la obligación de resarcir los daños causados con motivo de la violación a los derechos humanos.

3.2. Procedimiento de revisión de constitucionalidad de una consulta popular

El procedimiento de revisión de constitucionalidad de una consulta popular se encuentra previsto, a partir de la reforma de 2012 —publicada en el *DOF,* de 9 de agosto— en el artículo 35, fracción VIII de la CPEUM.

Se trata de un procedimiento jurídico-político porque, de acuerdo con el numeral 4 de la fracción VIII del artículo 35, el Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del 2% del número de ciudadanos inscritos en la lista de electores; así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados.

3.3. Procedimiento ante los órganos autónomos protectores de derechos humanos *(ombudsman)*

Como instrumentos de control constitucional, las funciones de las comisiones de derechos humanos se materializan a través de la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el ordenamiento mexicano.

3.4. Mecanismos de control a través de los congresos: federal y locales

Mecanismos de entrada.

Gasto social con pisos mínimos en torno a la dignidad humana:

(i) acceso a un conjunto de bienes y servicios definidos a nivel nacional, que constituyen servicios esenciales de salud, incluida la atención de la maternidad, que cumplan los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
(ii) seguridad básica del ingreso de los niños, al menos a un nivel mínimo definido a nivel nacional, que proporcione acceso a la nutrición, la educación, la atención y cualquier otro bien y servicio necesarios;
(iii) seguridad básica de la renta, al menos a un nivel mínimo definido a nivel nacional, para las personas en edad activa que no pueden obtener ingresos suficientes, en particular en los casos de enfermedad, desempleo, maternidad y discapacidad, y
(iv) seguridad básica de la renta, por lo menos a un nivel mínimo definido nacionalmente, para las personas mayores.[20]

- Prohibición constitucional —y en las constituciones locales y leyes de egresos— de recortes al gasto público: Educación (Ley General de Educación), trabajo (art. 90, FLT, salario digno).
- Revisión parlamentaria de normas cuya constitucionalidad y convencionalidad está en entredicho: por ejemplo, en materia de vivienda es necesaria la supresión de la UMA y creación de cláusulas piso para la adquisición de vivienda (arts. 26 y 123 constitucionales).

Mecanismos de salida.

Revisión de la cuenta pública.

Fiscalización y supervisión con mecanismos de cumplimiento, vinculantes y punitivos: Revisar la responsabilidad por omisiones en la revisión de la cuenta pública.

[20] Adoptadas por la OIT en 2012, recomendación 202.

3.5. Maximizar la prevención, represión y sanción de los delitos económicos

Modificación de las penas y medidas de seguridad en el proceso penal para verificar la proporcionalidad de las *medidas cautelares, los procesos y las sanciones* para los delitos de: Operaciones con recursos de procedencia ilícita,

- Ejemplo: artículo 215 del Código Penal Federal: VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente… se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de setenta hasta ciento cincuenta días multa.
- Peculado: artículo 223: Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados *indebidamente* exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa.
- Enriquecimiento ilícito: artículo 224: Cuando el monto a que ascienda *el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces* el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización *se impondrán de dos años a catorce años de prisión* y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

3.6. El control de los derechos sociales y el control de los proyectos de inversión (extractivos)

Su origen se halla en el apoyo de algunas autoridades locales a proyectos extractivos —mineros, energéticos, agroindustriales, etc.— que perjudican el acceso a los recursos naturales de las comunidades y pueden tener impactos negativos a la forma de vida, a la salud y al medioambiente. Dicha injerencia de las empresas en las comunidades, acompañado de la falta de un proceso de consulta y de debida diligencia, en muchas ocasiones, escala en un conflicto intercomunitario que complica la ejecución del proyecto y de la actividad empresarial planificada y tiene consecuencias negativas para las comunidades.[21]

[21] Compendio de información que presentan la Coalición de Organizaciones de la Sociedad Civil al Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, p. 8; disponible en *https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Informe_Mx_Empresas_DDHH_68_0.pdf*.



[22]

[22] *https://www.business-humanrights.org/es/m%C3%A9xico-67-casos-de-abusos-de-empresas-a-los-derechos-humanos-exhiben-situaci%C3%B3n-en-el-pa%C3%ADs-ante-la-visita-del-grupo-de-trabajo*

4. Conclusiones

El sector planteado obedece a la necesidad de difundir una cultura procesal constitucional que ensanche el poder de la Constitución. Pensar que la máxima norma de México es únicamente adjudicada en vía judicial es reducir el derecho a litigios y de paso se olvida el papel del Estado como un todo. A cien años de la Constitución de Querétaro, la del siglo xxi requiere la intervención más activa de los gobernados, de los legisladores como sujetos obligados a desarrollar la Constitución y de la administración pública que es la fuente de la que emanan los servicios públicos básicos para medir el bienestar humano.

5. Bibliografía

Baldin, Serena, "La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, may-ago, 2015.

Bornstein, Brian H. *et al.*, "Social Justice and Water Sustainability and Management", en Kakanowski, Augustus y Narusevich, Marijus (eds.), *Handbook of Social Justice*, Nueva York, Nova Science Publishers Inc., 2009.

Ferrer-MacGregor, Eduardo y Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, UNAM, 2014.

King, Jeff, *Judging Social Rights,* Cambridge University Press, 2012.

O'Cinneide, Colm, "Legal Accountability and Social Justice", en Bambforth, Nicholas y Leyland, Peter (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution,* Oxford University Press, 2013.

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre Pobreza y Derechos Humanos*, disponible en *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf*

Sen, Amartya, *La idea de la justicia,* 1ª reimp., trad. por Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2015.

Shawki, Noha, "New Rights Advocacy and the Human Rights of Peasants: La Via Campesina and the Evolution of New Human Rights Norms", en *Journal of Human Rights Practice,* vol. 6, núm. 2, jul 2014, *DOI:10.1093/jhuman/huu009* advance access publication, jun 24, 2014.

Stammers, Neil, *Human Rights and Social Movements*, Nueva York, Pluto Press, 2009.

Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho,* nota 5, Madrid, Trotta, 2006, p. 171.

Wolterstorff, Nicholas, "All Justice is Social but it's not all Social Justice, en *Philosophia,* vol. 2, núm. 41, jun, 2013, Dordrecht, Springer, 2013, disponible en *http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11406-013-9432-7*

Jurisprudencia

Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, 3 de septiembre de 2013, pp. 14-16.

US Supreme Court, *Caso Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, sentencia de 17 de mayo de 1954.

_____, *Caso Plyler vs Doe*, 475, 202, sentencia de 15 de junio de 1982.

La contitucionalidad de la reforma que modifica los periodos de nombramiento de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

Valeriano Pérez Maldonado

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto normativo. 3. Las acciones de inconstitucionalidad. 4. Análisis procesal y de fondo. 5. Conceptos de invalidez. 6. Votación de la mayoría en contra del proyecto. 7. Consideraciones finales.

1. Introducción

El asunto trata sobre la actual integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de particular relevancia, al tratarse de la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, consustancial para la democracia mexicana.

Cabe decir que la legitimación del juez o de cualquier servidor público depende de que su nombramiento se haya llevado a cabo conforme lo previene la ley, de lo contrario, se pone en entredicho la confianza, la credibilidad y su legitimidad respecto del órgano y de sus titulares y, por ende, la calidad de sus determinaciones.

Cuánta razón tenía el uruguayo Eduardo Galeano cuando escribía: *La ciudad vivía con el aliento cortado. El aire estaba envenenado por la desconfianza.*

Para garantizar la legitimación del juzgador es conveniente colmar un mínimo de requisitos imponderables, a saber:

a) La autoridad o el órgano que haga el nombramiento tenga competencia para hacerlo;
b) La persona designada cumpla los requisitos constitucionales y legales, así como las condiciones y capacidades para desempeñar el cargo en particular, y

* Acciones de inconstitucionalidad 99/2016 y su acumulada 104/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de junio de 2017.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana, México.

c) Que el nombramiento o designación haya cumplido las formalidades del procedimiento.

Ante la satisfacción de esas condiciones, las autoridades se legitiman en el cargo y, por ende, en sus actuaciones.

La mayor crítica que se hizo a la decisión del Congreso de la Unión de ampliar el periodo de designación de cuatro magistrados de la Sala Superior, fue que, con ella se viciaba su legitimación, pues al hacerse la modificación ya habían sido designados y protestado el cargo, en todo caso, que aquella representaba una dádiva para los titulares de dicha magistratura.

2. Contexto normativo

La reforma de 13 de noviembre de 2007, dispuso en el artículo 99 constitucional, así como en sus articulados quinto, décimo segundo y décimo cuarto transitorios, que la Sala Superior del Tribunal Electoral se integra con siete magistrados; su elección será escalonada conforme a las reglas y al procedimiento que señale la ley; durarán en su encargo nueve años improrrogables; además, en caso de una vacante definitiva se nombraría a un nuevo magistrado por el tiempo restante al del nombramiento original.

Ese diseño hace patente la existencia de un esquema de integración del órgano máximo de la jurisdicción electoral, de carácter constitucional; además, clarifica que la elección escalonada se traslada a la ley, posibilitando con esto la existencia de una libertad configurativa a favor del Congreso de la Unión para diseñar las reglas específicas desde la ley.

La ley aludida es precisamente la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual con motivo de la reforma publicada el 1º de julio de 2008, indicó en su artículo Cuarto transitorio, apartado II, que de los siete magistrados que nombraría el Senado de la República antes del 30 de octubre de 2016:

> dos de ellos concluirán su mandato el 31 de octubre de 2019, dos más el 31 de octubre de 2022 y los tres restantes el 31 de octubre de 2025. Al aprobar los nombramientos el Senado deberá señalar el período de mandato que corresponde a cada magistrado.

Es decir, por única ocasión el periodo de nombramiento sería escalonado con periodos de 3, 6 y 9 años; es decir, de forma similar con la temporalidad prevista para los magistrados electorales de las salas regionales del mismo Tribunal, incluso, para los consejeros electorales del Instituto Nacional Electoral.

3. Las acciones de inconstitucionalidad

El 20 de octubre de 2016 el Senado de la República, previo procedimiento de designación y al amparo de la temporalidad del cargo indicado en el artículo cuarto transitorio, eligió y tomó protesta a los siete magistrados de la Sala Superior, cuyo mandato iniciaban el 4 de noviembre de ese año.

Sin embargo, la reforma publicada el 3 de noviembre de 2016 modificó la temporalidad del cargo de esos magistrados electos, al respecto dispuso que desempeñarán sus funciones de la forma siguiente:

a) Los dos Magistrados electos originalmente para el periodo comprendido del 4 de noviembre de 2016 al 31 de octubre de 2019, durarán en su encargo hasta el 31 de octubre de 2023;
b) Los dos Magistrados electos originalmente para el periodo comprendido del 4 de noviembre de 2016 al 31 de octubre de 2022, durarán en su encargo hasta el 31 de octubre de 2024, y
c) Los tres Magistrados restantes, ejercerán su encargo en los mismos términos de la elección realizada por la Cámara de Senadores, en el periodo comprendido del 4 de noviembre de 2016 al 31 de octubre de 2025.

El dictamen de dicha reforma se justifica con base a lo siguiente:

a) Pretende privilegiar la "estabilidad en la pluralidad de los criterios" de los magistrados electorales integrantes de la Sala Superior, y
b) Garantizar la estabilidad temporal del juez constitucional dentro de un margen de temporalidad "razonable", así como su desempeño profesional sin preocupaciones que lo distraigan en la formación de la voluntad colegiada ni de su suerte al concluir el cargo.

La extensión del periodo de desempeño de los cargos especificados: de tres a siete años, y de seis a ocho años, motivó para que los partidos políticos MORENA y PRD solicitaran a la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarara la invalidez de la norma que modificaba la disposición transitoria de la Ley Orgánica por vicios de inconstitucionalidad.

Con motivo de lo anterior, se integraron las acciones de inconstitucionalidad 99/2016 y su acumulada 104/2016, las cuales tras su análisis, el 27 de junio de 2017 fueron resueltas por el Pleno de la Suprema Corte.

4. Análisis procesal y de fondo

La propuesta original de resolución consideraba declarar la invalidez del artículo único del decreto que reforma al artículo cuarto transitorio de la ley orgánica.

En el examen procesal del caso, el Pleno de la Suprema Corte superó con mayoría de ocho votos las causales de improcedencia planteadas por el poder ejecutivo, al considerar que la norma calificada como inconstitucional por los accionantes colmaba los requisitos para ser considerada como general y abstracta, y por la otra que es de naturaleza electoral al estar vinculada con las condiciones de designación y garantías judiciales de los magistrados.

Superados esos aspectos formales de procedencia se dio paso al análisis de fondo de los asuntos.

El estudio en primer orden despeja los temas de los que no serían materia de análisis, en particular, la elección de los magistrados electorales realizada el 20 de octubre de 2016 por el Senado de la República ni las normas que la fundamentaron, al existir en torno a estos aspectos una presunción de constitucionalidad y legitimidad democrática.

El estudio se centra sobre la regularidad constitucional o no de la norma cuestionada, la cual modificaba los periodos de nombramiento de los magistrados electorales de la Sala Superior del Tribunal Electoral, sobre la base de que el 3 de noviembre de 2016 se había publicado en el DOF la reforma al artículo cuarto transitorio de la ley orgánica, hecha por el Congreso de la Unión, el cual regulaba la elección escalonada de los magistrados, además de fijar un escalonamiento de un año para cada magistrado. El día 4 de noviembre siguiente, día en que iniciaron sus funciones, los cuatro magistrados tomaron protesta respecto del mandato ampliado.

5. Conceptos de invalidez

En el primer concepto de invalidez se considera que se prueba la violación al procedimiento de designación de los magistrados electorales previsto en el artículo 99 de la Constitución, lo anterior por lo siguiente:

a) La modificación automática del periodo del encargo implica una indebida arrogación de competencias constitucionales del Congreso de la Unión para intervenir en el procedimiento de elección de los magistrados integrantes de la Sala Superior, cuando acorde con el modelo constitucional sólo participan la Suprema Corte y el Senado.

b) El artículo 99 de la Constitución otorga al legislador ordinario sólo la facultad para regular el escalonamiento de los magistrados dentro de un modelo de transición y previo al ejercicio de la competencia de designación por parte del Senado.

De otra manera, considerar constitucional la intervención del Congreso de la Unión, implicaría autorizar que las condiciones del cargo de un magistrado electoral, ya electo, puedan ser alteradas por el legislador ordinario.

El segundo motivo de invalidez, relativo a la violación a los principios de división de poderes y acceso a la justicia en su vertiente de independencia judicial, se argumenta que:

a) Al modificarse la temporalidad del encargo de los magistrados se transgredieron las garantías de nombramiento, inamovilidad y estabilidad judicial, al emitirse la norma controvertida en momento posterior a la designación y toma de protesta de los magistrados electos.

b) Una persona detenta el cargo como juzgador desde que se perfecciona el acto de designación y la persona electa toma protesta del cargo, a partir de este último evento, se accionan todas las garantías de protección de la función judicial para evitar presiones externas que pudieran comprometer su independencia.

c) La sentencia del caso *Marbury vs. Madison* (USA, 1803) sostiene que la elección del juez se perfecciona desde el acto mismo de la designación; similar criterio sostuvo la Suprema Corte al resolver la controversia constitucional 1/2005 promovida por los magistrados de las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuando aún no eran permanentes, lo anterior, para efectos de su nombramiento y remuneración.

d) Es contrario a derecho modificar una de las garantías del juzgador, como es el tiempo en el cargo, sobre la base de que los magistrados electos materialmente no habían iniciado sus funciones.

El argumento expuesto por los accionantes en el sentido de que la modificación del plazo de nombramiento es un beneficio para los magistrados, en el proyecto se desestima, debido a que:

- La reforma aludida no debe verse desde un aspecto patrimonial o como un derecho adquirido por su titular.
- La Constitución considera a la magistratura como un órgano del estado que tiene como fin administrar justicia electoral. Es independiente de su titular, por lo que las condiciones jurídicas de este deben ser inmodificables posterior a la designación de aquel.
- El destinatario y los eventuales efectos adversos de la reforma es la sociedad y conviene asegurar a ésta la concurrencia de la independencia judicial.

En suma, la declaratoria de inconstitucionalidad tiene como finalidad eliminar cualquier elemento normativo posterior a la designación de los magistrados que pudiera influir o poner en duda la independencia judicial de sus integrantes.

El tercer concepto de invalidez, relativo a que se vulneran los principios de irretroactividad y seguridad jurídica, se razona:

a) El antiguo artículo cuarto transitorio de la ley orgánica se estaba actualizando en el tiempo, pero el legislador ordinario indebidamente incidió en las situaciones jurídicas surgidas a partir de esa norma, dando lugar a una incertidumbre jurídica.
b) El nuevo esquema normativo que introdujo la reforma cuestionada, vulnera la efectividad del escalonamiento y su armonización con los procesos electorales de cuya interpretación teleológica se puede desprender del artículo 99 constitucional y de su dictamen de reforma de 2007.

6. Votación de la mayoría en contra del proyecto

Discutida la propuesta de resolución, una mayoría de seis votos se pronunció en contra del proyecto y por la validez constitucional de la norma cuestionada, con anuncio de votos particulares y reserva, respectivamente.

La decisión de la mayoría se centró fundamentalmente en que la protección constitucional de la función jurisdiccional inicia a partir de que los jueces, magistrados y ministros toman materialmente posesión del cargo y comienzan a ejercerlo.

Lo anterior, en el entendido de que las garantías constitucionales de independencia, autonomía, inamovilidad y remuneración previstas para los impartidores de justicia, se activan a partir del ejercicio efectivo de la función judicial, tiempo a partir del cual están compelidos a cumplir las obligaciones inherentes al cargo, máxime que esas garantías no se pueden desvincular del ejercicio de la función jurisdiccional.

La designación y la aceptación del cargo mediante la toma de protesta, tienen como objeto asegurar o bien otorgar certeza a la persona que realizará la actividad jurisdiccional, lo que ocurre al momento de desempeñar materialmente la función encomendada.

Lo contrario, implicaría otorgar una remuneración a una persona por una función que no realiza materialmente, además, resultaría innecesaria garantizarle una independencia y autonomía antes de la ocupación real del cargo, incluso, que éste sea ocupado por dos personas al mismo tiempo en tanto se da el relevo correspondiente.

Con esa lógica argumentativa la mayoría de los ministros concluyó que la norma materia de la reforma controvertida:

a) No transgrede el artículo 99, primer párrafo, de la Constitución, el cual dispone que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado.

b) Que el marco constitucional otorga al Congreso de la Unión la competencia para regular el régimen de escalonamiento en el nombramiento de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral.

c) La Cámara de Senadores, conforme al procedimiento jurídico, designó en tiempo y forma a siete magistrados de la terna propuesta por la Suprema Corte.

d) El Congreso de la Unión al amparo de su facultad legislativa, modificó los plazos de duración del cargo de los magistrados, previo al inicio del desempeño de sus cargos.

e) En modo alguno se vulneró la garantía de independencia judicial, porque la norma cuestionada se emitió antes de que los magistrados electorales tomaran posesión material del cargo.

f) Al ampliar el plazo del cargo se reforzó la independencia y autonomía judicial en la medida que contribuye de forma eficaz en la estabilidad e inamovilidad de los magistrados en la realización de sus funciones.

g) El decreto cuestionado no vulnera los principios de seguridad jurídica y de retroactividad de la ley, porque los magistrados tenían certeza sobre la duración del cargo antes de tomar posesión del encargo, por lo que no resintieron algún perjuicio.

h) La reforma no violenta en forma alguna el principio de escalonamiento en la medida que cumple su objeto constitucional de 13 de noviembre de 2007, esto es, que la renovación escalonada de los magistrados debía conjugar renovación y experiencia, además, con la periodicidad de los comicios federales.

En esencia con esas premisas argumentativas se pronunció la mayoría del Pleno de la Suprema Corte.

7. Consideraciones finales

La modificación del periodo de nombramiento de los actuales cuatro magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ¿Robustece los mecanismos de pesos y contrapesos para fortalecer y dar estabilidad al sistema democrático?

En primer orden, cabe señalar que el Congreso de la Unión al llevar a cabo la modificación aludida, lo hizo en el ámbito de su autonomía y de sus atribuciones y la decisión de la Suprema Corte respeta la división de poderes y el orden constitucional.

Lo cuestionable es, a mi parecer, lo que va más allá de la juridicidad, lo que está en el plano de la crítica y reflexión ciudadana.

Decía al inicio de esta intervención, de forma metafórica que: *La ciudad vivía con el aliento cortado. El aire estaba envenenado por la desconfianza.*

El Congreso de la Unión al llevar a cabo la reforma modificativa, inyectó de ese aire al proceso de designación constitucional de los magistrados electorales, debido a que ya había concluido en todas sus etapas.

Una reforma con ese alcance, previo al proceso de designación, no habría generado mayor debate, incluso, de haber sucedido se hubiera visto como un evento natural.

Sin embargo, las decisiones tanto del Congreso como de la Suprema Corte en modo alguno abonó a favor de la confianza, por el contrario, dejaron en el ambiente un grado de desconfianza con impacto en la institución de la justicia electoral.

La opinión sustenta su crítica en que esas decisiones se tomaron bajo criterios políticos. Este elemento, ninguna institución pública le conviene, mucho menos al máximo órgano especializado en la materia electoral, el cual le corresponde decidir sobre litigios relacionados con las elecciones, de las cuales la política tiene un especial interés.

En los hechos, si bien formalmente cada órgano resolvió conforme a sus atribuciones constitucionales, la consecuencia de este ejercicio puso en tela de juicio la calidad de los magistrados involucrados, incluso, del propio máximo órgano jurisdiccional electoral, pues ante la percepción general de haber sido ampliada la temporalidad de sus cargos con criterios políticos, por sí solo compromete la legitimidad y credibilidad de esa instancia.

Lo anterior, no obstante que el propio Tribunal Electoral se ha pronunciado actuar con absoluta independencia, imparcialidad y apego a la ley, además señaló que si bien la modificación la había hecho el Congreso de la Unión, éste había operado en el ámbito de sus atribuciones constitucionales y legales.

Aún con esa declaración, persiste en el ambiente de que la reforma tuvo fines meta-legales, con lo que se agravia potencialmente a la sociedad y la calidad de la democracia mexicana, ésta, considerada incipiente pero que, en los hechos esta condición parece petrificada por los factores de fuerza que le impide evolucionar.

Considero que las circunstancias y el momento legislativo de reforma no fueron los más deseables, no obstante que se dio cumplimiento a las etapas previstas para ese efecto, pues ese proceder no se justificaba, incluso, se puede decir que se expuso innecesariamente el grado de confianza y de credibilidad que durante más de veinte años ha venido consolidando el Tribunal Electoral.

Al darse esa reforma en fecha posterior al acto de designación y protesta del cargo de los magistrados, dando lugar a un nuevo acto de protesta

por el periodo ampliado a unas horas previas para el ejercicio de la función, permite inferir que la sucesión y premura de hechos ponen en entredicho la independencia judicial y sugiere una injerencia externa diaria en la función judicial, aun cuando no sea así la inoportuna reforma cuestionada llevan al mismo punto de inflexión.

Si formal y materialmente estaba concluido el procedimiento constitucional de designación de los magistrados electorales, con la propuesta de ternas hecha por la Suprema Corte y, la elección y toma de protesta realizada por el Senado, la intervención en los últimos días —entre el 27 de octubre y 3 de noviembre de 2016— del Congreso de la Unión permite suponer que, con independencia de los intereses que lo animaron, su actuación evidenció su participación en el proceso de elección de los magistrados electorales con la modificación del periodo de su nombramiento.

De lo que aquí se ha señalado, ha sido tema de ocupación por parte de la opinión crítica, de la oposición política y de la academia, sobre la base de que la independencia del Tribunal Electoral se encuentra comprometida.

El proyecto rechazado, de haber logrado la votación de la mayoría, sobre la base de que una vez hecha la designación de los magistrados y protestado el cargo no podría ser prorrogado el periodo de sus nombramientos, amparada en los principios constitucionales de certeza, seguridad jurídica, supremacía constitucional, división de poderes e independencia judicial, sin duda habría significado una sentencia constitucional emblemática.

Queda en el tiempo demostrar ante el colectivo social el grado de legitimidad y credibilidad de la actual integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral, su mayor desafío está en dotar de confianza sus funciones fundamentales. Que sus sentencias despejen esos aires de desconfianza.

El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Argelia Queralt Jiménez**

Sumario: 1. Introducción. 2. Los efectos interpretativos como instrumento de relación privilegiado. 3. La función de tutela de los derechos convencionales. 4. La función de desarrollo del CEDH. 5. La función armonizadora de los derechos humanos en Europa. 6. Una mirada comparada al Sistema Interamericano y al control de convencionalidad difuso. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Nos encontramos cada vez más inmersos en un espacio común en el que conviven sistemas de derechos y libertades fundamentales, lo que implica que se suman y se superponen catálogos jurídicamente vinculantes de reconocimiento y garantía de derechos y libertades de las personas y, también, mecanismos de tutela de aquellos derechos. En el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos, se encuentran en este espacio tribunales ordinarios y constitucionales internos con tribunales internacionales y supranacionales y con otros órganos semi o parajurisdiccionales. Así, en el que podemos denominar el espacio judicial europeo de los derechos y libertades cohabitan, utilizando el término de C. Pizzolo,[1] los tribunales ordinarios de distinto tipo y rango, los tribunales constitucionales y/o supremos de cada Estado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La base normativa de las relaciones transnacionales y su práctica efectiva son diversas, produciéndose así diálogos, en un sentido amplio, de distinta índole. En las próximas páginas de desarrollará el que, para quien las escribe, es el instrumento privilegiado de relación entre los tribunales internos —sean del tipo que sean— y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el efecto de cosa interpretada. La *res interpretata* es el vehículo de diálogo con el que cuenta el TEDH en esta comuni-

* Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona.

1 Concepto acuñado por Calogero Pizzolo en su última obra *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre Tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El Diálogo judicial*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

dad de intérpretes[2] en la que se desarrolla hoy, como se acaba de mencionar, la tutela de los derechos fundamentales. Ahondando en la efectividad de la cosa interpretada, se argumentará que el Tribunal de Estrasburgo debe tender a priorizar su función desarrolladora del CEDH y, sobre todo, la función armonizadora de los estándares de garantía de los derechos y libertades fundamentales en Europa. Finalmente, se lleva a cabo una comparativa de la función armonizadora que desarrollan el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para concluir que ambas son similares en su objeto y finalidad, aunque el instrumento jurídico a través del que se desarrollan no sea el mismo.

2. Los efectos interpretativos como instrumento de relación privilegiado

2. 1. Las funciones jurisprudenciales del TEDH

La principal relación entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los Tribunales internos, incluidos los Tribunales Constitucionales, en materia de derechos fundamentales se produce a través de los efectos interpretativos de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estos efectos interpretativos, *pro futuro*, de las sentencias del TEDH permiten afirmar que esta jurisdicción es la responsable de un proceso de armonización de los derechos fundamentales[3] en el espacio judicial europeo. Este proceso de armonización ha implicado a los tribunales ordinarios internos y, particularmente, a los tribunales constitucionales a través de la recepción en sus decisiones del estándar fijado en Estrasburgo a través del efecto de cosa interpretada de las sentencias europeas.

Para mostrar porqué es relevante centrar el debate sobre la función del TEDH en el proceso de armonización de los derechos fundamentales en Europa y comprender cual es su alcance, debe partirse de la idea que el Tribunal de Estrasburgo desempeña a través de su sentencias una triple función:

a) la tutela de los derechos humanos en Europa;
b) el desarrollo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y
c) la armonización de los derechos humanos en Europa.

Estas tres funciones permiten al TEDH proteger los derechos, actualizar el CEDH y contribuir decididamente al establecimiento de un estándar

[2] De nuevo. Pizzolo, Calogero, *op. cit.*, especialmente, pp. 77 y ss.

[3] En este texto se utilizan indistintamente los conceptos derechos fundamentales y derechos humanos dado que son concebidos desde una perspectiva material, en la que lo relevante para el estudio es lo que se protege y no cual es la fuente que lo recoge.

común en materia de derechos y libertades en la gran Europa. Asimismo, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH sirvieron durante años como fuente de inspiración del Tribunal de Luxemburgo para descubrir de entre los principios generales del Derecho Comunitario los derechos fundamentales. Más tarde, sirvieron también de base para la codificación de los derechos y libertades de la Unión Europea en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Hoy cabe afirmar, con L. Burgorgue-Larsen, que la relación entre el Tribunal de la Justicia de la Unión Europea y el TEDH se ha construido, y se mantiene, sobe una línea de armonía en la que se evitan, por ambas parte, los grandes sobresaltos.[4]

2.2. El efecto de cosa interpretada[5]

En el sistema europeo de derechos humanos el efecto de cosa interpretada, que acompaña al efecto de cosa juzgada de las sentencias, aparece ya dibujado en el caso *Marckx vs. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, donde el TEDH afirmó que era inevitable que sus sentencias generasen efectos más allá de los confines del caso en cuestión, especialmente cuando las violaciones tienen su origen directo en disposiciones de carácter general y no en actos de implementación.

El profesor de Derechos internacional J. Velú definió en 1985 el efecto de cosa interpretada como la autoridad que desborda los límites el caso concreto y que es, en realidad, la propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[6] En su vertiente doméstica y desde el derecho constitucional A. Saiz ha definido la cosa interpretada como "la adecuación de las jurisdic-

[4] Concretamente, L. Burgorgue-Larsen se refiere a "un osmose interprétative délibérément entretenue", en "Les nouveaux «defis» du dialogue jurisprudentiel", en Bribosia, E., Scheeck, L. y Úbeda de Torres, A., *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances,* Brucelas, Bruylant, 2010, p. 65.

[5] Para desarrollo completo del efecto de cosa interpretada me remito a Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

[6] J. Velú, "Report on responsibilities for States parties to the European Convention", en *Proceedings of the Sixth international colloquy about the European Convention on Human Rights, organised by the Secretariat General of the Council of Europe in collaboration with the Universities of the autonomous Community of Andalusia*, 13-16 noviembre, Sevilla,1985. Este contenido cabe identificarse con la "dimensión externa" de las decisiones de Estrasburgo, *cfr.* Garlicky, L., "Judgements of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)", en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 61.

ciones, y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo".[7]

En el escenario europeo, el Tribunal Europeo parece haber reconocido, y no siempre de forma clara, la cosa interpretada como uno de los efectos inherentes a sus sentencias pero no ha dado el paso de defender su carácter vinculante. Esto no le ha impedido, sin embargo, utilizar su propia jurisprudencia para determinar cuál es el estándar respecto de cada uno de los derechos y libertades convencionales y establecerlo como el canon de convencionalidad que debe ser respetado por las autoridades internas de cualquiera de los Estados parte, y no solo el implicado en un determinado caso.[8] Y ello porque el efecto de cosa interpretada es *erga omnes*. Y esta es otra diferencia respecto del sistema Interamericano, donde la Corte IDH ha sido la que ha reconocido y construido el contenido y alcance jurídico de este control, reconociéndole carácter vinculante.

La razón que me lleva a defender el carácter vinculante del efectos de cosa interpretada está en que la vinculatoriedad interpretativa de las sentencias del TEDH —al igual que la de las sentencias de la Corte IDH— es elemento indispensable para la supervivencia del propio sistema —sobre todo en el caso europeo por el número de demandas a las que debe hacer frente— y elemento indisociable a unos sistemas que se erigen en "desarrolladores" de estándares en materia de derechos humanos en sus respectivos territorios.[9] Esta es, también, la posición que cada vez más agentes implicados en funcionamiento de la garantía europea que el seguimiento del canon europeo, formado por el catálogo convencional y el desarrollo hecho por el Tribunal, es un instrumento indispensable para garantizar la subsistencia del sistema.

Las bases de esta construcción teórica son, en síntesis, las siguientes: los Estados cuando se obligan a respetar los compromisos jurídicos que se derivan del CEDH saben que lo hacen también a la jurisprudencia del TEDH, asumen el *acquis convenctionnel* europeo. Negar al TEDH la obligatoriedad de la cosa interpretada de sus sentencias definitivas sería tanto como negar la evolución del propio CEDH y su efectividad actual. Ahora bien, la obligatoriedad que genera la cosa interpretada, que deriva del artículo 1 CEDH, es

7 *Cfr.* Saiz Arnaiz, A: La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10. 2 CE de la Constitución Española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

8 *Cfr.* Bodnar, A., "Res Interpretata: legal effect of the European Convention of Human Rights' Judgments for other States", en Haeck, Yves y Brems, Eva (ed.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Holanda, p. 223.

9 *Cfr.* Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos…, cit.*

de resultado y supone un deber de compatibilidad de los ordenamientos internos con el citado *acquis conventionnel*. Si un juez interno se aparta de los estándares fijados por el TEDH podrá provocar una nueva sentencia estimatoria de esta jurisdicción o, quizá, provocar una revisión de su jurisprudencia, pero, en cualquier caso, el Tribunal Europeo será el que decida en última instancia cual es la interpretación compatible con el CEDH, esto es, ejercerá como tribunal supremo respecto de los derechos y libertades del CEDH.

Así, una vez que el Estado ha ratificado válidamente el CEDH aquel quedará obligado por este, en realidad, por el *acquis conventionnel* europeo, compuesto por las obligaciones del Convenio y, indisociablemente, por el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal de Estrasburgo.[10] Observar la jurisprudencia del TEDH y compatibilizar los estándares internos con el estándar europeo implica cumplir con la obligación del artículo 1 CEDH. En definitiva, es el propio sistema de garantía el que genera un principio general de compatibilidad con el estándar europeo definido, desarrollado, completado en cada momento por las interpretación que el TEDH ofrece en sus sentencias, jurisdicción que controlará en último término dicha compatibilidad.

Ahora bien, otra cosa será determinar en qué consiste dicha obligatoriedad, qué alcance tiene y como se despliega ante lo Estados. En todo ello nos detendremos más adelante.

3. La función de tutela de los derechos convencionales

3.1. La función tuitiva y su alcance

El Consejo de Europa, organización internacional creada después de la Segunda Guerra Mundial, a diferencia de la actual UE —anteriores Comunidades Europeas—, nace con vocación de servir como instrumento de cooperación y colaboración entre los Estados que lo conforman —47 en la actualidad— en el desarrollo y consolidación del Estado de Derecho democrático, como claramente queda plasmado en su Estatuto fundacional de 1949. Se trata, pues, de una organización internacional de cooperación política pero no de integración como sí es la Unión Europea.[11]

[10] Así parece derivarse, por ejemplo, de la STEDH *Maestri vs. Italia,* de 17 de febrero de 2004 (Gran Sala).

[11] Quizá sea oportuno recordar que la Unión Europea es una xxx con un sistema de garantía propio y diferenciado del previsto en el CEDH (art. 6. 2. Tratado de la Unión Europea). Si bien es cierto que en el Tratado de Lisboa se prevé la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Sin embargo, esta posibilidad está actualmente en *stand by* después de que el

En este marco, se aprueba en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contempla un catálogo de derechos y libertades fundamentales y, además, un mecanismo de protección de tales derechos ante vulneraciones cometidas por los Estados parte. Este mecanismo de garantía ha evolucionado con los años y, a día de hoy, está compuesto por un único órgano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, auténtica jurisdicción internacional de tutela de los derechos humanos.[12]

El sistema instaurado por el CEDH se basa en la premisa de que son los Estados parte los primeros obligados en respetar y garantizar los derechos y libertades de las personas. Así lo manifiesta el Convenio en su artículo 1, bajo la rúbrica "Obligación de respetar los derechos humanos": "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1".

El CEDH configura el TEDH como el órgano único y permanente encargado de velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones convencionales. Se trata, además, de un órgano plenamente jurisdiccional, como demuestra su composición y los principios que rigen su actividad; asimismo, es una instancia internacional, en tanto que la ratificación del CEDH no supone la cesión de competencias soberanas ya que, por lo general, este texto convive con catálogos constitucionales domésticos; y, por último, es una instancia que otorga una protección subsidiaria de los derechos humanos, lo que significa que solo cuando los sistemas internos de tutela de los derechos fallan podrá entrar en juego la garantía jurisdiccional europea.

En cuanto a su ámbito competencial, el TEDH conocerá de todas las demandas interestatales (art. 33 CEDH) e individuales (art. 34 CEDH) que ante este órgano se presenten contra violaciones supuestamente cometidas por los poderes públicos de los Estados parte. Se reconoce, por tanto, la legitimación activa plena de los individuos, fenómeno que convierte a la jurisdicción de Estrasburgo en única en su especie. Tanto es así, que si lo comparamos con el sistema interamericano, se observa como la principal diferencia entre ambos sistemas es la falta de jurisdicción obligatoria y automática de la Corte Interamericana respecto de los Estados y, por tanto, el no reconocimiento del derecho de libre acceso de los particulares a esta jurisdicción. Comparten, en cambio, su naturaleza internacional y subsidiaria.

Tribunal de Justicia, en dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2104, decidiera que "el Tribunal de Justicia concluye que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión".

[12] Tal afirmación cabe mantenerse desde la profunda reforma experimentada por el sistema europeo de garantía de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al CEDH. Sobre estas cuestiones, *in extenso* Queralt Jiménez, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales,* Tirant Lo Blanch, 2003.

A través del procedimiento contencioso previsto en los artículos 27 a 46 del CEDH, el TEDH suele llevar a cabo un control concreto lo que significa que su pronunciamiento va dirigido a determinar si una concreta actuación pública —ya sea una disposición o un acto en ejercicio de potestades públicas— ha vulnerado los derechos convencionales, quedando como excepcionales los controles de tipo abstracto o preventivo.[13]

Por lo general, el TEDH se limitará a constatar en su fallo que se ha producido una violación de uno de los derechos del CEDH, reconociendo, de esta forma, el derecho del demandante particular. Por ello se afirma que, en principio, las sentencias del TEDH se caracterizan por ser eminentemente declarativas aunque obligatorias. En su fallo el TEDH constará que un derecho ha sido vulnerado (art. 46 CEDH) y, en su caso, establecerá una satisfacción equitativa a la víctima en virtud del artículo 41 CEDH. En otras palabras el TEDH no determina qué medidas debe adoptar el Estado implicado para poner remedio a violación declarada y restituir, cuando sea posible, a la víctima en su derecho. Esta función la ostenta en el sistema europeo el Comité de Ministros. En todo caso, como se decía, cuando el TEDH dicta una sentencia estimatoria de violación, en virtud del artículo 46 CEDH, se genera una obligación jurídica para el Estado de intentar la *restitutio in integrum* de la víctima (Sentencia *Papamichalopoulos vs. Grecia*, de 31 de octubre de 1995; *Scordino vs. Italia*, de 29 de marzo de 2006). Esta *restitutio in integrum*, incluye, según la jurisprudencia del propio TEDH, en primer lugar, la obligación de poner fin a la violación si esta siguiera generando efectos y, en segundo lugar, y *en la medida de lo posible*, a restablecer a la víctima en su situación originaria y, en su caso, compensar a esta persona por los daños sufridos.

[13] Del carácter subsidiario del sistema de garantía previsto por el CEDH, se deriva que la fiscalización que este ejerce sobre la compatibilidad de los ordenamientos de los Estados parte con el CEDH se realice a través de un control concreto, art. 19 y actual art. 34 CEDH. Así lo ha entendido el propio Tribunal de Estrasburgo quien a través de su jurisprudencia ha reiterado que su función no es la de controlar en abstracto la adecuación al Convenio Europeo de la legislación de los Estados parte, sino la de comprobar a través del estudio de casos concretos en los que la aplicación de la normativa a un particular o grupo de particulares ha supuesto la vulneración del CEDH. Así pueden consultarse, entre otras muchas, las sentencias en los casos *De Becker vs. Bélgica*, de 27 de marzo de 1962; *Golder vs. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975; *Fey vs. Austria*, de 24 de febrero de 1993; *Findlay vs. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1997.
Así, en principio, el TEDH se limitará a dictar sentencias en las que se resuelven concretas aplicaciones de la ley o de normas de carácter general, sin entrar a valorar, como norma general, si la violación, en realidad, está contendida en la propia norma aplicada. Ahora bien, la realidad demuestra que en ocasiones una demanda pone de manifiesto que lo que vulnera el CEDH no es un acto concreto de la administración o del poder judicial, sino una disposición de carácter general, ya se reglamento, ley o, incluso, la Constitución.

Encontramos aquí, sin duda, la otra gran diferencia del sistema europeo con el interamericano. De hecho, se trata de tres diferencias que se enmarcan en la función reparativa de las sentencias ya que los sistemas difieren en cuanto al órgano que determina la reparación, concepto que es, además, diverso en ambos sistemas; tampoco hay coincidencia en al alcance de los efectos del fallo de las sentencias de ambas jurisdicciones y, por último, es diferente el órgano encargado de velar por el correcto cumplimiento de dichas sentencias. En el sistema interamericano, como es sabido, es la propia Corte, por mandato del artículo 63 de la Convención, lleva a cabo una concretización de las medidas que deben adoptarse por el Estado responsable de la violación de los derechos convencionales, medida que son tanto individuales como generales, y es la propia Corte la que hace el seguimiento de que tales medidas sean efectivamente adoptadas por los Estados parte. Como señalan P. Saavedra, G. Cano y M. Hernández, el desarrollo del concepto de reparación, su determinación en cada caso concreto por la Corte y el seguimiento de su implementación es la gran aportación del sistema interamericano a los sistemas internacionales de tutela de derechos humanos.[14]

En definitiva, las sentencias del TEDH son declarativas, obligatorias y definitivas pero no ejecutivas: no se convierten en títulos ejecutivos para los Estados no gozan de ejecutividad propia aunque, insisto, sí son obligatorias y, por tanto, jurídicamente vinculantes. La falta de carácter ejecutivo implica que serán, los Estados lo que deberán proveer los mecanismos internos oportunos para dar debida ejecución a las SSTEDH; actualmente, la fórmula más utilizada es la previsión de una causa de revisión penal si tras la sentencia firme interna aparece una decisión del TEDH en la que se constata la vulneración de CEDH.[15]

3.2. Otras formas de tutela de los derechos

Además de los casos contenciosos resueltos tras la interposición de demandas individuales o estatales, en los artículos 47 y siguientes, el CEDH

[14] Saavedra Alessandri, P.; Cano Palomares, G. y Hernández Ramos, M., "Reparación y supervisión de sentencias", en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Madrid, Aranzadi, 2017, pp. 211 y ss., y especialmente, 228-229.

[15] Ya en 2002 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la recomendación R (2000) 2 sobre la oportunidad de establecer la reapertura o revisión de casos en el ámbito nacional tras la aparición de una sentencias del TEDH, adoptada el 19 de enero de 2000. Algunos Estados ya habían optado por este instrumento de ejecución interna y otros lo harían tras la publicación de la recomendación (2000)2 del Comité de Ministros. Vale la pena señalar que España esperó hasta el verano de 2015 para incorporar a sus leyes procesales la revisión judicial como mecanismo de ejecución de sentencias del TEDH.

prevé que el TEDH pueda emitir opiniones consultivas si así se lo solicita el Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio Europeo y de sus Protocolos. Esta competencia solo ha sido utilizada en tres ocasiones y, además, como el propio Convenio determina, no son relevantes a los efectos de determinar el efecto de cosa interpretada dado que las cuestiones que se diluciden en este procedimiento consultivo no podrán "referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio".

Esta situación puede verse notablemente modificada si finalmente entra en vigor el Protocolo adicional núm. 16 al CEDH que permitirá a los tribunales superiores de un Estado parte solicitar al TEDH un opinión consultiva sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. Estas opiniones no serán formalmente vinculantes para, según se menciona en el Informe Explicativo que acompaña al Protocolo núm. 16, no condicionar a los tribunales en su decisión sobre el procedimiento ad hoc y así permitir un diálogo abierto entre las jurisdicciones implicadas. Tanto es así que en los primeros estudios que se han llevado a cabo sobre este nuevo instrumento europeo se ha señalado que es el Protocolo del diálogo;[16] en la misma línea se ha resaltado, precisamente, que pese a su falta de vinculatoriedad, estas decisiones consultivas del TEDH generaran de buen seguro una autoridad persuasiva que superará los límites de la consulta y podrá ser tenido en cuenta por instancias judiciales de otros Estados parte.[17] En todo caso, habrá que esperar a su entrada en vigor para ver cual es su virtualidad efectiva y determinar su papel en el proceso de armonización de los derechos fundamentales que puedan jugar sus dictámenes a través del efecto de cosa interpretada.[18]

---

16 *Cfr.* Dicosola, M.; Fasone, C. y Spigno, I., "The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System", en *German Law Journal*, vol. 16, núm. 6., p.1387.

17 *Cfr.* Giannopoulos, Ch., "Considerations on Protocol N 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?", en *German Law Journal*, vol. 16, núm. 2, p. 37.

18 Dicha entrada en vigor se producirá tras la ratificación de este instrumento por 10 de los Estados parte. Serán los órganos judiciales superiores de los Estados ratificantes los que puedan hacer uso de estas opiniones cultivas ante el TEDH, al tratarse de un instrumento facultativo (hasta la fecha, lo han ratificado siete Estados).

Relevantes son, también, las decisiones adoptadas por el TEDH respecto de las medidas cautelares. Y ello porque tras muchos años de cierta ambigüedad, el TEDH optó finalmente por confirmar la obligación de los Estados parte de observar las medidas cautelares por aquel señaladas, pese a que esta naturaleza obligatoria no sea expresamente recogida por el CEDH, sino que su señalamiento solo está previsto en el artículo 39 del Reglamento del TEDH —texto no vinculante para los Estados—, que las prevé como una indicación a las partes estatales implicadas en el procedimiento y que, tal como demuestra la práctica de los órganos de protección del sistema de garantía, solo serán utilizadas en circunstancias excepcionales (Sentencia TEDH. *Soering vs. Reino Unido,* 7 de julio de 1989). El carácter vinculante de las medidas cautelares señaladas por el Tribunal fue confirmado de manera definitiva en el sentencia de la Gran Sala en el asunto *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005. Esta decisión reconocía que, en determinados casos, podrá *exigirse* a los Estados parte la adopción de las medidas cautelares señaladas por el TEDH con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho del particular a interponer una demanda ante esta jurisdicción (art. 34 CEDH). Si las medidas cautelares no son adoptadas por el Estado parte, este podrá ser declarado responsable de vulnerar dicho derecho lo que genera una contravención del citado artículo 34 CEDH y un incumplimiento de la obligación dimanante del artículo 1 CEDH de proteger los derechos y libertades europeos.

El TEDH ha confirmado el carácter vinculante de las medidas cautelares, que son un medio indispensable para preservar la capacidad del perjudicado en el disfrute de la tutela que el mecanismo europeo le ofrece. Es más, aunque *a posteriori* se demuestre que la medida adoptada por el Estado parte –cuya ejecución pretende impedir la medida cautelar- no supuso la efectiva puesta en peligro del acceso del particular a la jurisdicción europea, tal circunstancia no le exonera de la responsabilidad que aquel incumplimiento causó ya que en el momento en que fue señalada la medida cautelar sí existía el riesgo de impedir el ejercicio del derecho de acceso, lo que supone una conculcación del artículo 34 CEDH (STEDH caso *Olaechea Cahuas vs. España*, de 10 de agosto de 2006, párr. 81).

Por último es necesario llamar la atención sobre los "casos piloto". Este procedimiento adoptado por el TEDH en 2004 tiene su origen en la preocupación ante la avalancha de demandas que habían generado situaciones de fallo estructural en la garantía de un derecho convencional en el ámbito interno, poniendo énfasis, asimismo, en la subsidiariedad del sistema europeo.[19] Ante una reiteración de demandas con igual objeto (casos re-

[19] Cano Palomares, G., "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo 14 al CEDH", en Queralt

petitivos) el TEDH podrá escoger un primer caso que trate globalmente el problema, generalmente estructural, y dictar una sentencia que pueda dar respuesta no solo a ese asunto, sino a todos aquellos que resulten de la misma fuente y contra el mismo Estado. En este tipo de sentencias el TEDH sí determinan que medidas deben adoptarse, normalmente medidas generales (cambios normativos o en prácticas administrativas). Las sentencias de los casos pilotos suponen, así, una excepción a la regla general de autocontención del TEDH en la identificación de las medidas concretas a adoptar por los Estados, función que, por lo general, adopta el Comité de Ministros. Se rompe la naturaleza meramente declarativa de las decisiones del TEDH para convertirse en constitutivas de obligaciones concretas. Eso sí, la supervisión de la ejecución sigue estando en manos del Comité de Ministros.

4. La función de desarrollo del CEDH

El TEDH cuando realiza la función reactiva de tutela de los derechos de las personas lleva a cabo, a la vez, una tarea desarrolladora del CEDH. Y ello porque el Tribunal es consciente de la doble función que desempeña: reconoce su función primera, la de poner fin a un determinado conflicto entre un individuo y las poderes públicos estatales, y, además, reconoce una función más general a través de la que el TEDH dilucida, garantiza y desarrolla –en definitiva, actualiza- las normas del CEDH, todo ello con la finalidad de favorecer el cumplimiento por los Estados parte de sus obligaciones convencionales.[20]

El TEDH desarrolla jurisprudencialmente el CEDH en un contexto normativo delimitado tanto por los elementos configuradores del sistema de garantía como por los rasgos definidores del propio Convenio en tanto que ambos conjuntos de elementos condicionan la significación y el alcance de la función del TEDH y, consecuentemente, el alcance que deba reconocerse a sus decisiones.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Convenio Europeo instaura un sistema de garantía colectiva en el que la salvaguardia del respeto de los derechos de las personas es motivo suficiente para poner en marcha el mecanismo de tutela y ello porque las obligaciones que derivan de este tratado son de naturaleza objetiva. El origen de dicha objetividad está en que los derechos y libertades convencionales conforman el patrimonio co-

Jiménez, A. (coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Madrid, Aranzadi, 2013, p. 27.

[20] Categóricamente, en STEDH *Caso Irlanda vs. Reino Unido,* de 18 de enero de 1978 (párr. 154).

mún de ideales y de tradiciones políticas de todos los Estados parte, como establece el Preámbulo del CEDH.[21]

En este orden de cosas es también necesario recordar que en virtud del artículo 1 CEDH en el sistema europeo de garantía se prescinde del vínculo de nacionalidad. Lo que determina la responsabilidad de un Estado parte es que el individuo o individuos afectados por una contravención de los derechos convencionales se encuentre bajo la jurisdicción de dicho Estado, independientemente de la condición de nacional o ciudadano. Lo determinante es el poder efectivo de las autoridades públicas de un Estado parte sobre un determinado territorio, como fue claramente establecido en la importante sentencia asunto *Loizidou contra Turquía*, de 23 de marzo de 1993 (párr. 62).

En segundo lugar, el CEDH es un instrumento vivo lo que necesariamente implica que su interpretación venga marcada por su objeto y finalidad: esencialmente, la protección efectiva y real de los derechos de las personas. Y, como ha reiterado el TEDH, la efectividad del sistema como meta supone incorporar como criterio interpretativo el de efecto útil. La consecuencia de tal incorporación ha supuesto que el Tribunal, por ejemplo:

a) llevara a cabo interpretaciones extensivas del alcance de un determinado derecho;
b) extendiera el ámbito territorial respecto del que los Estados serán responsables;
c) ampliara el concepto de víctima y reconociera no solo la figura de la víctima directa, sino también los de víctimas indirectas y potenciales, o, sin ánimo de exhaustividad, y
d) desarrollara la doctrina de las obligaciones positivas.[22]

Por otra parte, el hecho de que el CEDH sea un texto vivo implica que debe ser entendido desde la perspectiva del momento en que se aplica y no desde la del momento en que fue adoptado.[23] De esta forma se explica fácilmente que el TEDH haya optado adoptar un criterio interpretativo dinámico o evolutivo que le ha permitido actualizar y clarificar en cada momento de qué manera debía entenderse el Convenio, de forma que "*los conceptos de los que se sirve el CEDH sean entendidos en el sentido en el que lo comprenden las sociedades democráticas de hoy en día*" utilizando una fórmula totalmente consolidada a día de hoy en la jurisprudencia del TEDH.

---

21 Respecto de estos elementos no existen diferencias sustanciales con el Sistema Interamericano.

22 Sobre estas cuestiones, *in extenso*, Queralt Jiménez, A., *El Tribunal de Estrasburgo…, cit.*, pp. 303 y ss.

23 *Cfr.* STEDH, *Caso Tyrer vs. Reino Unido,* de 25 de abril de 1978, párr. 31.

En este sentido al ratificar el CEDH los Estados parte reconocen la vocación de perdurabilidad temporal del sistema europeo de garantía colectiva y, por tanto, consienten, aunque sea de manera implícita, que el entendimiento de los derechos del Convenio pueda experimentar variaciones por la asunción de los cambios que se producen en el contexto nacional e internacional. De lo contrario el CEDH hubiera devenido ineficaz por obsoleto.

Así pues, la función de desarrollo implica necesariamente que deba aceptarse que la jurisprudencia del TEDH pasa a formar parte del *acquis conventionnell o canon europeo* con el que los Estados deberán conformarse cuando ratifican el CEDH. En otras palabras, el artículo 1 CEDH obliga a los Estados tanto respecto del CEDH como de la jurisprudencia que el TEDH dicte sobre los derechos y libertades convencionales.

5. La función armonizadora de los derechos humanos en Europa

5.1. Rasgos configuradores del sistema europeo

El TEDH ha sido el responsable del establecimiento de los estándares en materia de derechos y libertades fundamentales, estándares que se han convertido en el parámetro de control de convencionalidad de la actividad de los poderes públicos en Europa durante los últimos 60 años.[24] Tanto es así que incluso previamente a la entrada en la Unión Europea de un Estado se ha venido exigiendo que "superara" dichos estándares. Ahora bien, ¿qué alcance tienen estos estándares? La respuesta a esta pregunta se encuentra en el proceso de armonización que protagoniza el TEDH, y que viene determinado, de nuevo, por los propios rasgos definidores el sistema de tutela europeo.

En primer lugar, como es sabido, el CEDH fue pensado como un catálogo de mínimos. El Convenio Europeo debía convertirse en el mínimo común que todos los Estados parte pudieran compartir en materia de derechos fundamentales.

En el momento de elaborarse el CEDH los redactores se encontraron con problemas no solo a la hora de configurar el sistema de garantía que este Convenio debía incorporar, sino, igualmente, con la determinación de cuales debían ser los derechos y libertades que debían plasmarse en el catálogo

[24] Me refiero ahora al control de convencionalidad concreto que realiza el TEDH a través del procedimiento de tutela, ya que en Europa no ha sido reconocida todavía la posibilidad de control de convencionalidad difuso por parte de los tribunales internos.

europeo.[25] El CEDH, de forma similar también la Convención Interamericana, se basa principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La diferencia radica en que el Convenio deja fuera de su catálogo, salvo alguna excepción, los denominados derechos económicos, sociales y culturales —que quedaron recogidos, en cambio, en la Carta Social Europea de 1961— optando por limitar su alcance a los derechos civiles y políticos. En efecto, en el Preámbulo convencional los Estados manifiestan su compromiso de "*tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal*". El objetivo era conseguir un texto de mínimos, con que el pudieran comprometerse el mayor número de Estados europeos posible y que representara el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, fundamentos de las sociedades democráticas.

Parece pues, que los redactores del Convenio en 1950 intuían el papel central que iba a desempeñar este texto en el espacio de mantenimiento y desarrollo de los derechos fundamentales en Europa, en la Gran Europa, y optaron por elaborar un texto con vocación universal, esto es, que fuera susceptible de ser aceptado y ratificado por el mayor número de Estados posible. Había que encontrar, pues, el núcleo esencial de derechos y libertades necesarios para el correcto desarrollo de las democracias en aquel entonces existentes. En aquel momento histórico concreto supuso dejar fuera los derechos sociales.

Asimismo, como se dijo más arriba, el CEDH instituye un sistema de garantía subsidiario por lo que solo podrá acudirse ante sus órganos si fallan las vías internas de protección de los derechos y libertades fundamentales. Muestra actual de esta naturaleza subsidiaria son las condiciones de admisibilidad previstas en el artículo 35 CEDH —agotamiento de recursos internos— que se han visto fuertemente restringidas, y reforzadas con últimas reformas.

Además, el europeo es un sistema que asume la heterogeneidad de los Estados que lo integran[26]. Actualmente son parte del CEDH 47 Estados, número que da buena cuenta por sí solo de la variedad de realidades a las que debe hacer frente el estándar europeo. Dichas diferencias entre los Estados parte puede apreciarse tanto desde la perspectiva interna como desde la perspectiva internacional.

---

[25] Sobre la génesis y desarrollo del CEDH *in extenso*, Queralt Jiménez, A., *El Tribunal de Estrasburgo…, cit.,* pp. 11 y ss.

[26] Delmas-Marty, M., "Pluralisme et traditions nationales", en Tavernier, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite",* Bruselas, 1996, p. 83.

Desde el punto de vista interno, cada uno de los Estados parte cuenta con una base jurídica, política, social y de valores muy heterogénea. Además, el CEDH reconoce a las autoridades nacionales libertad para decidir los medios que utilizarán para cumplir con sus obligaciones en el ámbito interno. Así pues, la heterogeneidad se traducirá en una multiplicidad de respuestas en materia de derechos fundamentales que respondan a las exigencias de cada una de las sociedades existentes en el marco del CEDH.[27]

Desde la perspectiva internacional persiste una diversidad notable en las obligaciones asumidas por los distintos Estados, esencialmente en relación con los Protocolos ratificados por los Estados.[28]

En cualquier caso, todos los Estados parte del CEDH han reconocido compartir una serie de valores y creencias comunes respecto del respeto y garantía de los derechos y libertades de las personas, cuya salvaguardia han dejado en manos del TEDH. El TEDH, en el ejercicio de esta función, a partir del contenido del CEDH, ha elaborado un estándar mínimo europeo en el que quedan reflejados aquellos valores y creencias comunes inherentes a las sociedades democráticas, convirtiéndose así el citado estándar en el límite a la heterogeneidad.

En definitiva, el entendimiento conjunto de la existencia de un estándar mínimo europeo y la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH lleva a concluir que el CEDH implica un *proceso de armonización* en materia de derechos y libertades, que no de uniformización, En este contexto, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, el canon europeo, se erigen en un parámetro de mínimos y de reglas interpretativas de resolución de conflictos que todos los Estados parte deben respetar por ser, precisamente, el espacio que reconocen como común al ratificar el CEDH.

5.2. Alcance e intensidad del proceso de armonización

Aparece ahora de nuevo la pregunta de ¿qué alcance tiene esta armonización? ¿qué se exige de los Estados? Desde aquí se defiende que el sistema europeo pretende que el estándar interno sea compatible con el europeo, no idéntico, ni siquiera conforme, puesto que la conformidad entraña un es-

[27] Sobre estas cuestiones véase Bustos Gispert, R., "La función jurisdiccional en escenario de pluralismo constitucional", en Saiz Arnaiz, A. (dir.) y Zelaia Garagarza, M. (coord.), *Integración europea y poder judicial*, Oñati, 2006, pp. 216-230, quien señala algunas de las consecuencias que producen los conflictos que se generan en este escenario de pluralismo en el que los distintos niveles jurisdiccionales están obligados a convivir.

[28] Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 33.

crutinio de adecuación más estricto que no puede permitirse en un sistema subsidiario en el que los Estados parte gozan de margen de apreciación en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales. La identidad pudiera exigirse respecto de un texto único e imperturbable por los cambios en su entorno, sin embargo, la existencia del TEDH y la función de desarrollo que este realiza provoca que el entendimiento de los derechos y libertades del CEDH, del estándar europeo, experimente cambios.

Defender, por el contrario, la identidad como parámetro de conformidad resulta imposible incluso desde un punto de vista práctico. En efecto, en el caso hipotético de que el TEDH avanzase y modificara su jurisprudencia anterior provocaría que las autoridades nacionales debieran adaptar su actividad al nuevo estándar parámetro de convencionalidad que exigiría identidad de alcance y contenidos; esta situación sería insostenible por la complejidad de dirigir hacia una única respuesta a toda la maquinaria jurídica de 47 Estados parte. La alternativa del TEDH tampoco sería demasiado satisfactoria ya que, para evitar la situación descrita, únicamente podría proceder al desarrollo del CEDH cuando todos los Estados estuvieran en disposición de adoptar los nuevos criterios, circunstancia que se aparece como bastante improbable, y que conduciría a la petrificación del sistema y, irremediablemente, a su destrucción.

Ya se ha dicho que el artículo 1 CEDH establece que los primeros destinatarios de la obligación de respetar y garantizar efectivamente los derechos y libertades recogidos en el CEDH son los Estados parte que, por esta razón, gozan de libertad para escoger los medios oportunos para cumplir con sus obligaciones, erigiéndose el TEDH como un garante subsidiario en los supuestos en los que la garantía nacional haya fallado. El reconocimiento de la libertad de medios supone que la obligación general de garantía prevista en el artículo 1 CEDH se convierte en una obligación de resultado dirigida a los Estados: independientemente de cuales sean los medios escogidos, sus ordenamientos internos sean compatibles con las obligaciones derivadas del CEDH, pudiéndose afirmar que en la relación CEDH/ordenamientos internos subyace un principio general de compatibilidad del derecho interno con el *acquis conventionnel*, constituido por el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

La subsidiariedad, en tanto que principio por el que se hace efectivo el respeto de la soberanía de los Estados parte, justifica el margen de apreciación de estos últimos para elegir libremente los medios para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el CEDH.[29] El propio TEDH ha reco-

[29] Un actual y completo análisis de la relación entre estos dos conceptos se encuentra en García Roca, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 20, 2007 (Derechos Fundamentales), pp. 117-143.

nocido desde sus primeras sentencias que el CEDH no busca la uniformidad de respuesta ante las mismas situaciones, sino que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales sean compatibles con los estándares europeos fijados por el sistema.

El CEDH no impone una única respuesta a los problemas, sino que reconoce las diferencias existentes entre los Estados parte, es un sistema flexible en constante evolución. Los Estados deberán buscar, por tanto, respuestas compatibles a las exigencias convencionales entendidas a la luz de la jurisprudencia europea. Los Estados gozan de libertad para determinar de qué manera alcanzarán ese mínimo establecido por el CEDH, cuales son los instrumentos que deben implementarse para conseguirlo, pero, en tanto que se trata de un mínimo inexcusable, el margen es en esta fase de configuración de los derechos bastante estrecho. Cuanto más se desarrolla la garantía de un derecho, cuanto más nos alejamos de lo esencial para entrar en la fase de lo complementario, la libertad de actuación de Estado será, en principio, mayor.

Por otra parte, el margen de apreciación reconocido a los Estados no es ilimitado sino que la compatibilidad de las medidas adoptadas la valora el TEDH a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio aparece en la jurisprudencia del TEDH predominantemente como el instrumento utilizado por Estrasburgo para medir si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales del Estado demandado en ejercicio del margen de apreciación del que disponen son necesarias y razonables para conseguir el fin legitimo alegado.

En definitiva, la compatibilidad, y no la identidad o la conformidad, hace efectivo el principio de subsidiariedad del sistema europeo, porque permite a los Estados parte elegir los medios para cumplir efectivamente con las obligaciones derivadas de la ratificación del CEDH, sin que esto suponga menoscabar la efectividad del sistema ya que el TEDH tendrá la última palabra sobre la potencial contradicción entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y el estándar europeo. El parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados (art. 53 CEDH).

En definitiva, la compatibilidad debe ser entendida como principio de no contradicción de las medidas estatales con el estándar mínimo generado por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Eso sí, todo ello sin perjuicio de que el Tribunal de Estrasburgo tenga la última palabra sobre la potencial contradicción entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y el estándar europeo. El parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo poder ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados.

Cosa diferente es determinar cual es el impacto real de dicha armonización. Desde la perspectiva interna, si bien es cierto que cabe afirmar que existe un seguimiento normalizado y generalizado del canon europeo por las jurisdicciones internas, dicho seguimiento es desigual en su intensidad. En efecto, el análisis concreto de la relación de las jurisdicciones internas con la jurisprudencia de Estrasburgo demuestra diferencias.

El diferente grado de seguimiento, esto es, los distintos diálogos que se establecen con Estrasburgo, se explica a través de la existencia de una serie de condiciones, unos inherentes al sistema europeo y otros inherentes a los sistemas estatales de protección[30].

Los condicionantes inherentes al sistema son, por una parte, la continuidad y la previsibilidad, elementos que *favorecerán el diálogo* que existe entre Estrasburgo y las jurisdicciones nacionales en el proceso de armonización en los mínimos. Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH debe caracterizarse por las notas de claridad y calidad, elementos que pueden verse dañados por el excesivo casuismo del TEDH en la resolución de demandas y por el afán de productividad de los jueces europeos, respectivamente. El binomio claridad-calidad supone que las autoridades judiciales en la aplicación diaria de los derechos fundamentales, ya sea del CEDH o de sus propios catálogos de derechos, puedan conocer y entender cual es la doctrina que emana de Estrasburgo, haciendo innecesaria una reinterpretación de lo dicho por el TEDH.

En cuanto a los condicionantes internos se suele atribuir el protagonismo de las diferentes formas de seguir el *acquis conventionnel* a factores como la incorporación en el ordenamiento jurídico interno del CEDH, la posición que ocupa el CEDH en el sistema de fuentes de los distintos Estados parte; la existencia de una declaración de derechos y su complitud; la consolidación de estos derechos en los sistemas internos que suele estar unido a la consolidación del propio sistema constitucional; la presencia más o menos explícita en las constituciones de cláusulas de apertura al Derecho internacional; por último, las opciones de política judicial de los órganos nacionales.

6. Una mirada comparada al Sistema Interamericano y al control de convencionalidad difuso

Para terminar parece oportuno lanzar una mirada a lo que ocurre en el sistema interamericano y ello porque, como se explicará a continuación, cabe afirmar que el control de convencionalidad difuso y el efecto de cosa

[30] *Cfr*. Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos…, cit.,* p. 154.

interpretada son dos caras de la misma moneda. Así lo hemos defendido recientemente E. Ferrer Mac-Gregor y yo misma.[31] Entre las principales razones cabe destacar que el control de convencionalidad y la cosa interpretada comparten tres objetivos principales. El primero es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con los convenios y que resultan nulas ab initio, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos (esto último, sobre todo en América Latina). El segundo objetivo es servir como instituciones que permitan a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por los sistemas americano y europeo respectivamente, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la subsidiariedad de los sistemas nacionales y los sistemas internacionales. El objetivo debería ser la construcción de "sistemas integrados" en la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, el tercer objetivo es servir como un medio o puente vivo para permitir y acrecentar el diálogo, especialmente el diálogo judicial, en materia de derechos humanos entre los tribunales nacionales y las Cortes internacionales, que permitan efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *Ius Constitutionale Commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas, fortaleciendo las democracias en ambas regiones.

En efecto, estas dos instituciones se han convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *Ius Constitutionale Commune*, pues operan como instituciones jurídicas que han fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte y las Cortes, generando así estándares comunes en materia de derechos humanos. La existencia del control de convencionalidad y del efecto de cosa interpretada ha permitido a las autoridades nacionales contar con una herramienta más para utilizar el *corpus iuris interamericano y el acquis conventionnel europeo* como pautas normativa para la resolución de casos que impliquen la protección de derechos humanos en el ámbito nacional.

A su vez, la doctrina del control de convencionalidad y la cosa interpretada han contribuido al diálogo jurisprudencial entre las Cortes Intera-

[31] Ferrer Mac-Gregor, E. y Queralt Jiménez, A., "El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo, ¿dos caras de la misma moneda?", en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Madrid, Aranzadi, 2017, pp. 133-167.

mericana y Europa y los tribunales nacionales, en algunos casos incluso han producido cambios estructurales en el ámbito nacional en la forma en que los elementos del *corpus iuris interamericano* y el *acquis conventionnel* son incorporados en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las prácticas de las autoridades para utilizarlos en la resolución de casos concretos.

Todo ellos nos ha permitido concluir que el control de convencionalidad y el efecto de cosa interpretada, tienen, a la postre, efectos muy similares ya que tanto el control de convencionalidad como la cosa interpretada vinculante tienen la misma finalidad: la adecuación de los estándares domésticos a los estándares —mínimos— convencionales.

Debe destacarse la fuerza con que la Corte ha construido la doctrina del control de convencionalidad: tanto es su creencia en él como en la intensidad que le atribuye. La Corte ha hecho el esfuerzo de dotar de soporte normativo al control de convencionalidad. El TEDH, de momento, no ha hecho afirmaciones tan vehementes ni siquiera de la interpretación conforme. El efecto de cosa interpretada se sostiene en los mismos imperativos convencionales que la Corte Interamericana ha defendido para sostener el control de convencionalidad, básicamente, la obligación de respetar los derechos humanos que estén en estos tratados independientemente de si es "colgándolos" de una norma interna o internacional, lo relevante es la protección material de ese contenido, de ese derecho.

A partir de aquí puede plantearse, quizá, alguna divergencia: el control de convencionalidad exige a todos los órganos del Estado que llevan a cabo un control de su ordenamiento jurídico con la Convención Americana, que también deben llevar a cabo los órganos internos respecto del CEDH. La divergencia está en el grado de exigencia que parece haber construido la Corte IDH: da la sensación de que, sobre todo los tribunales nacionales, deben inaplicar —incluso declarar inválida— una norma si la consideran contraria a la Convención, dependiendo las competencias y regulaciones procesales correspondientes. En Europa, en cambio, y como se advirtió más arriba, el Tribunal de Estrasburgo no ha llegado tan lejos, y no exige de forma expresa esta respuesta por los Estados. Sin embargo, esa divergencia se produce en casos concretos, pero no de forma general ya que son muchos los Estados que todavía no prevén la competencia de todos sus órganos judiciales de realizar controles de convencionalidad. En otros casos, incluso, pese a tener esta obligación, a veces los tribunales internos se han negado a hacerlo. Este sería el ejemplo de la decisión de la Corte Suprema argentina en el llamado caso *Fontevecchia*.[32] Sin embargo, hasta ahora la Corte Suprema sí

[32] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 14 de febrero de 2017, en la que, a través de una argumentación imposible, decide no cumplir con el requerimiento de revocar una sentencia suya previa exigido en la sentencia de la Corte IDH. *Caso Fon-*

se había caracterizado por hacer un seguimiento normalizado de la jurisprudencia de la Corte, esto es, venía ejerciendo el control de convencionalidad difuso o, en otras palabras, había aplicado sin problema el efecto de cosa interpretada que se deriva de las sentencias de la Corte.

Uno de los elementos que modulan y hacen aceptable por algunos sectores de la doctrina el planteamiento de la obligatoriedad de la cosa interpretada es que respeta, al menos hasta un cierto punto, el margen de apreciación de los Estados: como se dijo más arriba, la cosa interpretada no busca la identidad de contenidos sino la compatibilidad lo que permite que, siempre que se respete el estándar, otras respuestas compatibles también sean aceptables bajo el prisma del Convenio; de ahí la defensa de que el TEDH lidera un proceso de armonización y no de uniformización en materia de derechos fundamentales. En cambio, podría parecer que el control de convencionalidad que exige la Corte tiene un impacto más directo en tanto que busca la identidad en la respuesta: sobre todo en la parte dedicada a la reparación, la Corte ordena adoptar medidas concretar respecto de las que no cabe margen de apreciación ninguno. Evidentemente en algunos casos la respuesta solo puede ser una —el caso *Fontevecchia* que se acaba de citar es un claro ejemplo— pero en otros casos pueden darse distintas alternativas. Sin embargo, el propio Estado declarado responsable de una violación del Convenio y el resto de Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte sí se verán afectados por el impacto de las sentencias americanas como piezas del proceso de armonización en materia de derechos que protagoniza la Corte de San José. Esto es, todos los Estados deberán compatibilizar sus respectivos estándares domésticos con el estándar americano, esto es, con el *corpus iuris* americano.

En todo caso, desde la perspectiva de una visión integrada de los sistemas de garantía como un todo que persigue el respeto de los derechos humanos y el mantenimiento de unos estándares comunes, cabe concluir que el *corpus iuris americano* y el *acquis conventionnel* europeo deben formar parte del bloque de constitucionalidad de cada Estado parte que lleve a las autoridades internas a enfocar sus normas, prácticas y decisiones judiciales de forma que sean compatibles con los estándares fijados por las dos jurisdicciones internacionales: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, participando del proceso de armonización que construye el i*us consttuionalle commune* de los derechos humanos.

tevecchia y D'Amico vs. Argentina, de 29 de noviembre de 2011. Sobre la significación de este fallo, puede consultarse Pizzolo, C., "¿Ser «intérprete supremo» en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación «creacionista» de los derechos humanos", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2017-A.

7. Bibliografía

Bodnar, A., "Res Interpretata: legal effect of the European Convention of Human Rights' Judgments for other States", en Yves Haeck, E. (ed.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Holanda, 2013.

Burgorgue-Larsen, L., "Les nouveaux «defis» du dialogue jurisprudentiel", en Bribosia, E.; Scheeck, L. y Úbeda de Torres, A., L*'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruylant, 2010.

Bustos Gisbert, R., "La función jurisdiccional en escenario de pluralismo constitucional", en Saiz Arnaiz, A. (dir.) y Zelaia Garagarza, M. (coord.), *Integración europea y poder judicial*, Oñati, IVAP, 2006.

Cano Palomares, G., "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo n. 14 al CEDH", en Queralt Jiménez, A. (coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2013.

Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003.

Delmas-Marty, M., "Pluralisme et traditions nationales", en Tavernier, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite",* Bruselas, 1996.

Dicosola, M.; Fasone, C. y Spigno, I., "The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System", en *German Law Journal*, vol. 16, núm. 6, 2015.

García Roca, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 20, Derechos Fundamentales, 2007.

Garlicky, L., "Judgements of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)", en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Madrid, Aranzadi, 2017.

Giannopoulos, Ch., "Considerations on Protocol N 016: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?", en *German Law Journal*, vol. 16, núm. 2, 2015.

Londra, F. de, "Dual functionality and the persistent frailty of the European court of human rights", en *European Human Rights Law Review*, núm. 38, 2013.

Montesinos Padilla, C. (2013): "La evolución del TEDH: ¿hacia donde se dirige el modelo convencional de tutela de los derechos humanos?", en Queralt Jiménez, A. (coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Madrid (pp. 51 y ss).

Pizzolo, C., "*Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial,* Buenos Aires, Astrea, 2017.

_____, "¿Ser «intérprete supremo» en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación «creacionista» de los derechos humanos", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2017-A.

Queralt Jiménez, A., "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

_____, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

Saavedra Alessandri, P.; Cano Palomares, G. y Hernández Ramos, M., "Reparación y supervisión de sentencias", en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Madrid, Aranzadi, 2017.

Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10. 2 CE de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Velú, J., "Report on responsibilities for States parties to the European Convention", en *Proceedings of the Sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights, organised by the Secretariat General of the Council of Europe in collaboration with the Universities of the autonomous Community of Andalusia*, 13-16 noviembre, Sevilla, 1985.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión y reflexiones histórico-comparativas entre Brasil y México

*André Ramos Tavares**

Sumario: 1. Introducción. 2. Contextualización del sistema de control de constitucionalidad mexicano en el modelo latinoamericano y la inconstitucionalidad por omisión. 3. Bases del control abstracto de constitucionalidad por omisión en Brasil. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción[1]

Brasil se enmarca en una tradición de países que, inspirados en la pionera Constitución mexicana de 1917, siguieron un camino constitucional especialmente preocupado por el aspecto social del derecho, que, hasta ese momento, ignoraban las constituciones liberales que se generalizaban por todo el continente.

Sobre la Constitución mexicana de 1917 ya tuve ocasión se señalar lo siguiente:

> Uno de los aspectos que destaca de la Constitución mexicana de 1917 es [...] su clara oposición a desarrollos normativos típicamente liberales y propios del constitucionalismo procedente de los Estados Unidos que se difundía con fuerza y rigor por toda América Latina, con particular intensidad, por ejemplo, en Argentina y Brasil. Solo con la Constitución de 1917 *se supera la invisibilidad de lo colectivo*. Se enfrentó al individualismo exacerbado, al liberalismo económico, por una preocupación con lo social, con la colectividad y sus intereses.[2] La Constitución brasileña de 1988 incorporó esta forma de constitucionalismo. Por

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional.

1 Traducción de Laura Criado Sánchez.

2 Ramos Tavares, André, "Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras", en Fix-Zamudio, Héctor; Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional,* México, Senado de la República, 2017, p. 708.

consiguiente, no ignoró la realidad socioeconómica de un país subdesarrollado y atribuyó al Estado la misión de transformar esa situación.[3]

Las constituciones sociales reconocen la realidad y los conflictos sociales, sobre todo, las relaciones de dominación social que se mantienen en países como Brasil, para después adoptar reglas capaces de transformar esa realidad. En este sentido, los derechos sociales desempeñan un papel esencial. Sin embargo, aunque estén reconocidos de manera ostensiva, son una realidad lejana para la gran mayoría de la población.

En estas circunstancias, ajenas a los países que cuentan con un elevado nivel de garantías sociales, el Poder Judicial juega un papel fundamental en la integración de las políticas prestacionales del Estado.

En este contexto, el Poder Judicial debe enfrentarse a la inercia de los demás poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, situación que las doctrinas constitucionales abordan como un grave problema teórico, pues consideran que el Poder Judicial no podría invadir el espacio legítimo del legislador ni el tiempo político necesario para aprobar leyes, tiempo que, en general, es superior al de la sociedad. Sin embargo, las omisiones inconstitucionales perjudican el cambio y el avance social. Por ello, la lucha contra esta inercia debería considerarse un proyecto de superación de la pobreza y la condición periférica de sociedades latinoamericanas, de los pueblos que sufrieron el degradante proceso de colonización de las metrópolis ibéricas. De nuevo, teorías forjadas en Europa sirven para impedir el avance y la diferenciación necesarios. En gran medida las omisiones inconstitucionales interfieren en el desarrollo socioeconómico, pues Estado social y Constitución económica son realidades indisociables. No se pueden superar las barreras del tercermundismo con políticas económicas puras, sin realizar los derechos sociales. La situación social delimita la situación económica de cualquier nación. Por ello, considero que la lucha frente a la omisión inconstitucional se configura como un elemento importante para el éxito económico de un país.

En este sentido, Brasil manifiesta en la Constitución su preocupación por "mitigar las dificultades derivadas de la inacción del Poder Legislativo a la hora de concretizar las normas constitucionales" al tiempo que exige "un papel más activo del Poder Judicial, máxime cuando el Estado-Administración se niegue a cumplir los deberes y los objetivos constitucionalmente establecidos".[4]

---

3 Ramos Tavares, André, *Direito Econômico Diretivo, percurso das propostas transformadoras, São Paulo, 2014*.

4 Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", en *Rivista Federalismi (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato)*, vol. 1, 2016, p. 3.

No obstante, como ya he señalado en otro trabajo, esta actuación del Poder Judicial ha generado "numerosas y repetitivas demandas"[5] que podrían resolverse de manera más eficiente, igualitaria y menos costosa si se aplicara un sistema de control de constitucionalidad abstracto.

La Constitución mexicana, pionera en el constitucionalismo social, también tiene un fuerte carácter implementador de derechos prestacionales y, al igual que la brasileña, contempla ***mecanismos*** para alcanzar el Estado social y evitar que estos derechos se conviertan en meras declaraciones ajenas a la realidad de la población.

De este modo, en ambos países, la lógica de los sistemas abstractos de control comparte el paradigma de la prestación judicial, que "ya no […] se dirige solo a resolver conflictos entre particulares, que es el clásico conflicto que surge en una sociedad tradicionalmente integrada por intereses uniformes y claramente reconocidos",[6] sino que el "Poder Judicial también pasa a ser el garante último de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter social".[7]

En este sentido, no es excesivo afirmar que, en la actualidad, la realidad de los derechos sociales promueve una revolución en "el perfil, las funciones y las responsabilidades del Poder Judicial".[8]

En todo este nuevo contexto que afecta al Poder Judicial, se atribuyó al Supremo Tribunal Federal brasileño la función de control abstracto de constitucionalidad, de forma que, en 1965, empezó a funcionar como un tribunal constitucional típico, aunque dentro de la estructura del Poder Judicial.

En la vigente Constitución de 1988, el Supremo Tribunal Federal pasó a ostentar, por primera vez, la competencia de control abstracto de constitucionalidad también de la omisión, a través de una acción propia prevista a estos efectos en el artículo 103.2 de la Constitución brasileña, que reza:

> Declarada la inconstitucionalidad por la omisión de una medida para hacer efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias y, cuando se trate de un órgano administrativo, para hacerlo en el plazo de treinta días.

---

5 Ramos Tavares, André, "CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos", en Bittencourt da Cruz, Fabrício (coord.), *CNJ 10 Anos*, Brasilia, CNJ, 2015, vol. 1, p. 50.

6 Ramos Tavares, André, *Manual do Poder Judiciário,* São Paulo, Saraiva, 2012, p. 51.

7 *Idem*.

8 Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", *…cit.,* p. 3.

2. Contextualización del sistema de control de constitucionalidad mexicano en el modelo latinoamericano y la inconstitucionalidad por omisión

La reforma constitucional de 1994, que introdujo la acción de inconstitucionalidad, abrió la posibilidad "inédita hasta ese momento en México, de un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes".[9] En el mismo sentido Fix-Zamudio afirma que este "instrumento de defensa de la carta fundamental fue introducido por vez primera en nuestro ordenamiento constitucional en las reformas publicadas en 31 de diciembre de 1994".[10]

El referido artículo de la Constitución mexicana, tras nuevas reformas constitucionales, tiene en la actualidad la siguiente redacción:

> Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:
>
> II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. (Párrafo reformado *DOF* 22-08-1996).[11]

La Constitución de 1917, hasta la referida reforma constitucional, tan solo disponía de un sistema de control jurisdiccional concreto, pues México, en los orígenes de esta Constitución, no optó por un control abstracto.

Sin embargo, el origen del control abstracto de constitucionalidad puede remontarse a la Constitución mexicana de 1824, que es la inmediatamente anterior a la vigente Constitución de 1917.[12] Esta Constitución histórica del siglo XIX preveía un control de constitucionalidad realizado por dos órganos, uno judicial, la Corte Suprema de Justicia, y otro político, el Congreso General.[13]

---

9 Brage Camazano, Joaquín, "La acción abstracta de inconstitucionalidad", cap. VIII, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, 2015, p.75.

10 Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitucionalidad en el ordenamiento mexicano,* México, Porrúa, 2005, p. 231.

11 Extraído de la versión disponible en la web de la Cámara de Diputados mexicana consulta 5 jun 2017, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf*

12 De acuerdo con Iván Carlo Gutiérrez Zapata "la génesis del control abstracto de constitucionalidad en México reside en la Constitución Federal de 1824". Gutiérrez Zapata, Inván Carlo, *La acción de inconstitucionalidad en México: análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación,* 562 f. Tesis (Doctorado), Universitat Pompeo Fabra, Barcelona, 2014, p. 66, consulta 3 feb 2017, disponible en *http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/247510/ticgz.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

13 *Idem*.

Este control permitía juzgar "las infracciones de la constitución y leyes generales, según se prevenga por ley" (art. 137, V, 6).[14] Esta forma de control, estaba muy cerca de la establecida en la Constitución de Venezuela de 1858.[15]

Como ya he tenido ocasión de señalar sobre la Constitución de Venezuela, esta "es una constitución claramente pionera […] en la previsión del control abstracto-concentrado de constitucionalidad anterior a las conocidas constituciones austríaca y checoslovaca de 1920". Lo mismo se puede afirmar de la Constitución mexicana de 1824, aunque esta regulara el control abstracto de constitucionalidad de forma más genérica y lo hiciera depender de legislación infraconstitucional.

En este sentido, debemos concluir que esta modalidad mexicana de control abstracto de constitucionalidad ***se enmarca en una tradición latinoamericana de control de constitucionalidad, que, en muchos casos, se adelantó a los modelos europeos que hoy se consideran pioneros***.

Otra peculiaridad del modelo de control de constitucionalidad mexicano es que, en 1994, se adoptaron conjuntamente los dos sistemas más conocidos de control, a saber, el concreto y el abstracto. Este sistema "dual" está integrado por dos modelos clásicos en los que se "conservan los elementos propios de cada una de las matrices. Por ello, en este caso, prefiero hablar de combinación o modelo dual (multiplicidad de modelo)".[16]

Este nuevo instrumento de la Constitución mexicana, no obstante, solo admite abiertamente el control de constitucionalidad *por acción*, con arreglo a lo señalado en el texto constitucional antes transcrito. La inconstitucionalidad *por omisión parcial* solo se admitió por criterio jurisprudencial, como veremos más adelante. Y ya anticipo que para poder reconocerla se concibe la inconstitucionalidad parcial como un caso de inconstitucionalidad por acción, aunque en este supuesto, se trata de una acción incompleta, fallida. Esta es la razón por la que el sistema no permite el control de constitucionalidad de la *omisión legislativa absoluta*, es decir, en aquellos casos en los que no existe ***ninguna*** ley que pueda impugnarse frente a la Constitución.

---

14 Véase *http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf*

15 No obstante, a diferencia de la Constitución de Venezuela, no se preveía el ejercicio por parte de los ciudadanos, véase, Tavares, André Ramos, "Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana", en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 29, 2014, p. 248.

16 Ramos Tavares, André, "Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana", …cit., p. 254.

Sobre esta diferencia relativa a las omisiones legislativas, Gilmar Mendes explica que hay "omisión absoluta o total cuando el legislador no adopta la medida legislativa reclamada. Por su parte, la omisión parcial se produce cuando un acto normativo refleja solo de forma parcial o de manera insuficiente la voluntad constitucional".[17]

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México asentó la siguiente tesis:

> OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA. Del análisis de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra la omisión legislativa [...], sino que tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, ya que a través de este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico nacional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, se trata de una acción de nulidad y no de condena a los cuerpos legislativos del Estado Mexicano para producir leyes.[18]

No obstante, cuando se trata de una omisión parcial, la Suprema Corte mexicana admite el control en los siguientes términos:

> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI BIEN ES IMPROCEDENTE CONTRA UNA OMISIÓN ABSOLUTA EN LA EXPEDICIÓN DE UNA LEY, NO LO ES CUANDO AQUELLA SEA RESULTADO DE UNA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LAS NORMAS RESPECTIVAS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son

---

17 Ferreira Mendes, Gilmar, "Cap. 10: Controle de Constitucionalidade", en Ferreira Mendes, Gilmar, Gonet Branco, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional,* 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 1030. Báez Silva, explica que las omisiones pueden dividirse en absolutas y relativas, lección que también puede reconocerse en Brasil: "la primera que ser definida como la absoluta y cabal ausencia de desarrollo de un precepto constitucional, es decir, el legislador simplemente no ha creado ninguna norma legislativa [...] El segundo tipo de omisión legislativa es la denominada parcial o relativa pues implica la vulneración del principio de igualdad debido al olvido deliberado de ciertos conjuntos de sujetos en la legislación que desarrolla un precepto constitucional". Báez Silva, Carlos, "Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»", en Gonzáles Oropeza, Manuel y Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006, p. 245.

18 Novena Época, Tesis P. XXXI/2007, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXVI, diciembre de 2007, p. 1079.

> presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas.[19]

Un claro ejemplo de las consecuencias de la sanción por omisión legislativa parcial es la Acción de inconstitucionalidad núm. 22/2001, relativa a la legislación estatal que fijaba el financiamiento público de la campaña de determinados partidos, con lo que rompía el equilibrio electoral y perjudicaba a los demás partidos en las elecciones. La Suprema Corte mexicana estipuló que el Poder Legislativo estatal subsanara la omisión parcial y ampliara el financiamiento:

> Debe distinguirse entre el derecho mismo para recibir financiamiento público y el porcentaje que a cada partido le corresponde; lo primero atañe a la situación legal que autoriza y garantiza que, conforme a las bases y criterios respectivos, cada partido esté en condiciones de recibir los recursos económicos necesarios; y, lo segundo, se refiere a la situación real de cada partido, que justifica el otorgamiento de mayores o menores recursos por financiamiento público, pues las circunstancias particulares de un partido no necesariamente coinciden con las de los demás, lo que justifica la aplicación de porcentajes o montos diferentes.
>
> Así, el principio de equidad se logra, primero, mediante el establecimiento de reglas generales, a través de las cuales se garantice que, conforme a los mecanismos y criterios respectivos, los partidos políticos puedan obtener financiamiento público; y, segundo, mediante disposiciones que establezcan reglas de diferenciación entre los respectivos partidos, acorde con su grado de representatividad y situación particular, a efecto de concederles de manera proporcional los recursos que a cada uno corresponda.
>
> […]
>
> Debe precisarse que la invalidez del artículo 38, fracciones I, inciso h) y II, inciso e), de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo surtirá efectos a partir de la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial de la Federación, por lo que la Legislatura de la entidad deberá emitir en su lugar la disposición que prevea el financiamiento público por actividades generales para los partidos políticos que no tengan antecedente electoral en la elección de Diputados y adecuar el sistema previsto en el inciso e), de la fracción II del citado artículo, en los términos indicados.
>
> Atento a lo anterior, con fundamento en el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, se otorga a la Legislatura del Estado de Hidalgo un plazo de veinte días naturales conta-

[19] Novena Época, Tesis P./J.5/2008, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXX, noviembre de 2009, p. 701.

> dos a partir de la publicación de la presente ejecutoria en el Diario Oficial de la Federación, para cumplimentar la misma en los términos ya señalados.[20]

Pese a que existen mecanismos que atajan la omisión legislativa parcial, considero que ampliar este control abstracto de forma a integrar la inconstitucionalidad absoluta en México, se configuraría como un mecanismo más dirigido a asegurar los derechos, en particular, los prestacionales.

La utilidad de un instrumento de control abstracto de la omisión legislativa puede ejemplificarse en el caso de la Acción de inconstitucionalidad núm. 37/2006, que trata sobre la legislación de San Luis Potosí.

Una enmienda al artículo 18 de la Constitución mexicana, derivada de la reforma de 2005, estableció la obligatoriedad de que los estados federados crearan un sistema de justicia integral para los menores infractores, que respetara las circunstancias concretas de estas personas en desarrollo.

Tras la referida reforma constitucional de ámbito federal, el estado de San Luis Potosí fijó, mediante la oportuna legislatura local, un nuevo plazo para establecer el sistema especializado, incluso tras años sin cumplir la disposición constitucional, que la Acción de inconstitucionalidad núm. 37/2006 calificó como omisión, aunque no se llegara a aplicar ninguna sanción, pues la norma, transitoria, ya no está en vigor, y el Tribunal quedara paralizado al no poder adoptar ninguna medida efectiva. Pese a la imposibilidad de corregirla, se reconoció la omisión legislativa en los siguientes términos:

> En relación con el concepto de invalidez hecho valer en el sentido de que, al disponerse, en el artículo séptimo transitorio del ordenamiento impugnado, el envío al futuro del funcionamiento de este sistema especializado, la Legislatura Local incurre en violación por omisión al texto constitucional, puesto que los diputados locales tuvieron del doce de diciembre de dos mil cinco al doce de marzo de dos mil seis para elaborar esta ley y el Ejecutivo Estatal tuvo seis meses, hasta el doce de septiembre de dos mil seis, para llevar a cabo la implementación del nuevo sistema; se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria [...].[21]

Para evitar problemas similares en el ámbito del control estatal de constitucionalidad, el estado de Veracruz[22] estableció, en el año 2000, un instru-

---

20 Consulta 3 feb 2017, disponible en *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=760765&fecha=07/09/2001*

21 SCJM, Pleno, Publ. Tomo XXVII, Mayo de 2008, disponible en https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=20979&Clase=VotosDetalleBL, consultado el 3.6.2017.

22 Se trata de una posibilidad plenamente aceptada en los Estados federales, como México y Brasil. Con relación al derecho brasileño ya he tenido ocasión de señalar que: "Se permite

mento de control abstracto de constitucionalidad semejante al del sistema brasileño. Figueroa Mejía señala que este Estado fue pionero en el establecimiento de la justicia constitucional local. En consonancia con el autor, "la justicia constitucional local tiene su origen en la reforma al ordenamiento fundamental veracruzano de 2000, en la que por primera vez se introducen instrumentos de tutela jurídica de la Constitución estatal".[23]

Carlos Báez Silva destaca el parecido entre sistema de control por omisión de Veracruz y el brasileño (que es anterior) en los siguientes términos:

> En Veracruz se ha establecido una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión, similar a la que existe en Brasil; aunque en el ordenamiento veracruzano la institución es más restringida, pues se limita a la omisión legislativa, en tanto que en el país sudamericano esta infracción puede ser cometida por "todo ente que esté capacitado para dictar normas jurídicas, por lo que no se restringe sólo al Poder Legislativo", en tanto que en la Constitución de Veracruz sí se restringe sólo a la inactividad legislativa (normativa) del órgano legislativo estatal.[24]

El artículo 65, III de la Constitución de este Estado establece, de forma análoga al modelo brasileño, el control de constitucionalidad por "omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución".

Carlos Báez Silva cita, además, otros sistemas estatales de control de inconstitucionalidad por omisión legislativa, como el de los estados de Tlaxcala,[25]

[…] una verdadera jurisdicción constitucional estatal, a la que se someterán los actos normativos del estado federado […]. Esta previsión puede considerarse que deriva de la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, que se debe reproducir, manteniéndose las debidas proporciones, también en el ámbito de cada ente federativo". Ramos Tavares, André, *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 454

23 Figueroa Mejía, Giovanni A., "La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora", en Bagni, Silvia, *Justicia Constitucional Comparada,*. México, Porrúa, 2014, p. 372.

24 Báez Silva, Carlos, "La omisión legislativa e su inconstitucionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic, 2002, p. 775, consulta 3 feb 2017, disponible en *http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf*

25 **Constitución del estado de Tlaxcala:**
"Artículo 81. El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes:
VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes.
[…] De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta

Chiapas[26] y Quintana Roo.[27] Asimismo, César Astudillo identifica este tipo de control de constitucionalidad en el estado de Coahuila.[28]

---

sentencia, será motivo de responsabilidad. [...]" (Constitución disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento-entidad/757-constitucion-politica-del-estado-libre-y-soberano-de-tlaxcala>, consultada el 6.6.2017).

26 **Constitución del estado de Chiapas:**
"Artículo 78. El Tribunal de Justicia Constitucional [...]. Tendrá las siguientes atribuciones:
II. Conocer de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y de las cuestiones de inconstitucionalidad en términos del artículo 79 de esta Constitución".
"Artículo 79. La justicia del control constitucional local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.
III. De las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución [...]
La resolución que emita el Tribunal de Justicia Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que este resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal de Justicia Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa".

27 **Constitución del estado de Quintana Roo:**
"Artículo 103. Corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, el Ejercicio de las siguientes atribuciones:
VIII. Resolver las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la Ley respectiva".
"Artículo 105. Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del Articulo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control:
III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución [...]
La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.
En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite". Báez Silva, Carlos, "*Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»*", *...cit.*, p. 45.

28 **Constitución del estado de Coahuila conforme reforma (P.O. 20 de marzo de 2001):**
"Articulo 158. La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Es-

De este modo, el control abstracto de la omisión absoluta no es incompatible con el modelo constitucional mexicano ni completamente ajeno a este sistema jurídico.

El presente trabajo se centra en la inconstitucionalidad en control abstracto, pues el pionero constitucionalismo mexicano ya abarca formas de control concreto de la constitucionalidad, como señala Carlos Báez Silva:

> El derecho extranjero (Estados Unidos de América, Portugal, Brasil, Argentina, etcétera) ha desarrollado instituciones de derecho procesal constitucional distintas para esas situaciones; por un lado, un mecanismo de tutela de derechos públicos subjetivos que permite, mediante la intervención del juez, el ejercicio del derecho afectado por la omisión legislativa, que recibe diversos nombres (*writ of mandamus*, *mandado de injunção*, por ejemplo), función que en México ha desarrollado exitosamente el amparo desde sus orígenes; por el otro lado, en el extranjero se ha creado una acción difusa para revisar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, cuando la afectación a la vigencia de la Constitución no implica un agravio directo a un individuo, similar a la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento federal mexicano.
>
> Esta última modalidad del mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las omisiones legislativas del Poder Legislativo reviste una seria importancia por la problemática que plantea la solución que la judicatura ofrezca a la inconstitucionalidad: creación del ordenamiento jurídico ausente, creación de reglas generales de operación o recomendación al órgano omiso.[29]

La experiencia brasileña en el control abstracto de constitucionalidad de la omisión puede contribuir al debate sobre el desarrollo de esta institución en el ordenamiento mexicano.

Como se ha señalado, la institución de la inconstitucionalidad por omisión parcial está muy desarrollada en México. Por ello, considero que es más relevante que me atenga al aspecto de la omisión absoluta.

---

tado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.
Las acciones de inconstitucionalidad se sujetarán a lo siguiente:
3. Procederán contra:
f) La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria". Astudillo, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo,* Ciudadela, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010, p. 1666.

[29] "La omisión legislativa e su inconstitucionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic 2002, p. 435, consulta 3 feb 2017, disponible en *http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf*

3. Bases del control abstracto de constitucionalidad por omisión en Brasil

3.1. Presupuestos sociales y línea general del control abstracto por omisión

En el estudio de las omisiones inconstitucionales de Constituciones sociales no se puede ignorar la característica periférica de ciertos países como Brasil,[30] donde "la población aún carece de derechos sociales básicos como, por ejemplo, salud y educación, que el Estado presta de forma precaria".[31]

Como he tenido ocasión de señalar,[32] en 2013, el 35,7 % de los hogares brasileños no tenía acceso a la red de saneamiento, lo que equivale a que más de 23 millones de casas no contaban con este servicio esencial para la salud de la población.

Otro dato alarmante del que ya me hice eco en otras ocasiones[33] es el índice de analfabetismo del 8,5 %, en 2013, lo que supone que más de 13 millones de personas de más de 15 años de edad son iletradas.

Una de las vías que se buscan para paliar este preocupante escenario es el Poder Judicial, llamado a socorrer a aquella parte de la población que reclama poder acceder a derechos básicos como "camas de hospital, medicamentos esenciales, plazas en guarderías y colegios, además del derecho a la seguridad y asistencia sociales que simplemente se les niegan desde esferas administrativas".[34]

Esta actuación del Poder Judicial es propia de países de modernidad tardía "que aún no han alcanzado la plena realización de un Estado social mínimo".[35]

La importancia del Poder Judicial en el modelo de Estado social brasileño se pone de manifiesto en el hecho de que la política pública brasileña de tratamiento del VIH, paradigma internacionalmente reconocido, "em-

30 Furtado, Celso, O capitalismo global, 6a ed., São Paulo, Paz e Terra, 2006, pp.58-60; del mismo autor "Celso Furtado esencial", ed. por Rosa Freire D'Aguiar, São Paulo, Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013.

31 Ramos Tavares, André, "CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos", …cit., p. 50.

32 Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", …*cit.*, p. 4.

33 *Idem.*

34 *Idem.*

35 Ramos Tavares, André, *Manual do Poder Judiciário,… cit.*, p. 42.

pezó con resoluciones judiciales que obligaban al Estado a suministrar los medicamentos".[36]

Estas resoluciones, cumple señalar, se pronunciaron en el marco de procesos concretos y no de control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, en ellos se apuntaba a la *omisión* del Poder Público para establecer un tratamiento adecuado.

Aunque se considere que "el hecho de que el Poder Judicial reconozca la asistencia a personas concretas (de manera tópica) no excluye ni impide la obligación del Estado de enfrentar la cuestión de forma general",[37] la modalidad de control abstracto puede ser más efectiva para solucionar problemas de políticas públicas nacionales, pues los efectos de las sentencias concretas, necesariamente, se limitan a aquellos sujetos que instan la Justicia, por lo que no promueven una solución amplia en términos nacionales.

Por consiguiente, el control abstracto de la omisión puede servir para complementar el sistema concreto, que ya existe en México. En este punto, añado un matiz al tema. En Brasil, al contrario que en otros países, como puede ser Portugal, no cabe el control judicial abstracto a partir de un cierto número y un cierto tipo de resoluciones judiciales concretas. Este tipo de mecanismo, cuando existe, permite instar de forma automática el control abstracto, en determinadas circunstancias, realizando dicha complementación de manera impositiva.

3.2. Procedimiento objetivo con número limitado de legitimados

La acción directa de inconstitucionalidad brasileña se asemeja,[38] en determinado aspectos, a la acción de inconstitucionalidad mexicana, prevista en el artículo 105, II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[39].

---

36 Ramos Tavares, André, *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental,* Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 141.

37 *Ibidem,* p. 148.

38 Las acciones comparadas de los dos países latinoamericanos forman parte de un procedimiento abstracto "que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares" y de "un procedimiento objetivo, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su cualidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución" Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.,* p. 342.

39 Art. 105, inc. II, de la Constitución mexicana: "Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación

Los legitimados en el procedimiento objetivo brasileño, al igual que en el ordenamiento mexicano, son actores políticos. Así, en el artículo 105, II de la Constitución mexicana y en el artículo 103 de la Constitución brasileña se enumeran de forma taxativa los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad, que en Brasil son: (i) el Presidente de la República, (ii) la Mesa del Senado Federal, (iii) la Mesa de la Cámara de los Diputados, (iv) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, (v) el Gobernador de Estado o Distrito Federal, (vi) el Procurador General de la República, (viii) el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil, (viii) los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, y (ix) la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

3.3. El ámbito del control abstracto de la omisión en el derecho brasileño

Como ya se ha señalado, el sistema de control abstracto brasileño, que se lleva a cabo mediante la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), no se destina solo a la omisión legislativa, sino también a la inercia de los órganos de la Administración. En este sentido, la ADO puede ejercitarse frente a cualquier autoridad que deba aplicar *directamente* la norma constitucional.

El Supremo Tribunal Federal exige que se trate de una violación directa de la Constitución.[40] Se considera una omisión indirecta o refleja cuando el cumplimiento de una determinada ley depende de su desarrollo reglamentario, en cuyo caso, su ausencia vulnera directamente la ley y solo de forma indirecta la Constitución de Brasil.[41]

Además de esta limitación, al menos hasta 2005, el Supremo Tribunal Federal tampoco admitía acciones de control de omisión cuando las medidas necesarias tuvieran naturaleza *no normativa,* es decir, no se admitía la acción para luchar contra la falta (omisión) de actos concretos de la Admi-

de la norma" (véase la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf>, consultada el 6.6.2017).

40 Entre otras resoluciones en este sentido, véase STF, ADPF 192 AgR/RN, Tribunal Pleno, ponente Luiz Fux, de 19.8.2015, DJe de 17.9.2015.

41 En este sentido ya he señalado que "la omisión que puede combatirse mediante la acción abstracta debe derivar directamente de la Constitución". Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", …*cit.*, p. 7.

nistración pública, como puedan ser los actos necesarios para la ejecución de políticas públicas existentes (que no tienen naturaleza reglamentaria).[42] En este sentido, la ADI núm. 19 establece que:

> La acción directa de inconstitucionalidad por omisión del artículo 103.2 de la nueva Constitución Federal no puede interponerse para que se ejecute un determinado acto administrativo en concreto, sino para que se dicte un acto normativo necesario para que se cumpla el precepto constitucional que, sin él, no podría aplicarse.[43]

Sin embargo, en la Reclamación Constitucional núm. 1017, el ponente admitió la pertinencia de la ADI en la modalidad omisiva por incumplimiento de "medidas administrativas concretas":

> Una resolución del Supremo Tribunal, justo cuando acababa de entrar en vigor la Constitución (la ADIn 19, de 23.2.89, Passarinho, DJ de 14.4.89, RT 645/184), limita en su resumen la pertinencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión a que su objeto sea la adopción de un acto normativo. El asunto tiene una cierta similitud con el presente.
>
> […] en los términos en que se plantea, *data venia*, no debe seguirse el precedente.
>
> Resulta evidente que el supuesto más frecuente de inconstitucionalidad por omisión es aquel en el que falta la publicación de acto normativo, casi siempre de rango legal, necesario para que la Constitución sea plenamente eficaz.
>
> Sin embargo, nada impide que la propia Constitución imponga directa e inmediatamente la adopción de medidas administrativas concretas, necesarias para su efectividad y exigibles sin necesidad de intermediación legislativa ordinaria, en cuyo caso nada parece impedir que se pueda recurrir a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.[44]

Debo señalar que ya he tenido ocasión de posicionarme a favor de la admisión de la ADI por omisión incluso cuando se trate de medidas administrativas concretas sin carácter normativo, en este sentido ya he afirmado que:

> […] la Constitución de Brasil se refiere expresamente a la "omisión de medida", sin ninguna limitación relativa al tipo de medida (no se habla, por

---

42 Véase en la ADI núm. 19, ponente Aldir Passarinho, Pleno, de 23.2.1989, DJ de 14-04-1989 PP-05456 RESUMEN VOL-01537-01 PP-0000. En el mismo sentido Recl. 1017, ponente Sepúlveda Pertence.

43 ADI núm. 19, ponente Aldir Passarinho, Pleno, de 23.2.1989, publicado en el DJ de 14-04-1989, PP-05456 RESUMEN VOL-01537-01 PP-0000.

44 Fragmento del voto del ponente en la Recl. 1017, Pleno, ponente Sepúlveda Pertence, de 7.4.2005.

ejemplo, de "omisión de medida normativa"), lo que lleva a concluir que es posible deducir acción por omisión en aquellos casos en los que la omisión es normativa como en los que no.[45]

En Brasil, esta polémica se superó tras la promulgación de la reciente Ley 12063, de 2009, que admite la ADI por omisión para compeler el cumplimiento del "deber constitucional [...] relativo a la adopción de medidas administrativas" (art. 12-B, I, de la referida ley introducido por la Ley 12063/2009). Asimismo, como ya afirmé en otro trabajo, "la ley supera el debate al excluir las tesis doctrinales (incoherentes) más restrictivas".[46] (Tavares 2016, p. 8).

3.4. Aplicación subsidiaria de la acción por incumplimiento de precepto fundamental

Con la finalidad de ampliar el control abstracto de constitucionalidad, la Constitución de Brasil, en el artículo 102.1, estableció una acción de control objetivo, cuyo procedimiento era análogo al de la ADI y para la que estaban legitimados los mismos sujetos, denominada Acción (demanda) por incumplimiento de precepto fundamental (ADPF, por sus siglas en portugués).

La ADPF, al igual que la ADI, puede utilizarse tanto en caso de inconstitucionalidad por acción como por omisión.

El carácter subsidiario[47] de esta acción, en consonancia con la Ley 9882/99, se puso de manifiesto en la reciente sentencia del STF, que resolvió la medida cautelar en la ADPF núm. 378, (Pleno del STF, ponente Edson Fachin, redactor de la sentencia Roberto Barroso, fecha 17.12.2015), sentencia que tuvo repercusión en Brasil porque definió el procedimiento del *impeachment* al que se sometió a la presidenta de la República. En su voto, el ponente reafirma el carácter subsidiario de la ADPF, destinada a permitir que se aprecien cuestiones constitucionales que "el Supremo Tribunal Federal no tendría competencia directa para conocer, como es el caso de normas preconstitucionales o resoluciones judiciales que atenten contra cláusulas fundamentales del orden constitucional" (transcripción del ponente del fragmento de la ADPF 127, cuyo ponente fue Teori Zavaski).

---

45 Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", *...cit.*, p. 87.

46 *Ibidem*, p. 8.

47 En este sentido se ha posicionado siempre Gilmar Mendes, quien elaboró, entre otros, el anteproyecto de ley (véase ADPF 33, DJ 27.10.2006).

Además, el carácter subsidiario de la ADPF no se limita a aquellos supuestos en los no quepa otra medida como la ADI, sino que puede darse cuando esa sea menos efectiva que la ADPF.

Este criterio se aplicó en un caso paradigmático con relación al Estado social brasileño. Se trata de la ADPF núm. 4 en la que se cuestionaba el monto del salario mínimo establecido en el año 2000 y que los recurrentes consideraban insuficiente para satisfacer las finalidades constitucionales de asegurar las necesidades básicas del trabajador y su familia. Pese a que en este caso se podía utilizar la ADO, en la ADPF núm. 4 (ponente Ellen Gracie, de 17.4.2002) se mantuvo el criterio de que la ADPF sería más eficiente para cuestionar la omisión legislativa, sobre todo porque los efectos de la ADO se consideran técnicamente muy limitados, como veremos en el apartado siguiente.

En los debates en torno a esta polémica, transcritos en la sentencia de la referida ADPF, el ministro Carlos Velloso defendió, incluso, la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal supliera la omisión fijando, de forma provisional, el monto del salario mínimo que fuera más adecuado.

Sin embargo, esta acción no llegó a resolverse pues antes de que la sentencia fuera pronunciada se derogó la ley provisional objeto del recurso.

3.5. Efectos de la resolución de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión brasileña

3.5.1. Omisión de acto legislativo

Cuando la omisión deba suplirse mediante la publicación de un acto legislativo, si la inconstitucionalidad se ha declarado en una acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), "se dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias" (art. 103.2 CB). La interpretación del Supremo Tribunal Federal es que, en estos casos, la Corte no podrá suplir la omisión y se limitará a *declararla*.

Por ello, se crítica que la ADO se habría convertido en un instrumento ineficaz "dada la poca importancia que el Congreso da a las comunicaciones de omisiones que le realiza el Supremo Tribunal" (fragmento del voto de Marco Aurélio en la referida ADPF núm. 4).

Ya he tenido ocasión de criticar este criterio extremamente restrictivo del STF:

> Este criterio restrictivo del STF parece radical e inadecuado. No se debe olvidar que su principal fundamento es retórico (la separación de poderes, que no deja

de ser una cláusula que él mismo interpreta). Además, si se sigue aplicando este criterio restrictivo a la ADIn por omisión, se trasladará a la ADPF una innovación que debería ser de la ADIn por omisión.[48]

El tema del posible traslado del *locus* de la innovación a otra acción, la innovadora ADPF, demuestra que esta acción puede sustituir a la ADO, al vaciarla de su utilidad justamente como consecuencia de esta estricta interpretación jurisprudencial.

Reflejo de este fallo es el hecho de que el STF se sirvió de un instrumento de control concreto de constitucionalidad para suplir, con efecto *erga omnes*, una omisión legislativa. Se entiende que esta resolución del STF tuvo un efecto transcendente, es decir, un efecto que fue más allá de los casos particulares objeto del recurso de las acciones individuales.

Con ello, me estoy refiriendo al pronunciamiento más famoso de omisión inconstitucional en Brasil, en el marco de una serie de recursos particulares por omisión, los *mandados de injunção* núm. 670, 708 y 712, interpuestos por los sindicatos profesionales del sector público que buscaban asegurar el derecho de huelga de sus afiliados, dada la inexistencia de una ley de huelga para el sector público (Pleno, de 25.10.2007).

La resolución del Supremo Tribunal Federal declaró la omisión legislativa inconstitucional y determinó que se aplicaría al sector público la Ley núm. 7783/1989, de Huelga del Sector Privado.[49]

Otro caso en el que se declaró una omisión legislativa por una vía concreta, que pone de manifiesto la necesidad de una acción abstracta de inconstitucionalidad, fue la sentencia de un conjunto de recursos particulares por omisión, los *mandados de injunção* núm. 943, 1010, 1074 y 1090 (ponente Gilmar Mendes), que declaró el retraso del Congreso Nacional para legislar sobre el derecho laboral, constitucionalmente previsto, de recibir un preaviso proporcional a los años trabajados, en caso de despido improcedente.[50] Sin embargo, antes de que el STF se volviera a reunir para

48 Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", *...cit.*, p. 12.

49 La solución adoptada en los referidos *mandados de injunção* de 2007 la reafirmó el STF en la Recl. 138845/Agv/SP (Sala Primera, ponente Rosa Weber, de 15.3.2016, publicada en el DJe de 18.04.2016) y el RE 693456 (ponente Dias Toffoli, de 27.10.2016, cuya sentencia aún no se ha publicado).

50 Se trata de definir cuántos días antes del despido el empleador debe comunicarle al empleado su futuro despido, de forma que este pueda buscar un nuevo empleo mientras aún está trabajando. El mismo derecho al preaviso tiene el empleador en caso de que el empleado quiera dimitir.

determinar cómo debía regularse el derecho al preaviso, se promulgó la Ley 12506/2011, según consta en el *Diario Oficial* de 13.10.2011. Durante el proceso legislativo supremo que aprobó esta ley se tuvo en cuenta la resolución del STF, como factor adicional que justificaba una tramitación más rápida.

Al final del proceso conjunto de los referidos recursos particulares por omisión (*mandados de injunção*) retomado el 6.2.2013, el Pleno decidió que el Tribunal debería pronunciarse igualmente aunque ya se hubiera publicado la ley reguladora de la materia, pues la Corte aún debía "manifestarse sobre la situación de los trabajadores cuyos recursos estaban en suspenso" (Voto de Gilmar Mendes, 6.2.2013).

Se decidió que en los casos objeto de estudio, aunque se tratara de trabajadores que habían sido despedidos antes de la entrada en vigor de la ley y cuya situación no entraba en su ámbito de aplicación, se adoptarían los criterios legales y se supliría la omisión legislativa en los casos concretos.

De este modo, los efectos de las resoluciones son más efectivos en el marco de la Constitución del Estado de Veracruz (CV). Aunque se pudiera haber inspirado en el derecho brasileño, la CV va más lejos en los efectos de las sentencias al disponer sobre las acciones por omisión legislativa. En este sentido, Cesar Astudillo afirma lo siguiente:

> La CV dispone en su art. 65 que si su sentencia es estimatoria de inconstitucionalidad, se otorgará un plazo de dos períodos de sesiones ordinarias al Congreso del Estado a efecto de que expida la ley o decreto que se trate la omisión. Sin embargo, si transcurre ese plazo sin atenderse lo dispuesto en la resolución, el TSJV dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto si expide dicha ley o decreto.
>
> Una decisión como la anotada ubica al sistema veracruzano dentro de aquellos sistemas que no se conforman con declarar la inconstitucionalidad de inercia del legislador [...] sino que [...] llega actuar como instancia colegisladora al estar facultada a expedir normas de eficacia temporal limitada que vinculan a los poderes públicos [...].[51]

Volviendo a la realidad brasileña, el STF en la sentencia de la ADO 3682/MT (Pleno, ponente Gilmar Mendes, de 9.5.2007) fue un poco más lejos de la mera declaración de la omisión, pues señaló un plazo de 18 meses para que se dictara la ley.[52]

---

[51] Astudillo, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México", …cit., p. 1674.

[52] En este caso, el contenido de la ley debería indicar el "período dentro del que se podrán tramitar los procedimientos tendentes a la creación, incorporación, separación o fusión de municipios" (fragmento del resumen).

Según un fragmento de la sentencia:

> [...] 3. La omisión legislativa con relación al desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución, acabó dando lugar a la conformación y consolidación de estados de inconstitucionalidad que el legislador no puede ignorar al dictar la ley complementaria federal. 4. Acción procedente para declarar el estado de retraso en el que se encuentra el Congreso Nacional, a fin de que, en el plazo razonable de 18 (dieciocho) meses, adopte todas las medidas legislativas necesarias para cumplir el deber constitucional del art. 18.4 de la Constitución, debiendo contemplar las situaciones imperfectas derivadas del estado de inconstitucionalidad generado por la omisión.

3.5.2. Omisión de la Administración pública

En el caso de inercia de la Administración pública, y no de cualquier otro "poder", el artículo 103.2 de la Constitución brasileña prevé que el STF determine el "órgano administrativo" que ha de suplir la omisión y establece la pena de responsabilidad por el incumplimiento:

> Cuando se trata de omisión inconstitucional no del Parlamento o de cualquiera de los "poderes", sino de la Administración pública, la Constitución adoptó directamente otra solución. En esos casos, la Carta Magna es taxativa y no deja margen para maniobras jurídicas. El STF puede y debe determinar el plazo de treinta días para suplir la omisión bajo pena de responsabilidad de quien incumpla la sentencia.[53]

4. Conclusiones

Los sistemas de defensa constitucional sofisticada llegan hasta la omisión del legislador, tema central en Estados sociales periféricos. Así, el tema de la omisión inconstitucional se articula con la necesaria participación del poder judicial, que impulsa los derechos sociales en países de modernidad tardía, contexto en el que se necesita que actúe de forma más efectiva.

En el caso brasileño, el sistema de control abstracto de constitucionalidad por omisión fue un camino creado en la Constitución de 1988 para implementar la promesa de los derechos socioeconómicos, de manera que en efecto se lograra la transformación de la realidad.

[53] Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", *...cit.*, p. 13.

Sin embargo, en el caso brasileño se aprecia una ineficacia del sistema de control abstracto frente al amplio y funcional control concreto de inconstitucionalidad por omisión, que hasta el momento ha presentado unos resultados más satisfactorios.

Por su parte, el sistema mexicano todavía no cuenta con un control de constitucionalidad por omisión absoluta de ámbito nacional, aunque sí existan experiencias en el ámbito estatal, como es el caso de la Constitución del Estado de Veracruz. Esta Constitución estatal, aunque guarde semejanzas con el modelo brasileño, dota a las resoluciones judiciales de un mayor potencial de eficacia, de forma que, al menos en este Estado, el modelo ya supera al brasileño en este ámbito.

En definitiva, espero que este breve artículo sobre los varios años de funcionamiento del control abstracto de constitucionalidad por omisión en Brasil aporte algo a las reflexiones relacionadas con la realidad mexicana, que, aunque tenga sus particularidades, presenta sin duda paralelismos con el constitucionalismo brasileño.

Bibliografía

Astudillo, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo,* Ciudadela, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010.

Báez Silva, Carlos, "*Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omissión»*", en Gonzáles Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

_____, "La omisión legislativa e su inconstitucionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic 2002, consulta 3 feb 2017, disponible en *http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf*

Brage Camazano, Joaquín, "La acción abstracta de inconstitucionalidad", cap. VIII, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, 2015.

_____. El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México. *Juris Dictio: Revista de Derecho*, vol. 4, núm. 7, 2003, disponible en *http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/599*

Ferreira Mendes, Gilmar, "Cap. 10: Controle de Constitucionalidade", en Ferreira Mendes, Gilmar, Gonet Branco, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional,* 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

Figueroa Mejía, Giovanni A., "La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora", en Bagni, Silvia, *Justicia Constitucional Comparada,* México, Porrúa, 2014.

Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitucionalidad en el ordenamiento mexicano,* México, Porrúa, 2005.

Furtado, Celso, *O capitalismo global,* 6a ed., São Paulo, Paz e Terra, 2006.
_____, Celso Furtado essencial. D'Aguiar, Rosa Freire (ed.), São Paulo, Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013.

Gutiérrez Zapata, Inván Carlo, *La acción de inconstitucionalidad en México: análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación,* 562 f. Tesis (Doctorado), Universitat Pompeo Fabra, Barcelona, 2014, consulta 3 feb 2017, disponible en *http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/247510/ticgz.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

Ramos Tavares, André, "Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional,* México, Senado de la República, 2017.
_____, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", en *Rivista Federalismi (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato)*, vol. 1, 2016.
_____, "CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos", en *Bittencourt da Cruz,* Fabrício (coord.), *CNJ 10 Anos*, Brasilia, CNJ, 2015, vol. 1.
_____, *Direito Econômico Diretivo, percurso das propostas transformadoras, São Paulo, 2014.*
_____, "Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana", en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 29, 2014.
_____, *Manual do Poder Judiciário,* São Paulo, Saraiva, 2012.
_____, Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil, en Francisco, José Carlos (coord.), *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial,* Belo Horizonte, Del Rey, 2012.
_____. *Curso de Direito Constitucional.* 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental,* Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99, São Paulo, Saraiva, 2001.

La acción abstracta de inconstitucionalidad y su interacción con la inconstitucionalidad por omisión legislativa

*Laura Rangel Hernández**

Sumario: Acción de inconstitucionalidad y omisiones absolutas. Acción de inconstitucionalidad y omisiones relativas. Validación de la acción por omisión legislativa local. Bibliografía.

La acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional destinado a analizar la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1]. A partir de su incorporación en esta última, en 1994, ha logrado consolidarse como una garantía constitucional de gran relevancia, pues permite conservar la regularidad constitucional del orden jurídico, a través de la anulación de porciones normativas o inclusive, de cuerpos jurídicos enteros, evitando la existencia de normas que transgredan a la Constitución[2].

Se ha constituido en el mecanismo por excelencia, para el análisis de las leyes electorales, al ser, por disposición del propio artículo 105 constitucional, la única vía para plantear su no conformidad con la Constitución[3] y tomó un giro muy importante, en relación con la protección de derechos

* Maestra en Derecho y en Derecho Procesal Constitucional —Universidad Panamericana—. Directora General Adjunta de Políticas Públicas en la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, a la fecha de elaboración. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

1 Sobre esta garantía constitucional, puede consultarse: Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005; León Hernández, David, *Acción de inconstitucionalidad en el Derecho Mexicano,* México, Ángel Editor, 2006; Reyes Reyes, Pablo E., *La acción de inconstitucionalidad*: *Derecho Procesal Constitucional,* México, Oxford, 2000, entre otros.

2 Al respecto, cabe señalar que las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos 8 votos.

3 El portal de "estadística judicial" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reporta que de 1995 a 2015, la cuestión electoral, como "tema de las normas impugnadas" corresponde al 44% del total de las acciones ejercitadas en dicho periodo.

humanos, a partir de que se otorgó legitimación activa a las Comisiones de Derechos Humanos[4]; por todo ello, relevantes asuntos han sido resueltos a través de la acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en otros temas, el avance de este proceso constitucional no ha sido tan claro, como sucede con el vicio de la omisión legislativa inconstitucional. Hemos definido a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquélla"[5].

Al respecto, y a manera de contexto, es necesario señalar que la omisión legislativa que vulnera la constitución ha tenido sus encuentros y desencuentros con la justicia constitucional mexicana; esto es así, en primer lugar porque a nivel federal no se cuenta con una garantía constitucional específica para conocer de este tipo de vicio[6], como si sucede, por ejemplo, en Portugal, Venezuela, así como en algunas entidades federativas mexicanas, que son Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro, Nayarit, Yucatán, Durango[7]

---

4 En su "Informe de Actividades 2016" la Comisión Nacional de los Derechos Humanos informa que en toda la presente administración ha promovido 60 acciones de inconstitucionalidad. Cfr. *http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2016/Informe_2016_resumen_ejecutivo.pdf*

5 Un estudio completo sobre este instituto se realizó en Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional No. 33, Porrúa, 2009. Definición en pág. 38.

6 Lo anterior, pese a diversas propuestas en este sentido, tal como hicimos en la obra citada previamente, y en Rangel, Laura, "Inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana", en *Propuestas concretas para enriquecer el orden jurídico nacional*, Colección Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, Themis, 2008. También resalta la iniciativa con proyecto de Decreto por la que se reforma y adiciona el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por la Senadora Sandra Luz García Guajardo, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, de la LXIII Legislatura del H. Congreso de la Unión, (gaceta del 9 de febrero de 2017) y que se turnó a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda.

7 Sobre este tema en particular, dentro del Derecho Procesal Constitucional local véase: Rangel Hernández, Laura, "El control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las legislaciones procesal-constitucionales locales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho Procesal Constitucional Local. Nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos. Una guía práctica,* México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional No. 103, Porrúa, 2014.

y la Ciudad de México,[8] o bien que admiten este tipo de vicio en la acción abstracta de inconstitucionalidad como lo hace Coahuila,[9] Costa Rica, Ecuador, Brasil y varias de sus provincias como Río Grande do Sul, Santa Catarina y Sao Paulo. (Otros países ofrecen una respuesta jurisprudencial).

Ahora bien, la práctica procesal a nivel federal, muestra la existencia clara de omisiones imputables al legislador tanto federal como estatal, que violentan la Constitución; sin embargo, las garantías procesal-constitucionales no han sido del todo eficientes para analizar y, especialmente, para controlar y corregir este tipo de vicios. Tan es así, que reiteradamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "la Corte" o la "Suprema Corte") ha determinado la improcedencia de la omisión legislativa en el juicio de amparo[10] y en el caso de las controversias constitucionales,

---

8 Uno de los cambios constitucionales de más relevancia en nuestro país, es el que se realizó el 29 de enero de 2016, a través del cual dejó de existir el Distrito Federal, para dar lugar a la Ciudad de México, como entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. Como consecuencia de lo anterior, se promulgó y publicó el 5 de febrero de 2017 la Constitución Política de la Ciudad de México. Dedicó su artículo 36 al control constitucional local, disponiendo la creación de una Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, para "garantizar la defensa, integridad y supremacía de esta Constitución y la integridad del sistema jurídico local sin perjuicio de lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Ahí se dispuso que una de las competencias de la Sala, es lo relativo a: "Conocer y resolver las acciones por omisión legislativa cuando el Legislativo o el Ejecutivo no hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de esta Constitución, o habiéndolas aprobado se estime que no cumplen con los preceptos constitucionales". Con esto se constituye en la entidad que más recientemente ha adoptado este medio de control constitucional. —a la fecha de elaboración de este trabajo—.

9 En el artículo 158 de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, se instauró la Justicia Constitucional Local, otorgando competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional Local, para conocer de diversos medios de control, entre ellos las acciones de inconstitucionalidad local "*que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*" y determinó que uno de sus supuestos de procedencia es la *"omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria"*. Esto implica que, contrario a las entidades previamente señaladas, no se optó por la creación de un proceso constitucional específico para la omisión legislativa, sino que se prefirió incorporar un supuesto de procedencia a la acción abstracta de inconstitucionalidad, para el análisis de la omisión legislativa. Esto es relevante porque contraviene la postura, tanto de doctrinarios como de autoridades jurisdiccionales, que en este trabajo se resalta, en el sentido de la incompatibilidad de esta garantía constitucional y la omisión legislativa.

10 Este es el criterio generalizado, que ha impedido la procedencia de un importante número de amparos: *"Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional"*. Novena Época, 197,222, Tesis Aislada, Pleno, *Semanario Judicial*

también ha desplegado criterios cambiantes que no brindan certeza jurídica, aunque se ha convertido en el medio más utilizado para su análisis en nuestro país[11].

Ahora bien, por lo que hace a la acción de inconstitucionalidad, a manera de contexto cabe señalar que su resolución es competencia exclusiva de la Suprema Corte; no se requiere un interés jurídico, ni la acreditación de un agravio personal y directo, pues basta con un interés simple para su interposición, al tratarse de un medio abstracto de control. Su finalidad es analizar una posible contradicción de una norma de carácter general, respecto de la Constitución, esto significa que como presupuesto procesal debe existir una norma elaborada por los cuerpos legislativos que, además, debe haberse publicado en los periódicos oficiales, pues el plazo para su interposición es de 30 días naturales a partir de dicha publicación —y es justamente este requisito el que ha dificultado su interacción con la omisión legislativa, como veremos más adelante—.

En términos generales, puede interponerse por minorías legislativas, el Ejecutivo Federal, los partidos políticos con registro ante el Instituto

de la Federación y su Gaceta, t. VI, diciembre de 1997, Tesis P. CLXVIII/97, común, p. 180. *"Improcedencia del juicio de amparo. Se actualiza de forma indudable y manifiesta si pretende reclamarse una omisión legislativa, en tanto que la eventual restitución que habría de otorgarse al quejoso en sus derechos implicaría dar efectos generales a la sentencia, lo cual proscribe el principio de relatividad que la rige, aun cuando el quejoso aduzca que el acto impugnado transgrede un instrumento internacional"*. Décima Época, 2005755, Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* t. III, libro 3, febrero de 2014, Tesis: IV.3o.A.22 K (10a.), común, p. 2418. No obstante, cabe señalar que la actividad jurisdiccional al respecto todavía no está completamente definida, pues se han presentado varios procesos de amparo que todavía se encuentran pendientes de resolución, donde podría darse un cambio de criterio. También destaca la tesis: *"Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto"*. Décima Época, 2012767. Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* t. IV, libro 35, octubre de 2016, Tesis: I.18o.A.11 K (10a.), común, p. 2995. *"Omisión legislativa o reglamentaria. Su reclamo no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo"*. Décima Época, 2012768, Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* t. IV, libro 35, octubre de 2016, Tesis: I.18o.A.10 K (10a.), común, p. 2996. Por otra parte, destaca por su importancia el ADR 5459/2016, relacionado con la acción contra la omisión legislativa prevista en la legislación de Yucatán, donde se discute la "*Interpretación del principio de igualdad y no discriminación, así como obligación de las autoridades en el ámbito de sus competencias de adecuar la legislación para garantizar los derechos humanos"*, que se analizó en sesión del 31 de mayo de 2017.

11 Véase "La Controversia Constitucional como medio de control de las omisiones legislativas inconstitucionales. En busca de una teoría jurisprudencial en la materia", en Ferrer MacGregor, Eduardo y Danés Rojas, Edgar (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2011. *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/9.pdf*

Nacional Electoral, el Fiscal General de la República, así como los organismos de protección de los derechos humanos y los organismos garantes de la transparencia, tanto nacionales como estatales; en todos los casos con ciertas condiciones y características específicas, contempladas en el artículo 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A continuación analizaremos los puntos de encuentro y desencuentro que ha tenido la experiencia procesal constitucional entre la acción de inconstitucionalidad y la omisión legislativa.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y OMISIONES ABSOLUTAS

En consonancia con el criterio sostenido por otros tribunales, como la Corte Constitucional Italiana[12], la Suprema Corte ha resuelto reiteradamente que la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para analizar la omisión legislativa de carácter absoluto o total, debido a la ausencia de una norma que pueda ser contrastada con la Constitución. Como lo hemos sostenido en trabajos previos, la distinción entre omisiones absolutas y relativas, remonta al trabajo clásico de Wessel en 1952, quien analizó estas categorías y marcó como nota distintiva, el grado de acción legislativa, es decir, en el caso de las absolutas no se ha realizado ninguna actividad de creación normativa, a diferencia de lo que ocurre en las parciales, donde el legislador despliega su actividad creativa, con ciertas deficiencias, como se verá más adelante[13].

Un presupuesto indispensable para configurar una omisión legislativa que violente la Constitución, es la existencia de un mandato de legislar, que consiste en una norma de carácter imperativo, que implica la asignación de una competencia de ejercicio obligatorio a su destinatario, respecto de la expedición de una disposición jurídica o cuerpo normativo[14]; este mandato puede encontrarse de manera explícita en el texto constitucional o en sus

---

12 *Cfr.* Auto 226A/02, sentencia C-543/96 y en la sentencia C-041/02, de fecha 30 de enero de 2002, dictada en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 parágrafo 2° de la Ley 640 de 2001, (expediente D-3610), entre otras. *http://www.constitucional.gov.co/corte/*

13 Véase Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México… cit.* A nivel jurisprudencial, se han determinado estas características. Véase: *Omisiones legislativas. Sus tipos.* Novena Época, 175,872, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXIII, febrero de 2006, Tesis P./J. 11/2006, Constitucional, p. 1527.

14 C*fr. "Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes".* Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXIII, febrero de 2006, P./J. 10/2006, p. 1528.

disposiciones transitorias, o bien implícito dentro del contexto normativo constitucional, el cual haya sido desatendido por los cuerpos legislativos y que esto provoque una violación constitucional.

Acción de inconstitucionalidad 7/2003

Se trata del primer asunto en que se sentó el criterio de la improcedencia de esta vía respecto de omisiones absolutas[15]. La Quincuagésima Séptima Legislatura del Congreso de Tabasco, actuando como Legislador Permanente, aprobó el Decreto a través del cual se modificaron varios artículos de la Constitución del estado, sustancialmente en materia electoral.

Para que estas reformas surtieran plenos efectos era indispensable que la legislatura ajustara diversas leyes secundarias, que expidiera la Ley Orgánica del Tribunal Electoral, así como otra ley que regulara los instrumentos de participación ciudadana previstos en las nuevas disposiciones constitucionales y la Ley de Bienes del Estado y sus Municipios; sin que hasta enero de 2003 lo hubiera hecho, todo ello resultaba trascendental para el proceso electoral a celebrarse en la entidad.

En razón de lo anterior, el Partido de la Revolución Democrática, promovió acción de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones legales ordinarias que se opusieran a las reformas constitucionales antes indicadas, solicitando su invalidez. Se alegó la omisión de la legislatura local de adecuar dichas normas a las disposiciones constitucionales recién adoptadas en la entidad, con lo cual, a su juicio se provocaba una falta de certeza sobre las reglas del mismo. Durante la secuela procesal, el Procurador General de la Republica hizo valer la causal de improcedencia consistente en que los hechos alegados constituyen una omisión legislativa, *"cosa que por sí misma hace improcedente la acción"*, toda vez que dicho supuesto no estaba contemplado en el artículo 105 constitucional, argumento que fue acogido por la Suprema Corte.

Este asunto tenía particularidades muy específicas derivadas del caso concreto, como la proximidad del proceso electoral en la entidad, que no permitiría la expedición de las normas omitidas en tiempo, así como la derogación de las normas que contravinieran a los nuevos contenidos consti-

[15] En la diversa acción 34/2001, se sentó previamente la jurisprudencia cuyo rubro es: "*Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente en contra de la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a una constitución local*". Sin embargo, dicho proceso obedece a supuestos distintos, toda vez que a pesar de haberse presentado y discutido la iniciativa de reforma a la constitución local para adecuar su texto a la Constitución federal, no se logró su aprobación, de tal modo que, no se configuran los supuestos de una omisión legislativa propiamente dicha.

tucionales, por virtud del artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional. Sin embargo, el análisis conjunto de estas cuestiones, llevó al Alto Tribunal a sobreseer la acción[16], y fijar el criterio: "*Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente contra la omisión del congreso local de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de la entidad a las disposiciones de un decreto por el que se modificó la constitución estatal*"[17]. Mismo que también ha servido de base para justificar la improcedencia respecto de las omisiones de carácter absoluto, en subsecuentes asuntos.

En conclusión, este caso tiene como base una omisión legislativa de tipo absoluto o total, basada en un mandato constitucional expreso, -contenido en artículos transitorios, de un decreto de reformas constitucionales-, para proceder a la expedición de diversos cuerpos normativos. Además, esta orden al legislador incluyó el señalamiento de un término concreto en el que debía llevarse a cabo la acción legislativa, lo cual no fue cumplido. Si bien es cierto que la sentencia de mérito se apega a la estricta letra del artículo 105 fracción II de la Constitución, al considerar que la omisión legislativa no está contemplada dentro de los supuestos previstos por la Constitución para la acción de inconstitucionalidad, con lo cual, por supuesto coincidimos, se estima que esta resolución permitió que se continuara con la inseguridad jurídica ocasionada por el vacío legal, al no haberse proveído una solución jurídica y vinculatoria respecto de la omisión legislativa constatada, además de sentar un precedente respecto de la improcedencia de la vía, el cual se ha replicado.

Acción de inconstitucionalidad 79/2008

Otro caso muy relevante en el cual la justicia constitucional no ha dado respuesta a las transgresiones constitucionales derivadas de la omisión legislativa, proviene de la reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes[18].

Teniendo como antecedente el anterior sistema, de carácter tutelar, para menores infractores, el 12 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario

[16] El sobreseimiento, operó por mayoría de 9 votos. Recuérdese que, de conformidad con el artículo 43 de la ley de la materia, las consideraciones vertidas en las sentencias de esta naturaleza constituyen jurisprudencia.

[17] Novena Época, 178,566, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXI, mayo de 2005, Tesis: P./J. 23/2005, Constitucional, p. 781.

[18] Para un análisis más completo de este tema, véase Rangel Hernández, Laura, *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, IIJ-UNAM, 2013. Consultable en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3348*

Oficial de la Federación el decreto que reformó y adicionó el artículo 18 constitucional, con el cual se dio paso a un nuevo paradigma, en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como personas con plenitud de derechos, que deben ser garantizados y protegidos por el estado. En concreto, para el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se instituyeron instancias de procuración y administración de justicia especializadas, basadas en el respeto al debido proceso legal y el resto de sus derechos fundamentales.

El reformado artículo 18 constitucional contiene un mandato expreso para los cuerpos legislativos en los siguientes términos: *"La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad…"* Este enunciado implica claramente una obligación a cargo del legislador para el dictado de normas de desarrollo constitucional, que permitan la eficacia plena de las nuevas disposiciones constitucionales y que debía actualizarse a más tardar, dentro de los seis meses contados a partir del inicio de vigencia del decreto, lo que sucedería a los 3 meses de su publicación.

Pese a la existencia de un encargo tan claro al legislador, el proceso de expedición de las leyes secundarias fue muy dispar, algunas lo hicieron dentro del plazo antes indicado[19] y otras una vez fenecido éste.[20] Ante esta situación, la propia Suprema Corte de Justicia determinó la existencia de inconstitucionalidad por omisión legislativa, por el incumplimiento al artículo transitorio que concede plazo a las legislaturas para la emisión de las normas de implementación del sistema, como puede apreciarse en la jurisprudencia cuyo rubro es: *"Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. La circunstancia de que las legislaturas locales no hayan creado antes del 12 de septiembre de 2006 las leyes, instituciones y órganos para la aplicación del decreto de reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de diciembre de 2005, configura una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa.*[21]

---

19 Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Veracruz, Querétaro, Tamaulipas, Baja California, Chihuahua, San Luis Potosí, Hidalgo, Tlaxcala y Zacatecas, quienes expidieron nuevas leyes o modificaron las anteriores.

20 Como sucedió en Yucatán, Michoacán, Estado de México, Chiapas, Distrito Federal, Morelos y, por supuesto, Guerrero.

21 Novena Época, 168771, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXVIII, septiembre de 2008, Tesis: P./J. 72/2008, p. 621.

Ahora bien, el caso a destacar aquí, es el de Guerrero, entidad que dejó pasar mucho tiempo para emitir su ley, lo que sucedió hasta el 2014[22] situación que causó que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos interpusiera una acción de inconstitucionalidad en contra del Congreso y del Gobernador del Estado de Guerrero, por dicha omisión.

En principio, la acción fue desechada de plano, por "notoria y manifiesta improcedencia", ante lo cual se promovió recurso de reclamación, del que conoció la Segunda Sala, misma que declaró fundados los agravios del recurrente, al considerar que la impugnación de una omisión legislativa no constituye una causal de improcedencia "manifiesta e indudable", y estimó necesario realizar un análisis más profundo para determinar si la vía era correcta y procedente, por tanto, decidió revocar el auto recurrido y en consecuencia, admitir la acción a trámite.

Gracias a esto, se desarrolló de manera normal el procedimiento respectivo, y el 25 de marzo de 2009, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió sobreseer la acción, precisamente, porque estimó que "*la acción de inconstitucionalidad no es la vía para impugnar una omisión legislativa absoluta*"[23]. En el caso se constató que se actualizó una omisión legislativa de tipo absoluto, al verificarse un incumplimiento total y completo del mandato de legislar, al no haberse emitido ninguna disposición relativa al nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en Guerrero; y que ante la omisión total, no resulta viable el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad, por no existir norma alguna que pudiera ser analizada y confrontada con la Constitución. Esta determinación generó, nuevamente, que el vicio de inconstitucionalidad subsistiera y no fuera corregido, al no contar con una garantía constitucional eficiente para el control de las omisiones legislativas absolutas.[24]

---

[22] Ley Número 478 de Justicia para Adolescentes del Estado de Guerrero, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Guerrero, el 4 de julio de 2014.

[23] Se señaló lo siguiente: *"se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción VIII del artículo 19 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, en relación con el propio artículo 105, fracción II, constitucional, así como con los diversos 59 y 65 de la misma Ley Reglamentaria, toda vez que, atento a la interpretación integral y teleológica del artículo 105, fracción II, constitucional, vigente, la acción de inconstitucionalidad no es la vía o medio de control constitucional para impugnar una omisión legislativa absoluta…"*

[24] Sobre este tema, vale la pena señalar la, poco usual, situación ocurrida a nivel federal. La SCJN al resolver la acción de inconstitucionalidad 37/2006, promovida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí señaló que *"no debe pasar inadvertido que, en el artículo segundo transitorio, no se menciona a la Federación, de lo que se desprende que la intención del legislador no fue fijar a ésta un plazo, sino sólo a las Legislaturas de los Estados."* Criterio con el cual no coincidimos, porque resulta contradictorio a toda la motivación para el cambio de Sistema de Justicia para Adolescentes. Ante la

Acción de inconstitucionalidad 6/2009

Fue interpuesta por Diputados integrantes de la LIX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa y se desechó por notoriamente improcedente al estimarse que la parte promovente impugnaba una omisión legislativa absoluta, debido a que, se combatieron diversos preceptos de la Constitución local, así como la Ley Electoral del Estado, por su no conformidad con las nuevas bases y principios constitucionales, de 13 de noviembre del año 2007. Inconformes con lo anterior, promovieron recurso de reclamación, en cuyas discusiones, el Pleno admitió la existencia de una omisión absoluta y por tanto confirmó el desechamiento de la demanda.

Acciones acumuladas 42/2009, 43/2009, 44/2009 y 46/2009

Partidos políticos interpusieron acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto de la LVII Legislatura del Estado de Puebla por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado. Entre otras cosas, hicieron valer un alegato de omisión legislativa absoluta por no haber realizado la adecuación del marco jurídico local dentro del plazo concedido por el artículo Sexto Transitorio del Decreto de reformas a la Constitución Federal, publicado el 13 de noviembre de 2007. Sin embargo, lo anterior se consideró infundado, debido a que se efectuaron modificaciones a la Constitución local dentro del plazo concedido; y aunque al momento de resolver el asunto no se habían verificado reformas a nivel legislativo, su realización se consideraría oportuna, toda vez que, todavía se encontraba transcurriendo el plazo constitucional concedido.

falta de expedición de la norma federal, el 14 de agosto de 2009, se publicó "*Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo segundo transitorio y un artículo tercero transitorio al decreto por el que se declaran reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre el orden de los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 12 de diciembre de 2005*", y se señala que "*la Federación contará con un año a partir de la entrada en vigor del presente decreto, para expedir las leyes y establecer las instituciones y los órganos que se requieran en el orden federal para la implementación del sistema de justicia integral para adolescentes*". Desde nuestro punto de vista, esta situación generó un trato diferenciado e injustificable para este nivel de gobierno. Este nuevo plazo venció el 15 de agosto de 2010, sin embargo, la federación expidió la Ley Federal de Justicia para Adolescentes hasta el 27 de diciembre de 2012; habiéndose configurado claramente una inconstitucionalidad por omisión legislativa durante el tiempo transcurrido entre agosto de 2010 y diciembre de 2012. (Nótese que la ley vigente es la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de 2016).

Ahora bien, en una consideración *obiter dicta*, la Corte reiteró el criterio de improcedencia sobre las omisiones absolutas, al señalar que: *"aún y cuando el Estado de Puebla no hubiere emitido norma alguna con la cual diera cumplimiento a su obligación constitucional de adecuar su legislación al actual texto de la Constitución Federal en materia electoral, la presente acción de inconstitucionalidad resultaría improcedente, puesto que, como lo ha sustentado la mayoría de este Tribunal Pleno, en este medio de control constitucional sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, por lo que no es posible impugnar una omisión legislativa de carácter absoluto"*.

Acciones acumuladas 71/2009, 72/2009, 73/2009, 75/2009, 76/2009 y 78/2009

Diputados de la Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Sinaloa, así como diversos partidos políticos, promovieron acciones de inconstitucionalidad en contra del Decreto 397, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Sinaloa el 1° de octubre de 2009, por virtud del cual se reformó la Ley Electoral de dicha entidad federativa.

Los promoventes alegaron, entre otras cuestiones, la existencia de una omisión legislativa en materia de geografía electoral, al considerar que dicha ley no se actualizó conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Federal, que establece: *"El número de representantes en las legislaturas de los Estados será proporcional al de habitantes de cada uno"*. Este argumento se declaró infundado en atención a que, *"el artículo Sexto transitorio sólo obliga a los Estados y al Distrito Federal a ajustar su legislación local a lo dispuesto en los preceptos que comprendió el Decreto de reformas constitucionales mencionado, entre los cuales evidentemente no se encuentra la fracción II del artículo 116 de la Norma Fundamental"*.

Por otra parte, también se hizo valer la existencia de otra omisión legislativa en materia de imparcialidad electoral de los servidores públicos. Se alegó la inconstitucionalidad de dicha Ley Electoral, porque *"en su integridad omitieron garantizar el estricto cumplimiento de lo dispuesto en los tres últimos párrafos del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionados mediante el Decreto de reformas constitucionales en materia electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete"*, a pesar del mandato expreso contenido en el artículo Sexto transitorio.

Lo anterior, fue calificado como una *"omisión absoluta de legislar en un tema de ejercicio obligatorio"*. El proyecto inicial propuso declarar fun-

dado este concepto de invalidez; sin embargo, sólo se obtuvieron 5 votos en este sentido, de tal suerte que, finalmente se desestimaron las acciones de inconstitucionalidad –respecto de la omisión legislativa- al no haberse obtenido una mayoría calificada de ocho votos.

Desde nuestra consideración, con estas resoluciones la Suprema Corte, no sólo ha delimitado su propia competencia y establecido jurisprudencialmente una causal de improcedencia para las acciones de inconstitucionalidad; sino que, además ha creado un vacío de control constitucional, con lo cual se favorece la permanencia del vicio de inconstitucionalidad consistente en la omisión legislativa absoluta, la cual, como hemos señalado deriva del incumplimiento de un mandato de legislar y limita la eficacia de las normas constitucionales. Por tanto, estimamos que este es uno de los más grandes pendientes del Derecho Procesal Constitucional Mexicano.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y OMISIONES RELATIVAS

Como hemos adelantado, en 1952, Wessel fue el autor que sentó las bases de la distinción entre las omisiones absolutas y relativas. En este último caso, el autor identificó su relación con los casos en que el órgano legislativo desplegó su actuar para la creación de una norma ordenada por la Constitución, pero que omitió considerar grupos o destinatarios concretos en normas de derechos humanos, es decir, centró su atención en la violación al principio de igualdad, lo que permitía que el ejercicio jurisdiccional se viera desde la óptica de una inconstitucionalidad tradicional, por su no conformidad con la norma suprema[25].

A través del desarrollo jurisprudencial tanto nacional como extranjero, las omisiones relativas, o también llamadas parciales, han adquirido entidad propia y se les reconoce y otorga el tratamiento específico como un tipo de inconstitucionalidad autónomo; sin embargo, al menos en México, en muchos casos todavía se opta por reconducir el vicio hacia una inconstitucionalidad común o tradicional, lo que finalmente, se traduce en una falta de certeza jurídica respecto de la respuesta jurisdiccional que se tendrá ante las alegaciones correspondientes[26].

---

[25] Rangel Hernández, Laura, "Omisiones legislativas relativas o parciales", en Ferrer Mac-Gregor et al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* México, IIJ-UNAM, 2014.

[26] Por ejemplo tenemos estos casos: *1) Acciones de inconstitucionalidad 22/2001, 23/2001 y 24/2001 (acumuladas)*. Diversos partidos políticos promovieron acción de inconstitucionalidad solicitando se decretara la invalidez del decreto que, entre otros, reformó el artículo 38 de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, publicado el 10 de mayo de 2001.

Entonces, las omisiones relativas o parciales, para ser constitucionalmente relevantes, deben siempre provenir de un mandato de legislar, el cual debe tener el carácter de una competencia de ejercicio obligatorio,[27] provocar una violación a la constitución y limitar la eficacia plena de sus normas; y traducirse en el ejercicio de la actividad legislativa que adolece de insuficiencia o incompletitud, por lo cual también se les ha identificado como una "deficiente regulación"[28]. En cuanto a la entidad de las normas

---

Entre otras cosas, se alegó que dicha ley excluyó a los partidos políticos de reciente creación, o que no tuvieran antecedentes electorales en las elecciones para diputados, del financiamiento público para "actividades generales", a que tienen derecho conforme a la Constitución federal. Si bien este asunto claramente puede configurar una omisión legislativa, en sede judicial no se le dio dicho tratamiento, sino que por su carácter parcial, se prefirió reconducir el vicio hacia una falta de concordancia de la ley electoral con la Constitución, e implicar una violación a la garantía de igualdad. *2) Acción de inconstitucionalidad 27/2002*. El Partido de la Revolución Democrática promovió acción de inconstitucionalidad, impugnando la Ley Orgánica del Instituto Electoral del Estado de Quintana Roo, por diversas cuestiones. En lo que nos ocupa, la Corte admitió que: *"atendiendo a lo contemplado por el numeral 38 impugnado, y toda vez que en éste no se prevé tiempo o plazo máximo en que el Director Jurídico del Instituto Electoral puede fungir como sustituto del Secretario General, es manifiesto que tal omisión resulta violatoria del principio de certeza a que alude el artículo 116, fracción IV, inciso b) de la Constitución Federal, ya que trae consigo la posibilidad de que como se argumenta por el partido promovente, el Director Jurídico del Instituto Electoral se convierta implícitamente en el Secretario General de éste, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos para ocupar dicho cargo".* Y por tanto, declaró la invalidez del citado artículo impugnado, sin que este análisis fuera referido propiamente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. *3) Acción de inconstitucionalidad 24/2004*. Promovida por Diputados del Congreso del Estado de Campeche, demandando la invalidez de diversos artículos de la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado. Si bien en los conceptos de invalidez no se establece expresamente la alegación de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, de la lectura de la demanda, se desprende con bastante claridad que la impugnación deriva de la omisión imputable a la legislatura local de establecer la garantía de audiencia previa a la imposición de sanciones a los infractores de la ley reclamada. De la versión estenográfica de la sesión del Pleno de la Corte, correspondiente al 2 de Agosto de 2007, se desprende que el dictamen recogía el tema de la omisión legislativa e incluso se proponía en el resolutivo tercero requerir al Congreso de Campeche para que adecuara los preceptos declarados inconstitucionales. No obstante, durante la discusión del asunto, se optó por reconducir a una inconstitucionalidad digamos "tradicional", entendiendo que los preceptos legales invocados violentan el artículo 14 constitucional y por tanto la garantía de audiencia, al no establecer la misma en la ley impugnada.

27 Rangel Hernández, Laura, "Omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio obligatorio y potestativo", en Ferrer Mac-Gregor et al., *Diccionario de Derecho Procesal… cit*.

28 Como se puede apreciar de la lectura de los casos aquí presentados, la Corte ha utilizado reiteradamente el concepto de "deficiente regulación", para identificar a la omisión legislativa relativa o parcial. Al respecto destaca la jurisprudencia: *"Acción de inconstitucionalidad. Si bien es improcedente contra una omisión absoluta en la expedición de una ley, no lo es cuando aquélla sea resultado de una deficiente regulación de las normas*

omitidas, si bien las omisiones relativas pueden incurrir en violación al principio de igualdad, ésta no es la única posibilidad de configuración, toda vez que también puede suscitarse por haber excluido algún supuesto normativo que debió considerarse, en atención al contexto y mandato constitucional; o bien puede provenir de omisiones relacionadas con garantías institucionales, el ejercicio de competencias por parte de autoridades, entre otras posibilidades.

A continuación algunos ejemplos en los que se han analizado omisiones legislativas relativas en la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte mexicana.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006[29]

Senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión promovieron acción de inconstitucionalidad, demandando la invalidez de diversos artículos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, así como de ciertos artículos transitorios del propio decreto, donde constan las modificaciones a las mismas. Se alegaron diversos conceptos de invalidez, entre ellos una omisión legislativa.

El dictamen emitido por el Ministro Ponente estimó fundado el argumento consistente en *"la omisión del legislador de regular el acceso para la prestación del servicio de radiodifusión en relación con los pueblos y comunidades indígenas"*, sostuvo la existencia de un mandato constitucional expreso de legislar, -facultad de ejercicio obligatorio a cargo del Congreso

respectivas". Novena Época, 166041, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXX, noviembre de 2009, Tesis: P./J. 5/2008, constitucional, p. 701. No obstante lo anterior, en el voto concurrente que formulan los Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Luis María Aguilar Morales, en la relación con la resolución de la acción de inconstitucionalidad 39/2009 y su acumulada 41/2009, plantean una distinción que antes no se había presentado, al sostener que: *"en realidad constituye una deficiente regulación y un defectuoso acatamiento al artículo 116, fracción VI, inciso l), de la Constitución General, pero no así una omisión" […] "era necesario sostener que no se está frente a una omisión legislativa, sino ante una regulación insuficiente que no colma lo ordenado por el artículo 116, fracción VI, inciso l) de la Constitución General, respecto de la cual este Alto Tribunal puede señalar que es responsabilidad del órgano legislativo correspondiente subsanar a la brevedad posible la deficiencia; mientras que, frente al primer supuesto (omisión legislativa) no se podría dar el efecto de que el órgano legislativo respectivo emitiera las normas que se consideren fueron omitidas"*. Habrá que esperar para ver el rumbo que toma esta situación.

[29] Respecto de esta acción, véase Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis referido al caso "Ley de Medios"*, México, IIJ-UNAM, 2009.

federal-, establecido en el artículo 2°, apartado B de la Constitución, que prevé la obligación de *"establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen"*. Lo anterior fue asumido como una omisión relativa o parcial.

El tema en cuestión fue objeto de profundos debates en el Pleno, aunque en la sentencia de 7 de junio de 2007 se determinó declarar improcedente la acción de inconstitucionalidad respecto de la omisión legislativa denunciada. Se señaló lo siguiente: que el artículo 105 constitucional, "*no establece la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales secundarios a las prescripciones de la Constitución Federal, sino que tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, ya que a través de este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico nacional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez, alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, se trata de una acción de nulidad y no de condena a los cuerpos legislativos del Estado mexicano para producir leyes*".

De esta transcripción se desprende que, a pesar de existir una norma que podía ser confrontada con la Constitución, como había sido previamente aceptado, lo cual también había permitido el análisis de las omisiones legislativas parciales, en este caso el argumento de fondo para negar la procedencia, subyace en el efecto que produce la sentencia en la acción de inconstitucionalidad, el cual está encaminado a decretar la nulidad de las normas secundarias cuya incongruencia con la Constitución se haya constatado; situación que, evidentemente, no puede suceder en el caso de la omisión legislativa, pues no puede declararse inválido algo que no existe, y en cambio, se podría traducir en la "condena" de legislar.

Acción de inconstitucionalidad 118/2008

El Partido de la Revolución Democrática, promovió acción de inconstitucionalidad en la que solicitó la invalidez del decreto de reformas a los artículos 82 y 105 del Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos, publicado en el periódico oficial el 2 de octubre de 2008. Entre otras cuestiones se alegó el incumplimiento de establecer una regla respecto de recuentos totales o parciales de votación.

En su análisis, la Suprema Corte encuentra que, tal como lo aduce el promovente, existe una omisión legislativa relativa en competencia de ejer-

cicio obligatorio. Con base en el mandato establecido en la reforma a la Constitución federal en materia electoral, (13 de noviembre de 2007), el Congreso estatal emitió el Código Electoral, pero el cumplimiento a dicho mandato "*resulta deficiente en lo relativo a los supuestos y reglas de recuentos parciales o totales en sede administrativa y jurisdiccional"*.

En razón de lo anterior, la Corte estimó procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad intentada por lo que hace a la omisión legislativa imputable al Congreso del Estado de Morelos. Por ello, en la parte resolutiva de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2008, dispuso: *"el órgano legislativo de esa entidad federativa deberá legislar a la brevedad posible, para suplir la deficiencia legal apuntada, la que deberá quedar subsanada antes de la celebración de la próxima jornada electoral, es decir, antes del día cinco de julio de dos mil nueve"*.

Entonces, en este caso, el Pleno admitió la procedencia de la acción contra omisiones parciales, e incluso conminó al órgano legislativo a subsanar la omisión dentro del plazo señalado. Además, de este asunto se derivó la tesis: *"Recuento de votos en sedes administrativa y jurisdiccional. La omisión legislativa que incumple el mandato previsto en el artículo 116, fracción IV, inciso l), constitucional, actualiza la procedencia de la acción de inconstitucionalidad y obliga al legislador ordinario a subsanar la deficiencia de la legislación electoral estatal*".[30]

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009.

Partidos políticos interpusieron acciones de inconstitucionalidad en contra del Código Número 307 Electoral para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en la Gaceta Oficial del Gobierno de dicho Estado el 22 de diciembre de 2008. Sobre el tema que nos ocupa, se alegó una omisión, consistente en la ausencia de regulación de las denominadas *"Agrupaciones de Ciudadanos de un Municipio"*, respecto de lo cual se determinó la no existencia de obligación de legislar sobre ese tema.

Por otra parte, se alegó una omisión "absoluta" en la regulación del recuento parcial y total de votos en sede jurisdiccional, misma que, una vez constatada, fue reclasificada por la Corte como una "deficiente regulación" sobre el tema, es decir, aunque no le llamó con este nombre, se alude a una omisión legislativa parcial. De este modo, declaró fundado el concepto de invalidez respectivo, en la sentencia de 24 de septiembre de 2009.

[30] Novena Época, 166839, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXX, julio de 2009, Tesis: P./J. 68/2009, constitucional, p. 1455.

Acción de inconstitucionalidad 21/2009

El Partido de la Revolución Democrática interpuso acción de inconstitucionalidad en contra de los decretos mediante los cuales se expidieron el Código Electoral y la Ley de Medios de Impugnación de Tamaulipas. Previos los trámites de ley, dentro del análisis considerativo de la sentencia —de 25 de agosto de 2009—, la Corte declaró procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de las omisiones encontradas, las cuales clasificó como *"relativas en competencia de ejercicio obligatorio" y declaró "la invalidez de los artículos 24, párrafo último, y 321 del Código Electoral del Estado de Tamaulipas, en tanto presentan una omisión legislativa relativa consistente, respectivamente, en regular de manera deficiente las bases del principio de representación proporcional en la integración del Congreso estatal, al desatender el establecimiento de un límite a la sobrerrepresentación del partido dominante, y en regular de manera deficiente las sanciones aplicables a los sujetos de responsabilidad mencionados en el precepto 311, fracción V, del propio Código, por las conductas previstas en el ordinal 315 del mismo ordenamiento".* Además, determinó que las omisiones indicadas deberán subsanarse *"a la brevedad posible con anterioridad a que inicie el próximo proceso electoral"* a celebrarse en la entidad.

De este asunto se derivaron las siguientes tesis: 1) "*Omisión legislativa. La falta de previsión de las sanciones que deban imponerse ante las faltas en materia electoral, es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio*"[31]. 2) "*Omisión legislativa. La falta de regulación del límite de sobrerrepresentación del partido dominante en el Congreso del Estado de Tamaulipas es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio*"[32].

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 27/2009, 29/2009, 30/2009 y 31/2009

Diversos partidos políticos promovieron acciones de inconstitucionalidad, solicitando la invalidez del Decreto mediante el cual se aprobó el Código Electoral de Aguascalientes, publicado el 26 de enero de 2009. Entre otras cuestiones, se hicieron valer omisiones relativas, como se ve a continuación.

---

[31] Novena Época, 165211. Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXXI, febrero de 2010, Tesis: P./J. 16/2010, constitucional, p. 2324.

[32] Novena Época, 165210, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXXI, febrero de 2010, Tesis: P./J. 15/2010, constitucional, p. 2325.

En la resolución del caso (10 de noviembre de 2009), la Corte sostuvo que *"en relación con la omisión planteada respecto del establecimiento de la medida del recuento de votos que deben prever los Estados, (según lo establece el artículo 116, fracción IV, inciso l) constitucional, de la lectura del Código Electoral Local) resulta infundado el planteamiento de omisión hecho valer, debido a que el legislador del Estado de Aguascalientes sí estableció reglas para el recuento total o parcial de votos, tanto en sede administrativa como jurisdiccional"*.

Por otra parte, en cuanto a la omisión que se hace valer consistente en que no se previó la posibilidad de celebrar convenios entre el estado y el Instituto Federal Electoral para la organización de las elecciones estatales, la Corte encontró que, efectivamente no se hace mención expresa alguna sobre la facultad del Instituto Estatal de la entidad para celebrar convenios de dicha naturaleza; en tal virtud, declara fundada la omisión legislativa aducida y resuelve lo siguiente: "*En consecuencia y dado el inminente comienzo del próximo proceso electoral en la entidad, este Alto Tribunal desde esta sede judicial, determina por aplicación directa del artículo 116, fracción IV, inciso d) de la Constitución Federal, que el Consejo General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Aguascalientes, inclusive para la elección inmediata, está facultado para que en caso de así decidirlo, celebre este convenio con el Instituto Federal Electoral, sin perjuicio de que el legislador local, legisle a la brevedad posible, para suplir la deficiencia legal apuntada"*.

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 39/2009 y 41/2009

El Partido de la Revolución Democrática y Partido Acción Nacional, promovieron acciones de inconstitucionalidad, solicitando la invalidez de los decretos por los que se reforman disposiciones de la Constitución Política, la Ley Electoral, la Ley Orgánica del Tribunal Electoral, la Ley Orgánica del Instituto Electoral y la Ley Estatal de Medios de Impugnación en Materia Electoral, todas del Estado de Quintana Roo.

Diversos conceptos de violación fueron aducidos, entre ellos, una omisión legislativa parcial, imputable al legislador local, al no haber previsto los supuestos para llevar a cabo los recuentos parciales o totales de las votaciones. En las discusiones del Pleno se presentó un amplio debate respecto de la procedencia de la omisión legislativa en la acción de inconstitucionalidad, así como en cuanto a su caracterización, y posibles efectos de la sentencia respectiva. La cual se dictó el 19 de enero de 2010 y finalmente *"declara fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Quintana Roo consistente en regular*

de manera deficiente, los supuestos y las reglas de los recuentos parciales o totales en los ámbitos administrativo y jurisdiccional previstos en el inciso l) de la fracción IV del numeral 116 de la Constitución General de la República. En consecuencia, es responsabilidad de ese órgano legislar a la brevedad posible para corregir la deficiencia apuntada, en los términos indicados en el último considerando de esta resolución".

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 14/2010, 15/2010, 16/2010 y 17/2010

Partidos políticos promovieron acción de inconstitucionalidad, en contra del Decreto por el que se reformó la Constitución Política, así como por el que se expidió el Código Electoral y por el que se reforma la Ley de Medios de Impugnación en Materia Político-Electoral y de Participación Ciudadana, todos para el Estado de Coahuila y publicados en el Periódico oficial de la entidad el 29 de junio de 2010.

Se hicieron valer diversos conceptos de invalidez, entre ellos la omisión de regular lo relativo al recuento de votos en sede jurisdiccional. Al respecto, la Suprema Corte estimó fundado el argumento planteado[33]. Consecuentemente, mediante sentencia de 25 de octubre de 2010, resolvió que: "*se declara fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Coahuila, consistente en regular de manera deficiente en el Código Electoral de esa entidad federativa, los supuestos y reglas de los recuentos parciales o totales en el ámbito jurisdiccional, prevista en el inciso l) de la fracción IV del numeral 116 de la Constitución Federal. En consecuencia, el órgano legislativo de dicho estado deberá legislar a la brevedad posible, para corregir la deficiencia apuntada, antes de la celebración de la jornada electoral estatal del primer domingo de julio de 2011"*

Los anteriores ejemplos, muestran una tendencia reiterada a decretar la procedencia del vicio de omisión legislativa en las acciones de inconstitucionalidad, únicamente por lo que hace a las omisiones de carácter relativo o parcial, que provienen de un mandato concreto de legislar. También podemos apreciar que, si bien la omisión legislativa puede recaer en normas con diverso contenido normativo, la mayor parte de los asuntos planteados

[33] Se apoyó en la tesis de jurisprudencia titulada "Recuento de votos en sedes administrativa y jurisdiccional. La omisión legislativa que incumple el mandato previsto en el artículo 116, fracción IV, inciso l), constitucional, actualiza la procedencia de la acción de inconstitucionalidad y obliga al legislador ordinario a subsanar la deficiencia de la legislación electoral estatal". Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XXX, julio de 2009, Tesis: P./J. 68/2009, p. 1455.

son de carácter electoral, tanto los que se han mostrado en este trabajo, como otros que por sus peculiaridades no han sido incluidos. Finalmente queremos resaltar también la constante del señalamiento de un plazo para la expedición de las normas de desarrollo constitucional, lo cual constituye una práctica común en el derecho constitucional mexicano.

VALIDACIÓN DE LA ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA LOCAL

Para finalizar este trabajo, plantearemos dos acciones de inconstitucionalidad, cuyo contenido y resolución ha incidido en gran medida y de manera positiva en el Derecho Procesal Constitucional Local y, en específico en la acción por omisión legislativa a nivel estatal. Como habíamos adelantado, algunas entidades federativas han incluido en sus constituciones y en sus leyes de "control" o "justicia" constitucional[34] una garantía constitucional específica para el análisis de la omisión legislativa que vulnera sus normas supremas estatales; a pesar de que ésta es una práctica común en ejercicio de la potestad del constituyente reformador, en ciertos casos ha encontrado objeción por algunos actores políticos, como se muestra a continuación.

Es el caso que el Procurador General de la República, promovió acción de inconstitucionalidad, que se registró con el número 8/2010, en la que solicitó la invalidez de los artículos 30, fracción XLI, 70, fracciones III y IV y 71 de la Constitución Política de Yucatán, publicado el 17 de mayo de 2010 en el Periódico Oficial de la entidad, en relación con los medios de control constitucional local; particularmente, la acción por la acción por omisión legislativa en que incurran el Congreso, el Gobernador y los ayuntamientos (así como las cuestiones de control previo de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por la Legislatura).

El promovente afirmó que la norma combatida *"es contraria a los artículos 14, 115 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque la figura jurídica o medio de control constitucional llamado acción por omisión legislativa o normativa, imputable al Congreso, al Gobernador o a los ayuntamientos, sobrepasa el verdadero objetivo de control constitucional a nivel local, puesto que el Poder Judicial, a través del Pleno del Tribunal*

[34] Como en las siguientes: Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas, Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Ley de Control Constitucional del Estado de Nayarit, Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro, Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Ley del Control Constitucional del Estado de Tlaxcala y Ley de Justicia Constitucional para el estado de Yucatán.

Superior de Justicia, al resolver se coloca por encima de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de los municipios".

Para la resolución del asunto, la Suprema Corte realizó un amplio y detallado análisis de la acción por omisión legislativa y señaló que *"conviene destacar que la acción de que se trata no procede de manera oficiosa y únicamente se refiere a omisiones legislativas o normativas respecto de facultades de ejercicio obligatorio, siempre que se afecte el debido cumplimiento o se impida la eficacia de la Constitución o de las leyes locales, por lo que no es factible la intromisión, subordinación o dependencia respecto del ejercicio de la facultad soberana o autónoma de los órganos obligados —Congreso, Ejecutivo o Ayuntamientos—, si la sentencia que, en su caso dicte el Tribunal constitucional, sólo vincula a subsanar la omisión ante la existencia de una obligación o mandato previamente regulado en la Constitución o en las leyes"*. Por tanto, concluye que: *"no existe prohibición constitucional de establecer medios de control judiciales en el orden estatal, por los que se pueda supervisar y exigir el cumplimiento de los plazos y requisitos que derivan de las normas emitidas por Poder Legislativo estatal, respecto de los órganos facultados para emitir normas generales en el ámbito que a cada uno corresponde"*.

Como consecuencia de lo anterior, mediante sentencia de 22 de marzo de 2012, la Corte resolvió que es procedente y parcialmente fundada la acción de inconstitucionalidad hecha valer, y por tanto, *"se reconoce la validez de las fracciones III y IV del artículo 70, así como del artículo 71, ambos de la Constitución Política del Estado de Yucatán, reformados mediante decreto publicado el diecisiete de mayo de dos mil diez, en el Diario Oficial del Gobierno del Estado"*.

Pese a lo anterior, posteriormente, también el Procurador General de la República, promovió acción de inconstitucionalidad, que se radicó con el número 11/2011 en la que solicitó la invalidez de diversos artículos de la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán, contenidos en el decreto 389, publicado en el periódico oficial de la entidad de 1º de marzo de 2011, dentro de los cuales se inserta la regulación de la acción contra la omisión legislativa en el estado.

Al analizar los argumentos planteados, en términos generales, la Corte estableció que no hay violación al principio de división de poderes, ni a la facultad legislativa o reglamentaria de las autoridades estatales o municipales, y reiteró que *"la facultad del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán antes mencionada no sólo se encuentra establecida en las normas en estudio sino en el artículo 70, fracción III, de la Constitución de la entidad, cuya validez fue reconocida por este Alto Tribunal mediante la resolución dictada el 22 de marzo de 2011 en la acción de inconstitucionalidad 8/2010"*.

En razón de lo anteriormente expuesto, mediante sentencia de 2 de julio de 2013, se declaró procedente e infundada la acción de inconstitucionalidad intentada y, por tanto, se reconoció la validez de los artículos 5, fracciones III y IV, y 99 a 130 de la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán.

Lo anterior muestra que si bien la intención del Procurador General de la República fue eliminar a la acción por omisión legislativa en el estado de Yucatán, por considerarla violatoria de la división de poderes, en realidad lo que sucedió es que se validó su constitucionalidad, en sus términos y con las características que a nivel constitucional y legislativo le otorgó el estado. Todo lo anterior, se logró a través del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, con lo cual se cumple el objetivo de garantizar la regularidad constitucional del orden jurídico, en este caso local; además se abonó en la construcción del Derecho Procesal Local en la entidad y en la pertinencia de contar con una garantía constitucional para el análisis de la omisión legislativa que pueda resultar inconstitucional.

…

En las líneas anteriores hemos presentado un panorama de la interacción entre la acción abstracta de inconstitucionalidad y el vicio de omisión legislativa que puede violentar la Constitución, ya sea local o federal. Esto nos ha permitido mostrar que la Suprema Corte estableció jurisprudencialmente una causal de improcedencia que impide el análisis de las omisiones legislativas absolutas o totales en la acción de inconstitucionalidad, lo cual, como hemos mencionado lleva a permitir la persistencia de la irregularidad constitucional causada por el incumplimiento completo de un mandato de legislar, inclusive en temas tan relevantes como todo el sistema estatal de justicia para adolescentes, y otras cuestiones de carácter electoral.

Aunque, si vemos la otra cara de esta moneda, encontramos que esto ha permitido sustentar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en las omisiones relativas o parciales, que también provengan de un mandato de legislar, en lo que se conoce como competencias de ejercicio obligatorio y que violenten la Constitución al no permitirle desplegar su eficacia plena, las cuales han sido identificadas por la Corte como una deficiente regulación en la materia respectiva. Lo anterior, se logró a base de la resolución de diversas acciones que han llegado a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no sin acalorados debates, resistencias internas e, inclusive, cambios de criterio, lo que demuestra que el tema es, todavía, altamente controvertido y su continuidad queda sujeta a las deliberaciones e integración del Alto Tribunal.[35]

[35] Como una muestra de la dificultad que entraña el tema, véase "El Control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión", en Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo

También se ha puesto de manifiesto la importancia de la acción de inconstitucionalidad, en la construcción de la regularidad del orden jurídico mexicano, al tener una incidencia en el análisis y eventual expulsión del orden jurídico de normas inconstitucionales, así como en la clarificación de la existencia de omisiones legislativas que violentan la constitución con la finalidad de que cese tal situación, a través del dictado de las normas omitidas; e inclusive, en la validación de los medios de control constitucional local, como se señaló, entre otros, respecto de la acción por omisión legislativa en el estado de Yucatán.

Bibliografía

Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis referido al caso "Ley de Medios"*, México, IIJ-UNAM, 2009.

León Hernández, David, A*cción de inconstitucionalidad en el Derecho Mexicano,* México, Ángel Editor, 2006.

Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional No. 33, Porrúa, 2009.

_____, "Omisiones legislativas relativas o parciales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* México, IIJ-UNAM, 2014.

_____, "Inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana", en *Propuestas Concretas para Enriquecer el Orden Jurídico Nacional*, Col. Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, Themis, 2008.

_____, "El control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las legislaciones procesal-constitucionales locales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho Procesal Constitucional Local. Nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos. Una guía práctica,* México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional No. 103, Porrúa, 2014.

de Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, cap. XXIV, México, Porrúa-UNAM-Marcial Pons, 2008. *http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2553/26.pdf*

Reyes Reyes, Pablo E., *La acción de inconstitucionalidad*: *Derecho Procesal Constitucional,* México, Oxford, 2000.

Internet

"El control de las omisiones legislativas en México. Una Invitación a la reflexión", en Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, t VIII, procesos constitucionales orgánicos, cap. XXIV, México, Porrúa-UNAM-Marcial Pons, 2008. *http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2553/26.pdf*

"La Controversia Constitucional como medio de control de las omisiones legislativas inconstitucionales. En busca de una teoría jurisprudencial en la materia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Danés Rojas, Edgar (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2011. *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/9.pdf*

Rangel Hernández, Laura, *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, IIJ-UNAM, 2013. *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3348*

El proceso debido y las pruebas de carácter secreto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿un dilema irresoluble?

Miguel Revenga Sánchez[*]

Sumario: 1. Introducción: a vueltas con el proceso debido. 2. La saga *Kadi/OMPI*: una ojeada sobre las listas y el control sobre los criterios que determinan la inclusión en ellas. 3. Enfocando las cosas de cerca: el caso *Z contra el Secretario de Estado de Interior*. 4. La reforma del reglamento del Tribunal General. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Introducción: a vueltas con el proceso debido

Aunque se dice a veces que la "madre" de todas las libertades propias del Estado constitucional es la libertad de conciencia, no cabe duda de que al debido proceso le corresponde el honor de ser el derecho con mayor transfondo histórico. El "mediante el *juicio legal* de sus pares" de la célebre cláusula 39 de la *Magna Charta Libertatis* encierra ya, en la expresión un tanto pleonástica que hemos resaltado, todo el "programa" por cumplir para que la actuación de la Administración de Justicia en el cumplimiento de su cometido de resolver "casos y controversias" se ajuste en el modo de hacerlo a las exigencias de un proceso al que quepa calificar, con razón, con razón constitucional, podría decirse, de proceso "equitativo". Las expresiones proceso "equitativo" o "con todas las garantías" (según la fórmulas que emplean el Convenio de Roma de 1950 y la CE de 1978, respectivamente) son la traslación del *due process of law*, un sintagma cuyo desarrollo práctico es clave – quizá *la clave* – para entender la suerte de los derechos y de las "libertades civiles" en los Estados Unidos y quizá no tanto, aunque también, en el Reino Unido a partir de aquella estipulación del *juicio legal* que se enunciara en el año 1215.

En el mundo de nuestros días y singularmente en el de una Europa, la de la Unión, que se califica a sí misma una comunidad de derecho comprometida con la vigencia de los derechos fundamentales, el debido pro-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

ceso es también, desde luego, un enunciado *performativo*; un "activo" del patrimonio jurídico europeo, cuyas connotaciones desbordan claramente las estipulaciones concretas recogidas en esta o en aquella Tabla o Declaración de derechos (o en esta o aquella ley interna) para conformar un compacto de exigencias jurídicas y culturales que sintetizan el cómo y el porqué de la administración de justicia en el Estado constitucional de derecho. Compárese la letra de ese artículo-río que es el artículo 6, sobre el proceso equitativo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) con el enunciado mucho más sobrio de los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Todo lo necesario que podía parecer en 1950 establecer las líneas maestras y *estructurales* de la actuación de los tribunales de justicia y pormenorizar los derechos del acusado, se reescribe en 2000 de forma más lapidaria y con conciencia de que ello no va en desmedro de lo que se exige a los tribunales ni de lo que se garantiza a quienes se ven afectados por la actuación de ellos. El laconismo es quizá un lujo que se puede permitir quien sabe que basta con una síntesis para asumir de manera tácita, pero inequívoca, todo un caudal de jurisprudencia enunciada y asentada por espacio de años. Y aunque es verdad que nunca se acabará de discutir sobre las técnicas de articulación de los derechos fundamentales y sobre las ventajas y los inconvenientes de ser abstracto o concreto a la hora de garantizarlos, lo cierto es que normalmente la dificultad de "los casos y las controversias" que tienen que decidir los tribunales no provienen tanto de la mayor o menos apertura que cabe encontrar en el texto, cuanto de la necesidad de "procesar" demandas y pretensiones sobre las que concurren visiones e intereses enfrentados, todos ellos merecedores de iguales oportunidades de expresión y defensa. Máxime si hablamos de decisiones judiciales que tienen que revisar lo realizado en instancias anteriores y (en el caso de los tribunales supranacionales) con formulaciones jurídicas que pueden tener importantes diferencias de matiz y en contextos de entendimientos que pueden ser también divergentes en mayor o menor medida.

En una materia como la de la tutela *europea* de los derechos fundamentales, me parece evidente que la cuestión del proceso debido importa. Con un punto de exageración, podría decirse que allí donde no hay objeciones en punto al cumplimiento del proceso debido, las expectativas de tutela de los derechos aumentan exponencialmente, si bien nunca deberíamos pasar por alto ciertas evidencias que a veces tendemos a olvidar: la del carácter (normalmente) irreversible de las vulneraciones de los derechos fundamentales, por un lado, y de otro lado la de la dificultad creciente que supone conseguir una tutela verdaderamente efectiva cuanto más tenga que sostenerse una pretensión en el tiempo. Dicho esto, hay que apresurase a añadir que la denuncia de vulneraciones en materia de debido proceso sí puede

aspirar a un grado de *restitutio in integro* que normalmente no se da cuando son otros los derechos sobre los que se discute; aunque sería ingenuo no reconocer que las perspectivas de satisfacción cambian cuando se trasciende del ámbito nacional al ámbito europeo, pues tanto en el sistema del Convenio como en el marco de la Unión, no es raro que la decisión jurisdiccional europea se nos aparezca con un valor "objetivo" que sobrepasa con creces el aspecto "reaccional" del asunto, esto es, el alumbrado por el puro afán de ver satisfechas expectativas subjetivas de justicia.

La existencia de material probatorio declarado oficialmente como reservado o secreto supone siempre un desafío para las exigencias del proceso debido. Pero es que además, si hay un ámbito en el que nos sea factible constatar que los tribunales de la Unión han extraído de la CDFUE todo su potencial para actuar como tribunales de defensa de los derechos fundamentales frente a determinados excesos de no importa qué autoridades o poderes públicos, tal es el ámbito de la lucha contra el terrorismo. En algunos trabajos nuestros anteriores hemos analizado las fortalezas y debilidades de la respuesta europea en dicho ámbito, y con referencia a cuestiones tan diversas como el derecho a la intimidad y el conflicto entre la Unión y Estados Unidos a propósito del PNR y el código SWIFT, la prohibición de tortura y las "entregas extraordinarias", o la cuestión de las *smart sanctions* y la elaboración, a efectos de congelación de fondos y otras restricciones, de "listas negras" de organizaciones y de individuos vinculados con el terrorismo.[1] Toca ahora ocuparse más de cerca de una cuestión que está estrechamente relacionada con esta última vertiente de la lucha contra el terrorismo, en un análisis que quiere centrarse en la perspectiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ello procederemos del siguiente modo. En primer lugar, haremos una rápida referencia a la saga de casos *Kadi/OMPI* que es, nos parece, el punto a partir del cual el uso de información clasificada como secreta comenzó a presentarse como un problema relevante para el Tribunal de Justicia. En segundo lugar, analizaremos lo que puede ser tenido como el *leading case* en el que el TJ se ocupa de lleno del problema. A continuación abordaremos la solución que se ha plasmado en el nuevo reglamento de funcionamiento del TJ, Y terminaremos con algunas breves consideraciones a modo de conclusión.

[1] Permítaseme la remisión a mis trabajos "El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)" en AA.VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico (XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* Madrid, CEPC-TC, 2016, pp. 71 y ss, así como "Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea (a propósito de las *listas negras* y otras *anomalías* de la Unión", *Revista Vasca de Administración Pública,* 82 (2008), pp. 235 y ss.

2. La saga Kadi/OMPI: una ojeada sobre las listas y el control sobre los criterios que determinan la inclusión en ellas

Con la perspectiva que dan los cuatro años transcurridos desde la última de las Decisiones dictadas por un tribunal europeo con el trasfondo de la inclusión del señor Kadi en una lista de individuos vinculados con el terrorismo, puede decirse que la saga de decisiones sobre ese asunto resultó decisiva para situar al Tribunal de Justicia como un tribunal activo e importante en la defensa de los derechos, a escala europea y a escala global.[2] A partir de la Sentencia del caso conocido como *Kadi II*, el TJ se reivindicó como un Tribunal con capacidad para revisar el fondo de determinadas actuaciones de autoridades supranacionales, no obstante el valor indeclinable del *ius cogens* y el carácter de las obligaciones establecidas para los Estados en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas. La litigación *Kadi* puede ser tenida como un "momento glorioso" en la vida constitucional de la Unión. El tránsito desde la deferencia hacia el Consejo de Seguridad hasta la reafirmación del derecho a la plena revisión para preservar un núcleo normativo *duro* dentro de la Unión constituido precisamente por el compromiso con los derechos fundamentales (que es lo que hace el TJ en *Kadi II*) es ciertamente un *tour de force* para la identificación de un espíritu y de un lenguaje constitucional en el proceso de integración, pero no debe ser leído como la reivindicación de un margen de autonomía de actuación desentendido de todo lo que implica la lucha contra el terrorismo a nivel internacional y el papel dirigente que en ella pueda desempeñar el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

[2] La "saga" Kadi está compuesta por las cuatro decisiones sucesivas de los cuatro órganos jurisdiccionales de la Unión en sus distintas articulaciones antes y después del Tratado de Lisboa. Comenzó en 2005 con la del Tribunal de Primera Instancia (Kadi I) y prosiguió con la resuelta en casación, en septiembre de 2008, por la Gran Sala del Tribunal de Justicia (Kadi II). A ellas hay que añadir las dos que se produjeron a raíz de una nueva reclamación del sr Kadi, después de que el Comité de Sanciones de la ONU, tras la sentencia Kadi II, le hiciera entrega de un compendio de las razones determinantes de su inclusión en la lista. En 2010 el Tribunal General (que reemplazó tras Lisboa al TPI) anuló, en el caso conocido como Kadi III, la Regulación de la Comisión en cuya virtud se había mantenido al sr. Kadi dentro de la lista, no obstante las alegaciones formuladas `por él en contra de las razones expresadas por el Comité de Sanciones. Y finalmente, en Kadi IV, el (nuevo) Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó en julio de 2013 el recurso interpuesto contra la decisión anterior por la Comisión, el Consejo y el Reino Unido. Con carácter general, puede verse G. Martinico, F. Fontanelli y M. Avbelj (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial,* Londres, Routledge, 2014; también, con una resumen de las Conclusiones del Abogado General, Maduro, y de la propia Sentencia Kadi II, Miguel Revenga, "Convergencias y divergencias en la lucha contra el terrorismo. Caso *Kadi y Al Barakaat contra el Consejo y la Comisión*", en Miguel Revenga y Cristina García Pascual (eds.), *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, Madrid, CEPC, 2015.

Todo el debate *Kadi* puede, en efecto, resumirse en la cuestión de hasta qué punto puede conocer las razones (y tener acceso al material probatorio) aquella persona que es objeto de una decisión que le vincula con una organización terrorista. Es evidente que la eficacia de una medida como la de la congelación o el embargo de fondos depende en muy buena medida del factor sorpresa. Pero precisamente, es ese imperativo el que hace de la inclusión una lista y del embargo de fondos un hecho consumado, el que hace tan problemática la cuestión de los fundamentos de la decisión. A tales efectos, el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad o quienquiera que sea el que toma la decisión, depende de la información que le suministran los Estados. Y en el caudal de las razones que estos puedan aportarle no es raro que el peso decisivo lo tengan pruebas recabadas e informes elaborados por los servicios de inteligencia que, a su vez, están cubiertos por el sello de secreto en los Estados de los que proceden. Con esta lógica se actúa y nadie discute hoy que difícilmente podría ser de otra manera. Más bien al contario: si hay alguna tendencia consolidada en la lucha contra el terrorismo internacional es el consenso sobre la necesidad de adelantar la respuesta punitiva para incluir actuaciones que puedan denotar voluntad de cometer actos terroristas o de colaborar con quienes están dispuestos a cometerlos. La anticipación y la valoración del riesgo van de la mano de la creciente percepción de la necesidad de atribuir mayores capacidades a los servicios de inteligencia, unos servicios que ya no se quieren dispersos y repartidos en función de las necesidades específicas de información, sino centralizados y dotados de todos los recursos materiales, humanos (y normativos) que sean precisos para garantizar su eficacia.[3] Así que como contrapartida a esa necesidad de ser expeditivo en la reacción, podría esperarse que el diseño de los controles dirigidos a evitar errores fuera cada vez más sólido e imaginativo. De hecho, a raíz de los primeros litigios *Kadi,* el Consejo de Seguridad fue mejorando las cosas desde este punto de vista para incluir la figura de un *ombudsperson* que velara por los intereses de los afectados por la inclusión, así como para establecer revisiones periódicas y de oficio de la lista y un procedimiento *ad hoc* dirigido a instar la baja en ella.[4] Tales

[3] Un reciente ejemplo: véase el informe de la Comisión de encuesta parlamentaria creada en Francia a raíz de los atentados de noviembre de 2015 (*Commission Fenech*) hecho público en el mes de julio de 2016. El informe incluye 40 Propuestas de reformas, algunas de las cuales (Propuestas 14 y siguientes) consisten en fusionar servicios para crear una nueva Dirección General de Información en dependencia directa del Ministro del Interior. El informe está disponible en *www.assemblee-nationale.fr/* […] *Les commissions d'enquête*

[4] En el mes de junio de 2016, la Gran Cámara del TEDH hizo pública su Decisión en el caso *Al-Dulimi and Montana Inc. contra Suiza*. En ella el Tribunal considera que los órganos jurisdiccionales suizos vulneraron el artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) por su dejación de responsabilidad a la hora de verificar que la inclusión de los demandantes en la lista del Comité de Sanciones de la ONU no había sido arbitraria.

expedientes han elevado, sin duda, los estándares de garantía del sistema, pero la gran incógnita a la que hay que dar respuesta persiste: ¿es admisible que en sede de revisión judicial sean aplicables las mismas restricciones que operan sobre los fundamentos de las decisiones en el momento de la inclusión en una lista? Y en términos más genéricos: ¿Cómo habérselas con pruebas que tengan carácter secreto en un proceso que se pretende con todas las garantías?

El problema de las pruebas secretas no es, desde luego, un problema nuevo en sede de jurisdicciones europeas. Lo novedoso de *Kadi* y de otros asuntos que tienen como trasfondo la compatibilidad de ese tipo de pruebas con las garantías del proceso radica en el contexto recién esbozado. El contexto de una lucha contra el terrorismo que realza el papel de los servicios de inteligencia y hace cada vez más borrosa la diferencia que separa el valor de una prueba contrastada y sometida a todas las exigencias del proceso debido de la llamada *prueba de inteligencia*, una extraña figura que, más allá del alcance del sello clasificatorio en los procedimientos judiciales, a menudo se beneficia de un valor pericial (y la consiguiente presunción de certeza) favorecidos por las razones de seguridad nacional que la circundan y que impiden que sea tratada como una prueba o pericia de carácter *ordinario*.[5]

En el caso *Kadi II*, el TJ reafirmó, como decimos, la necesidad de un control jurisdiccional *en principio completo*.[6] Un control cuya eficacia, en opinión del TJ, "exige que la *autoridad comunitaria* de que se trate esté obli-

Haciéndose eco de las críticas generalizadas que ha recibido el procedimiento dirigido a instar la baja en la lista, el TEDH resalta que dicho expediente nunca podrá reemplazar el escrutinio judicial riguroso que los Estados partes del Convenio tienen el deber de dispensar.

[5] Desde la perspectiva de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, es interesante el debate generado sobre si tal prueba de inteligencia reviste o no el carácter de prueba pericial. En sentido abiertamente contrario a considerarla así, y frente al criterio de la mayoría, puede verse el Voto Particular del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en la STS de dicha Sala 1097/2011, de 25 de noviembre, donde se viene a decir, en síntesis, que el saber de inteligencia no es un saber cualitativamente distinto de aquel con el que los jueces y tribunales se las ven cada día en su tarea de "mirar" los Hechos del caso. Y véase también un tratamiento detenido del asunto, centrado sobre todo en Canadá y el derecho anglosajón, que realiza Kent Roach, "The Eroding Distinction between Intelligence and Evidence in Terrorism Investigations", en McGarrity, N., Lynch, A. y Williams, G. (eds.), *Counter-Terrorism and Beyond*; Londres, Routledge, pp. 48 y ss.

[6] *Kadi II*, párrafo 326: "Se deduce de las consideraciones precedentes que, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control en principio completo de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el reglamento controvertido".

gada a comunicar (los motivos determinantes de la inclusión en la lista) a la persona o entidad afectada con el máximo detalle posible, ya sea al decidirse la inclusión en la lista o, al menos, con la máxima brevedad posible una vez adoptada dicha decisión, a fin de permitir que estos destinatarios ejerciten dentro de plazo su derecho al recurso".[7] Y a partir de ahí en *Kadi III* y en la resolución por el TJ del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General (*Kadi IV*), puede decirse que el debate jurisdiccional versa sobre qué significa eso desde el punto de vista del acceso al material probatorio y cuáles son las diferencias que cabe aplicar, desde tal punto de vista, entre un sistema *heterónomo* de confección de listas (el que se basa en la resolución 1267 del Consejo de Seguridad) a cargo de Naciones Unidas y un sistema específicamente europeo o *autónomo* (el basado en la resolución 1373, de 2001, la subsiguiente posición común 2001/931/PESC y el reglamento 881/2002, con sus anexos actualizados periódicamente). *Kadi III* profundizó en la necesidad del control, pero tan solo en la medida en que el juez europeo llegara a la convicción de que el procedimiento seguido ante el Consejo de Seguridad había adolecido de deficiencias garantistas, una respuesta al estilo *Solange* (o de constitucionalismo *cooperativo*) en la que abunda *Kadi IV* y de manera especialmente enfática la opinión del abogado general Yves Bot en la última de las decisiones de la saga, dictada por cierto después de que, en octubre de 2012, el Comité borrara definitivamente de la lista al señor Kadi.[8]

En el caso de las listas de carácter autónomo, la sentencia de referencia es la dictada por la Gran Sala del TJ, en diciembre de 2011, resolviendo el recurso de casación interpuesto por la República Francesa contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que este había fallado a favor de la organización Mujaidines del Pueblo de Irán —OMPI según las siglas que se aplican comúnmente en la denominación de dicho grupo— y había ordenado, en consecuencia, el cese de las medidas consecuentes a su inclusión en la lista europea de organizaciones terroristas. La sentencia de la Gran Sala es del máximo interés a nuestros efectos porque aquí el problema de fondo no es ya el de si se ha de tener más o menos deferencia hacia lo actuado por una institución ajena a la Unión y a la que se supone plenamente capacitada para liderar la respuesta al terrorismo en el escenario internacional, sino la cuestión del margen de crédito que cabe otorgar a decisiones adoptadas por autoridades de los Estados de la propia UE, en el contexto de un ámbito político en el que rige el principio de confianza

[7] *Kadi II,* párrafo 336

[8] Véase Garrido, Asier, "Sobre la opinión del Abogado General Bot en el caso Kadi IV", https://aquiescencia.net/. También "Case Note, Taking Stock:: Assesing the Implications of the Kadi Saga for International Law and the Law of the European Union", *Melbourne Journal of International Law,* número 15, 2014, pp. 2 y ss.

recíproca. OMPI había sido incluido en la lista "europea" a raíz de determinadas actuaciones jurisdiccionales en el Reino Unido, que comenzaron en 2001 y finalizaron con una Decisión, en junio de 2008, en la que el *Home Secretary* excluyó a la organización de la lista. Sin embargo, y en paralelo (en marzo y en noviembre de 2007), la Fiscalía antiterrorista de París presentó nuevos cargos contra presuntos miembros de OMPI que fueron tenidos por suficientes como para mantener (mediante una Decisión adoptada por el Consejo en julio de 2008) a OMPI en la lista, en aplicación del artículo 1.4 de la posición común 2001/931.[9] El Tribunal de Primera Instancia consideró que la Decisión de mantener a OMPI en la lista se había adoptado sin comunicar a OMPI cuáles eran las nuevas informaciones o los nuevos datos que justificaran mantenerla en la lista, vulnerando, en consecuencia, sus derechos de defensa. Y El TJ confirma plenamente esa decisión, resaltando las diferencias que separan, desde el punto de vista de las exigencias del derecho a la defensa, la decisión inicial de incluir a alguien en una lista, y las eventuales decisiones ulteriores de mantenerla en ella, donde la inmediatez de la sanción el factor sorpresa no es ya inherente a la eficacia de la medida. Pero, como tantas veces ocurre en los litigios ante el TJ, lo que tiene más interés es el análisis exhaustivo y meticuloso realizado por la Abogada General Eleanor Sharpston a la hora de responder a la cuestión de cómo habérselas con el problema de la comunicación de datos o informes a los afectados por la decisión cuando ello es susceptible de dañar la seguridad nacional y así es invocado por los Estados para no dar traslado de ellos. En 54 páginas de texto y notas de apretada prosa jurídica —frente a las apenas 14 que ocupa la Sentencia— las Conclusiones van desgranando las circunstancias del caso y dando oportuna respuesta a las alegaciones de la parte recurrente. Describe el proceso de adopción de la Decisión por parte del Consejo y la aportación por Francia, en el transcurso del mismo, de documentos clasificados como confidenciales, incluido uno que contenía "la síntesis de los principales aspectos que justifican el mantenimiento de OMPI en la lista", y que las autoridades francesas se negaron a incorporar al procedimiento seguido ante el Tribunal General. Examina qué es una "autoridad competente" a los efectos de la posición común y el efecto que

[9] Indica dicho artículo de la posición común del Consejo sobre "medidas específicas de lucha contra el terrorismo", que "La lista que figura en el anexo se confeccionará sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos. Las personas, grupos y entidades identificados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como relacionadas con el terrorismo y contra los cuales se hayan ordenado sanciones podrán ser incluidos en la lista"

tiene sobre el requisito de "pruebas o indicios serios y creíbles" el hecho de que sea de carácter judicial o no (y, en su caso, tras una sentencia firme o simplemente una investigación en curso). Y responde con detenimiento a la alegación de la recurrente (la República Francesa) de que lo no facilitado era información clasificada.[10] La Abogada General constata aquí que el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General adolece de una laguna que afecta no exactamente al manejo de documentos confidenciales (a ellos se refieren expresamente los arts. 67.3 y 116.2 del reglamento), sino al supuesto que se plantea cuando un documento aportado con tal carácter por una de las partes y potencialmente determinante para el contenido de la Sentencia pueda ser conocido y valorado por el Tribunal a pesar de no haberlo puesto en conocimiento de la otra parte para propiciar el ejercicio de la defensa. Fue esta una cuestión que, planteada tangencialmente en la sentencia *Kadi I*, recibe ahora en las Conclusiones de la Abogada General una repuesta nítida; una respuesta que se concreta en una solicitud de reforma de las reglas de procedimiento ante el Tribunal General que haga frente a este problema.[11] Por último, en cuanto a la actuación del Consejo, las conclusiones resaltan la necesidad indeclinable de que este aporte a la parte interesada al menos un resumen no confidencial de los elementos de prueba que avalan la Decisión, resumen indicativo de los motivos, dice Sharpston que resulta "una garantía mínima imprescindible en una Unión Europea que se rige por el principio del Estado de Derecho".[12]

3. Enfocando las cosas de cerca: el caso Z contra el Secretario de Estado de Interior

La sentencia de la Gran Sala a la que acabamos de aludir lleva fecha de diciembre de 2011. En 2013, y en el espacio de algo más de un mes (el

[10] "La cuestión planteada por la República Francesa —dice literalmente el párrafo 173 de las Conclusiones— en esta parte del recurso de casación es de una importancia crucial. ¿En qué medida debe permitirse que una de las partes del litigio insista en que la información aportada ante el Tribunal General se trate con carácter confidencial, hasta tal punto que no se pueda comunicar a la otra parte o partes en el litigio? Y en caso de que la información sea tratada con carácter confidencial, ¿puede (o debe) no obstante tenerse en cuenta por el Tribunal General a efectos de la sentencia?"

[11] Párrafo 186: "En mi opinión se deduce de lo anterior que debe considerarse seriamente una modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General a efectos de regular la aportación de elementos de prueba de carácter genuinamente confidencial ante el tribunal General, con el fin de que este pueda tenerlos en cuenta de forma compatible con su naturaleza, pero sin que se produzca una vulneración inaceptable de los derechos de la otra parte o partes en el litigio"

[12] Conclusiones Sharpston, párrafo 216.

que transcurre entre el 4 junio y el 18 de julio), la propia Gran Sala del TJ pronunció un par de sentencias que miran de frente y en profundidad el problema de las pruebas secretas. La segunda de ellas es la Decisión *Kadi IV*, una sentencia en la que la reivindicación de un control jurisdiccional suficiente como para que se cumplan las exigencias del proceso debido (artículo 47 CDFUE) es especialmente vigorosa y va acompañada, haciéndose eco de las Conclusiones de Sharpston en la sentencia de los Mujaidines, de un llamada de atención sobre la necesidad de establecer procedimientos *ad hoc* para enfrentar el problema de las pruebas secretas[13]. Como es lógico, *Kadi IV* cita profusamente *Kadi II,* pero también, para este aspecto del asunto, la Sentencia *ZZ contra el Secretario de Estado de Interior* que es, sin lugar a dudas, el *leading case* sobre nuestro asunto.

En el caso *ZZ,* la Gran Sala resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por un Tribunal de Apelación del Reino Unido, en la que esencialmente se solicita del TJ que esclarezca cómo interpretar un artículo de la Directiva sobre el derecho de los ciudadanos europeos a la libre circulación y residencia por el territorio de los Estados miembros (la Directiva 38/2004) a la luz de las estipulaciones del artículo 47 de la Carta. El artículo en cuestión es el 30.2, incluido en el capítulo dedicado a las limitaciones de los derechos de entrada y residencia, y en el que, con el presupuesto del reconocimiento de las razones de orden público o seguridad o salud públicas como causas legítimas para limitarlos, se dice literalmente que "Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión que le afecte, *a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado*". En el inciso que hemos destacado en cursiva radica el núcleo de la cuestión controvertida. Y la respuesta que va a recibir del TJ es una respuesta que sintetiza, creemos, lo que bien puede ser tenido como el consenso europeo en materia de pruebas secretas: *revisión judicial y garantía de los derechos de defensa en la mayor medida posible*. Los artículos 30. 2 de la Directiva y el 31 (en el que se reconoce el derecho a los recursos judiciales y administrativos de los afectados por la decisión), a la luz del artículo 47 de la Carta "deben interpretarse – responde el TJ – en el sentido de que exigen

[13] *Kadi IV,* párrafo 125: "Es cierto que pueden existir consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Unión o de sus Estados miembros o con la gestión de sus relaciones internacionales que se opongan a que se comuniquen ciertos datos o pruebas a la persona afectada. En tal caso, incumbe sin embargo al juez de la Unión, a quien no cabe oponer el secreto o la confidencialidad de tales datos o pruebas, *aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las consideraciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procedimentales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción*".

que el juez nacional competente vele por que se limite a lo estrictamente necesario la facultad de la autoridad nacional competente de no comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones en las que se fundamenta una resolución adoptada en virtud del artículo 27 de la misma Directiva, así como los correspondientes elementos de prueba, garantizando en todo caso que se comunique al interesado el contenido esencial de las razones de una manera en que se tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas".

El señor ZZ, de origen argelino, es un nacional de la República Francesa con largos años de residencia en el Reino Unido. En 2005, al regresar de un viaje a su país de origen, las autoridades británicas le impidieron la entrada invocando razones de seguridad nacional. Recurrida la decisión ante la Comisión Especial de Asuntos de Inmigración (*Special Immigration Appeal Commission* o SIAC en acrónimo) esta confirmó el rechazo de ingreso decretado por el ministro del Interior, tras unas actuaciones parcialmente reservadas en las que se trajeron a la causa pruebas de carácter secreto que no fueron comunicadas a la representación legal del señor ZZ. Hay que decir que, en la ley reguladora de SIAC y en su reglamento de funcionamiento interno, está prevista para estos casos una figura, la del *Special Advocate* (letrado especial), que se le asigna de oficio a la parte interesada y que, en teoría, tiene que asumir la defensa de los intereses de este, pero procurando al mismo tiempo que no se vulneren los de la seguridad nacional. SIAC, cuya creación fue consecuencia directa de una condena del Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[14], los *closed material proceedings* (citados comúnmente como CMP) y la figura de los *Special Advocates* (bendecida con entusiasmo por la legislación antiterrorista británica a partir de 2001), son ya todo un clásico de la literatura especializada.[15] El riesgo

[14] En el caso, fallado en noviembre de 1996 *Chahal contra el Reino Unido*. La sentencia, en cuyo origen estuvo una orden de deportación por razones de seguridad nacional de los cuatro miembros de una familia *sihk*, es muy importante porque supone una clara toma de posición del TEDH en contra de la utilización por los Estados de las razones de seguridad nacional como excusa para rehuir o desnaturalizar la necesidad de disponer de adecuados cauces de control jurisdiccional, genuinamente independientes e imparciales. El TEDH consideró que el *Advisory Panel* que revisaba las decisiones del Ejecutivo en la materia no reunía, por razón de su composición, tales cualidades. Remito a mi trabajo "Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 53, 1998, pp. 57 y ss.

[15] Citaré, por todos, a un verdadero especialista en la material: Cian C. Murphy, "Counter-Terrorism and the Culture of Legality: The Case of Special Advocates", *King's Law Journal, 24 (2013), pp. 19 y ss* La propia Cámara de los Comunes auspició en 2004-2005 un informe parlamentario que está disponible en Internet bajo el título *House of Commons Constitutional Affairs Committee, Report on the Operation of the Special Immigration Appeals Commission and the Use of Special Advocates*

de que acabe por consolidarse una justicia de carácter secreto, potenciado por los condicionamientos y limitaciones con las que aparece regulado el cometido de los letrados especiales, creo que es el rasgo que más se repite en sede académica. Es particularmente llamativo que los *Special Advocates* solo puedan comunicarse con sus defendidos hasta el momento en el que el secretario de Estado notifica formalmente cuál es, en concreto, el material probatorio cuya entrega al interesado considera inviable por razones de seguridad nacional. Prohibida la comunicación a partir de entonces, no hace falta estar muy avezado en técnicas forenses para concluir que, en esas condiciones, puede ser muy complicado hacer valer las razones de la parte concernida.[16] La propia ley reguladora de SIAC se encarga además de aclarar que los letrados especiales no responden frente a aquellos cuyos intereses defienden,[17] con lo cual el *Special Advocate* parece estar situado en una posición más próxima a la del *amicus curiae* que a la de un verdadero abogado con posibilidades de sumergirse en la causa y actuar en ella en condiciones respetuosas con ese principio (de expresivo nombre por sus resonancias bélicas) que es el de igualdad de armas.

En torno a la figura de los *Special Advovates* y el procedimiento reservado en razón de la existencia de pruebas inaccesibles por razón de seguridad nacional tuvo el TEDH ocasión de pronunciarse detenidamente en el importante caso fallado, en febrero de 2009, *A y otros contra el Reino Unido*. Con el trasfondo de la Ordenanza de suspensión del artículo 5.1 del Convenio por existencia de grave peligro para la vida de la Nación (art. 15 del CEDH), las *control orders* y la detención indefinida de extranjeros sospechosos de conexión con el terrorismo —lo que dio lugar en sede interna a la famosa Decisión *Belmarsh* de la Cámara de los Lores contraria a las pretensiones del Gobierno— el TEDH va examinando caso por caso si la detención de A. y de todos y cada uno de los demás demandantes estuvo justificada y si se respetaron sus derechos de defensa durante el procedimiento seguido ante SIAC. Con respecto a los letrados especiales, el TEDH reconoce la función "reequilibradora" que pueden desempeñar para compensar la falta de co-

16 Es de destacar que en el transcurso de de los trabajos parlamentarios para la elaboración del informe al que nos hemos referido en la nota anterior, hubo comparecencias de más de una decena de "letrados especiales", en las que se pusieron de relieve las dificultades para desarrollar una defensa efectiva debido a la prohibición de recibir instrucciones de sus representados durante las audiencias reservadas en las que se les da acceso a las pruebas secretas.

17 Artículo 6(4): "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed to represent". Véase también, de nuevo, Murphy, Cian C., "Secret Evidence in EU Security Law: Special Advocates before the Court of Justice?", en Cole, D., Fabbrini, F., y Verdaschi, A., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law,* Cheltenham, Elgar Publ., 2013, pp. 268 y ss.

municación de ciertas pruebas, pero advierte que tal función solo puede cumplirse eficazmente si aquel a quien representa el letrado dispone de información suficiente sobre los cargos que pesan en su contra, al objeto de poder dar al letrado las instrucciones que correspondan.[18]

Esa exigencia del TEDH, conocida desde entonces en el Reino Unido como el *gist requirement* (algo así como el requisito de comunicar lo esencial del asunto), o *A-type disclosure* está en el transfondo del debate del caso *ZZ* por el Tribunal de Justicia, un debate en el que el TJ solo pudo embarcarse tras declarar que era improcedente la pretensión del Gobierno italiano de que la cuestión fuera declarada inadmisible por ser un asunto que afectaba de lleno a la seguridad nacional de un Estado miembro y ser, en consecuencia, ajena al ámbito de competencia de la Unión. No obstante el tenor literal de los artículos 4.2 del Tratado de la Unión y 346 a) del Tratado de Funcionamiento ("ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad"), para el TJ el mero hecho de que una resolución esté relacionada con la seguridad del Estado no puede entrañar la inaplicabilidad del derecho de la Unión (párrafo 38). Y a partir de ahí el Tribunal constata que hubo un manifiesto déficit de comunicación al señor ZZ de las razones que fundamentaban la decisión de las autoridades británicas, con la consiguiente vulneración del artículo 47 CDFUE, ya que la protección de la seguridad del Estado "no puede tener como efecto privar al interesado de su derecho a ser oído ni, por tanto, hacer inefectivo el derecho de este a interponer los oportunos recursos"[19]. En definitiva, la respuesta del TJ que transcribimos arriba es bastante más rotunda, en términos de garantías, que la adelantada por el Abogado General Yves Bot en sus Conclusiones del caso. El fondo de éstas va precedido de unas "Observaciones preliminares"

[18] *A y otros contra el El Reino Unido,* párrafo 220: "The Court further considers that the especial advocate could perform an important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee Turing the closed hearings. However, the special advocate could not perform this function in any useful way, unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate"

[19] *ZZ v Secretary of State for the Home Department*, párrafo 65, que recoge también la necesidad de respetar el *gist requirement*: "(…) teniendo en cuenta que ha de respetarse necesariamente el artículo 47 de la Carta, el procedimiento en cuestión deberá garantizar la observancia del principio de contradicción en la medida más amplia posible, a fin de permitir al intersado tanto cuestionar las razones en las que se base la resolución controvertida como presentar sus observaciones en relación con las pruebas relativas a dicha resolución y, por tanto, desplegar eficazmente sus medios de defensa. En cualquier caso, reviste especial importancia que se comuniquen al interesado *las razones esenciales en las que se fundamenta una resolución de prohibición de entrada* (…)".

en las que Bot se refiere al impacto del acoso terrorista sobre las libertades y al peligro que representa para salvaguardar las señas de identidad de nuestras sociedades democráticas tal y como las conocemos. La necesidad imperiosa de prevención, dice el Abogado General, y las dificultades que ello plantea en un entorno tecnológico cada vez más sofisticado, hace que "la protección de los medios y de las fuentes de información constituya una prioridad absoluta", (párr. 40), ya que "en una sociedad democrática, reconocer las garantías del Estado de Derecho a aquellos que precisamente la combaten es estrictamente indispensable para garantizar la primacía absoluta de los valores de la democracia, pero, no obstante, ello no puede conducir a una especie de suicidio de la propia democracia" (párr. 43). Esa referencia al famoso *Not a Suicide Pact* del juez norteamericano Jackson en el caso *Terminiello* actúa quizá como un *leit motiv* que le lleva a insistir en el carácter legítimo de la ocultación de información durante el proceso, y en las diferencias que separan aquellos casos en los que se ha producido una pérdida de libertad por detención (que es lo que se ventilaba en el caso *A contra el Secretario de Estado de Interior*) de aquellos otros en los que se discute sobre la pertinencia de una deportación o de una congelación de fondos. De ahí que no quepa una transposición mecánica de las consideraciones del TEDH ni de la jurisprudencia *Kadi*, si bien, para el Abogado General, lo que verdaderamente importa cuando el ejecutivo u otro poder público con potestad para hacerlo, se niega a compartir información, es que la pretensión sea plenamente controlable por el juez, así como que en el Derecho procesal nacional se incluyan "técnicas que permitan conciliar por un lado los intereses legítimos de seguridad en cuanto a la naturaleza y la fuente de la información tomada en consideración para adoptar la medida de que se trata y, por otro lado, la necesidad de reconocer suficientemente al justiciable los beneficios de las normas procesales" (párr. 115, que es el conclusivo).

4. La reforma del reglamento del Tribunal General

Como apuntábamos antes, en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General hay un par de referencias a los documentos señalados como confidenciales por los Estados miembros: una en el artículo sobre el régimen genérico de las pruebas, en el que se dice que la verificación del carácter confidencial de cualquier documento corresponderá al Tribunal, el cual decidirá sin dar traslado a las partes en ese momento procesal (art. 67.3), y otra para contemplar la posibilidad de excluir a instancia de parte del acceso a documentos confidenciales a los coadyuvantes en un proceso (art. 116.2). La conveniencia de una reforma más específica apuntada, entre otros, por la Abogada General Sharpston en el caso OMPI, cuajó en abril

de 2015 con la revisión en profundidad de otro artículo del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General. El artículo en cuestión es el 105, incluido en un capítulo, el séptimo, cuya rúbrica es "De la información o los documentos relacionados con la seguridad de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros o con la gestión de sus relaciones internacionales". En su redacción actual, dicho artículo establece el *modus operandi* para el tratamiento de documentos cuya comunicación a una determinada parte es considerada por otra como susceptible de causar perjuicio a la seguridad de la Unión o de la de uno o varios de sus Estados miembros.

Para tales casos, y en esencia, el artículo 105 establece el siguiente itinerario procedimental: 1) Presentación de Escrito por la parte interesada solicitando el trato confidencial de una información o documento. 2) Posibilidad de que el Tribunal adopte una diligencia de prueba solicitando información adicional al requirente y examen de la pertinencia de la solicitud. 3) A partir de ahí, se abren dos posibilidades: a) el Tribunal considera que los documentos en cuestión son *pertinentes* para resolver el asunto y *no confidenciales* a efectos del procedimiento. En ese caso solicita autorización para dar traslado de ellos a la otra parte y, en el caso de que dicha autorización le sea denegada, los documentos le serán devueltos a quien invocó el perjuicio y no serán tomados en consideración para resolver el litigio; b) el Tribunal considera que los documentos, además de *pertinentes* a efectos de la decisión final, son *confidenciales*. En ese supuesto, el Tribunal: b.1) pondera las exigencias del derecho a la tutela y del principio de contradicción frente a los daños potenciales que dar acceso al documento puede comportar para la seguridad de la Unión o de los Estados; b.2) dicta un auto motivado en el que habrá de establecer el método más idóneo (a través de un resumen o de una exposición parcial) que permita a la otra parte conocer *lo esencial del contenido del documento*, a los efectos de formular las observaciones que procedan; b.3) en el plazo de dos semanas desde la notificación del auto, la parte que trajo a la causa los documentos puede retirarlos y, en tal caso, el Tribunal no los tomará en cuenta a la hora de decidir. 4) Ahora bien, si el Tribunal considera que la información o los documentos son *indispensables para la resolución del litigio*, podrá basar en ellos su resolución incluso en ausencia de comunicación de los mismos a la otra parte principal. Y si tal es el caso, dice el apartado 8 del artículo, el Tribunal "al valorar tal información o tales documentos (…) tendrá en cuenta el hecho de que un parte principal no ha podido exponer sus observaciones sobre ellos".

Como se puede apreciar, esta reforma supone un indudable avance *racionalizador* para habérselas con el problema de la información confidencial en sede de tribunales de la UE, aunque por el momento circunscrito a los procesos ante el Tribunal General. Frente a la posibilidad de instaurar un tribunal especializado (posibilidad que contempla en abstracto el artículo

257 TFUE), optando plenamente por un sistema (a la israelita) de *judicial management,* o frente a la "importación" a la UE de la figura de los *Special Advocates*, se ha optado por un sistema de procedimiento *ad hoc* que recuerda bastante a la fórmula adoptada en los Estados Unidos para enfrentarse al dilema del "*disclose or dismiss*".[20] No obstante, desde lo que requiere un procedimiento genuinamente respetuoso con los artículos 47 48 de la CDFUE —y en sintonía con los estándares europeos del proceso justo en sentido amplio— la reforma sigue planteando dudas, pues ha dejado incólume la posibilidad de fallos basados en pruebas no transmitidas, ni siquiera en la versión más *light* de "transmisión de la esencia", esto es, respetuosa con el *gist requirement*. Ciertamente la reforma es un paso adelante con relación a un silencio que aboca a la improvisación de "fórmulas aptas para un caso", y está además en consonancia con el Memorial de buenas prácticas sobre Administración de Justicia en materia penal adoptado por el Foro Global Antiterrorista (conocido como "Rabat Memorándum").[21]

5. Conclusión

El auge de las pruebas recabadas por los servicios de inteligencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo, y el realce de la función de los servicios en los esquemas organizativos del Estado *de la prevención*, ha llegado en un momento en el que simultáneamente se resienten de una grave crisis de confianza y legitimidad que es consecuencia directa del último gran escándalo que ha sacudido a la actuación de muchos de ellos. Me refiero, claro está, a las revelaciones de Edward Snowden en torno a los programas de vigilancia sobre las comunicaciones telefónicas y sobre el uso de Inter-

[20] Fórmula recogida en la Classified Information ProceduresAct (CIPA) que el Congreso aprobó en 1980 al hilo del escándalo Irán-Contra ; véase, Harold Hongju Koh, *The Nacional Security Constitution. Sharing the Power alter the Iran-Contra Affair;* New Haven,Yale Un. Press, 1990

[21] Véase la Buena Práctica núm. 6 dirigida a la adopción de medidas para proteger información sensible en casos de terrorismo: "In order to safeguard the lives of victims and informants, protect sources and methods, and maintain the usefulness of sensitive investigative techniques, governments must be able to protect certain types of information and tecniques from public disclosure, even in the course of public criminal justice proceedings. Appropiate legal safeguards shuld be enacted to protect such information and techniques while affording the accused a fair trial". Y añade: "There are a number on methods being applied for protecting classified or sensitive law enforcememnt information, which include, *inter alia,* a) holding a closedhearing; b) having the judge review the intelligence or other information to determine whether it should be disclosed; or c) other appropiate procedures. Estas Buenas Prácticas, aprobadas en 2012, fueron completadas en 2014 con un conjunto de 7 recomendaciones dirigidas al uso y protección de información de inteligencia ante los tribunales (están disponibles en *www.theGCTF.org*).

net. No hay aquí lugar para detenerse en los pormenores del caso, pero si algo ha quedado en evidencia es que tal vigilancia dista de ser una práctica ocasional en la que solo incurren los servicios de inteligencia de aquellos países en los que el objetivo de prevenir nuevos atentados terroristas ha alterado profundamente su forma de actuar y obligado a rectificar marcos normativos que depositaban en Tribunales y Parlamentos la obligación de controlarlos. Estamos más bien ante cambios generalizados que afectan a la función de inteligencia y la imbuyen de una *lógica seguritaria* cuyos parámetros de actuación son cada vez más auto-referenciales y "digitalizados".[22]

Sobre el problema del uso de pruebas de carácter secreto ante los tribunales todo ello tiene una trascendencia decisiva, pues ya no estamos tampoco ante un asunto puntual del que es esperable que solo se plantee en contextos y en ocasiones excepcionales (como en cierto modo puede serlo el *affaire Kadi*), sino en algo que puede suscitarse por cualquiera y ante cualquier tribunal (incluido claro está los europeos) que se haya visto afectado por actuaciones excesivas o "invasivas" de las autoridades públicas y/o los servicios de inteligencia.

A la altura de 2017 sobran las pruebas horrísonas para comprobar que Europa es un escenario central del terrorismo *yihadista*. Plantarle cara, continuando el camino emprendido desde 2001, es quizá uno de los campos de prueba decisivos para calibrar el grado de cumplimiento de los objetivos que proclaman los tratados constitutivos de la Unión Europea, y del acierto en cuanto al mejor modo de perseguirlos sin desvirtuar el compromiso con los derechos fundamentales que forma parte del núcleo mismo de sus señas de identidad.

6. Bibliografía

AA.VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico (XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*; Madrid, CEPC/TC, 2016.

Bauman, Z.; Bigo, D.; Esteves, P.; Guild, E.; Jabri, V.; Lyon, D. y Walker, R., "After Snowden: Rethinking the Impact of Surveillance", en *International Political Sociology*, 8, 2014.

[22] Remito para esto al al trabajo colectivo y multidisciplinar de Bauman, Z., Bigo, D., Esteves, P., Guild, E., Jabri, V., Lyon, D., y Walker, R., ""After Snowden: Rethinking the Impact of Surveillance", *International Political Sociology*, 8 (2014), pp. 121 y ss. Me he ocupado también de ello en el ya citado "El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)", en AAVV, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico (XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*; Madrid, CEPC/TC, 2016.

Harold Hongju Koh, *The Nacional Security Constitution. Sharing the Power alter the Iran-Contra Affair*; New Haven, Yale Un. Press, 1990.

Martinico, G.; Fontanelli, F. y Avbelj, M. (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial,* Londres, Routledge, 2014.

Murphy, Cian C., "Secret Evidence in EU Security Law: Special Advocates before the Court of Justice?", en *Cole, D., Fabbrini,* y Verdaschi, A., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law,* Cheltenham, Elgar Publ., 2013.

_____, "Counter-Terrorism and the Culture of Legality: The Case of Special Advocates", en *King's Law Journal,* núm. 24, 2013.

Revenga Sánche, Miguel, "Convergencias y divergencias en la lucha contra el terrorismo. Caso *Kadi y Al Barakaat contra el Consejo y la Comisión*", en Miguel Revenga y Cristina García Pascual (eds.), *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, Madrid, CEPC, 2015.

_____, "El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)" en AA.VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico (XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* Madrid, CEPC-TC, 2016.

_____, "Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea (a propósito de las *listas negras* y otras *anomalías* de la Unión", en *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 82, 2008.

_____, "Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 53, 1998.

Roach, Kent, "The Eroding Distinction between Intelligence and Evidence in Terrorism Investigations", en McGarrity, N.; Lynch, A. y Williams, G. (eds.), *Counter-Terrorism and Beyond;* Londres, Routledge, 2010.

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Proceso constituyente fragmentado. Un nuevo pacto o contrato social para la paz

*Ernesto Rey Cantor**

Sumario: 1. Introducción. 2. El acuerdo político en un proceso constituyente fragmentado para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 3. Acto legislativo 01 de 2016, por medio del cual se establecen instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final. 4. Proceso plebiscitario fallido. 5. Plebiscito sin pueblo. Renegociación del acuerdo final. Pluralismo político. 6. Acto legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones. 7. Modificaciones estructurales transitorias al ordenamiento jurídico colombiano. Nuevo constitucionalismo por la paz. 8. Bibliografía.

Oración por la Paz: Somos capaces de sacrificar nuestras vidas para salvar la Paz y la libertad de Colombia.

Jorge Eliécer Gaitán[1]

1. Introducción

Previamente al desarrollo de los temas enunciados en el título y en el índice del presente artículo debemos advertir que se trata de una breve exposición que describe cómo se logró suscribir y aprobar el comúnmente denominado *Acuerdo de Paz*, implementado por medio de reformas constitucionales y legales para desarrollar hasta el momento los seis puntos pactados en el Acuerdo por las Partes en conflicto, destacando los principales aportes al ordenamiento jurídico interno de Colombia, que permitirá al Tribunal para la Paz la construcción jurisprudencial de un nuevo concepto de *Bloque de la Constitucionalidad Humanitario para la Paz*, el blindaje que dicha im-

* Profesor de la Universidad Libre de Colombia.

1 Discurso de 7 de febrero de 1948, Bogotá, Colombia.

plementación constitucional y legal requiere para resolver los casos, cuyos hechos sucedieron en el marco del conflicto armado interno, aplicando la Ley de Amnistía e Indulto 1820 de diciembre 30 de 2016, ajustada a la constitucionalidad y convencionalidad.

Comenzamos con la exposición descriptiva.

2. El acuerdo ***político*** en un ***proceso constituyente fragmentado*** para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

Un Comité de Delegados del Gobierno Nacional de la República de Colombia,[2] presidido por el Presidente Juan Manuel Santos, y Delegados de la beligerante Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) promovieron los diálogos de La Habana (Cuba), que tuvieron origen como resultado del Encuentro Exploratorio sucedido entre el 23 de febrero y el 26 agosto de 2012, con el objeto de poner fin al conflicto armado interno y dar paso a la construcción de una paz sin armas.

El Secretario General de la ONU expresó con beneplácito su apoyo a lo que sería un proceso para el establecimiento[3] y mantenimiento[4] de la paz, "reafirmando que los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas".[5]

La voluntad constituyente de las Partes en conflicto asume un compromiso con un objetivo político principal: lograr la Paz para la convivencia civil, siendo la Paz el valor supremo.[6]

---

2 Colombia es un Estado social democrático de derecho (art. 1 de la Constitución de 1991). Es Estado Miembro de la ONU (1945) y de la OEA (1948), ubicado en América del Sur con una población de 49'165,432 millones de habitantes (2017) y una superficie territorial de 2'129,748 km^2.

3 "Por *establecimiento* de la paz, el secretario General de las Naciones Unidas entiende las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles lleguen a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos". Documento A/47/277-S/24111, de junio 17 de 1992, parágrafo 20, párrafo tercero, Informe *Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz* del Secretario General de la ONU.

4 "Para el Secretario General el *mantenimiento* de la paz implica el despliegue de la presencia de las Naciones Unidas en el terreno, con el consentimiento de todas las partes interesadas". Documento A/47/277-S/24111, de junio 17 de 1992, par. 20, párr. cuarto, *idem*.

5 Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 63/128, de diciembre 11 de 2008, *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional*.

6 *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz interna", en *Revista Crítica Penal y Poder,* núm. 10, Universidad de

A iniciativa constituyente del gobierno colombiano y de los combatientes de las FARC-EP y pretermitiendo los procedimientos de reforma a la Constitución de 1991, previstos en el Título XIII (arts. 374 a 378), en un escenario fuera del territorio del Estado colombiano (La Habana, Cuba) se iniciaron unos diálogos políticos en el marco de un conflicto armado interno, y en medio de las hostilidades comenzó un *proceso constituyente* que por ser atípico en el constitucionalismo contemporáneo lo denominamos *proceso constituyente fragmentado*, que confluye en un *pacto* o *contrato social* cuyo fruto es el ACUERDO POLÍTICO PARA LA PAZ, adoptado en una *pluralidad de espacios constitucionales*[7] con el fin de salir del estado de naturaleza de guerra (*homo hominis lopus*) hacia el Estado social, democrático de derecho para la Paz; la transición del estado de guerra al Estado de Paz sin armas, siendo el pacto o contrato social (un acuerdo político) su fundamento político-jurídico para la regeneración constitucional de Colombia.

En la historia constitucional colombiana hay que distinguir dos Acuerdos suscritos en una *pluralidad de espacios constitucionales* (La Habana Cuba y Colombia)n y en diferentes fechas que se denominan Acuerdo General y Acuerdo Final, y con el fin de precisar alguno de sus contenidos implementados mencionamos el Acto Legislativo 1 de 2016, "por medio del cual se establecen instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final", aprobado por el Congreso de la República de Colombia, siguiendo el procedimiento de reforma previsto en el artículo 375 de la Constitución, con lo cual se evidencia que "la institución de la reforma constitucional debe ser contemplada desde una perspectiva diferente a la tradicional",[8] razón por la cual nos referiremos a un *proceso constituyente fragmentado* que se mantiene latente por la consecución de la Paz.

2.1. Acuerdo *general*

El 26 de agosto de 2012 en La Habana, entre las Partes en conflicto, se firmó un acuerdo político denominado el ***Acuerdo general para la terminación***

Barcelona, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Barcelona, 2016, p. 147.

[7] Expresiones que adoptamos del autor español Balaquer Callejón, Francisco, "Regeneración democrática y reforma constitucional", en Tur Ausina, Rosario; Calabuig Puig, María Amparo y otros, *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 63 y ss.

[8] Balaquer Callejón, *op. cit.*, p. 63.

del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera,[9] para lo cual se convino una Agenda con cinco puntos sustantivos y un punto procedimental; los sustantivos son: desarrollo agrario integral, participación política, solución al problema de las drogas ilícitas, víctimas y fin del conflicto, el punto procedimental es la implementación, verificación y refrendación.[10]

Según lo pactado por las Partes en el conflicto el Acuerdo General se convertiría en el Acuerdo Final.

2.2. Acuerdo *final*

El 24 de septiembre de 2016, en Bogotá, se firmó el ***Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y verdadera***[11] por el Presidente de la República Juan Manuel Santos, y Rodrigo Londoño, en representación de las beligerantes FARC-EP.

Con voluntad constituyente las Partes en el conflicto pactaron los siguientes seis puntos en el Acuerdo Final: Reforma rural integral (1), Participación política: apertura democrática para construir la Paz (2), Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo, y dejación de las armas (3), Solución al problema de las drogas ilícitas (4), Víctimas(5)[12] y Mecanismos de implementación y verificación(6).[13]

---

9 La firma del Acuerdo se realizó ante testigos nacionales y delegados de la República de Cuba y el Reino de Noruega, y con base en la Agenda que se aprobó se instaló la Mesa de Conversaciones, el día 18 de octubre en la ciudad de Oslo, capital del Reino de Noruega.

10 *Cfr. Gaceta del Congreso,* núm. 706, 15 sep 2015.

11 El Acuerdo Final firmado el 24 de noviembre fue publicado en la *Gaceta del Congreso*, núm. 1075, 25 nov 2016, con 310 pp.

12 Este punto 5 contiene el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, el cual incluye la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz y el Tribunal Especial para la Paz (Acuerdo, p. 124), que para su implementación se aprobó mediante una reforma constitucional por medio del Acto Legislativo 01 de abril de 2016.

13 El punto 6 del Acuerdo se halla contemplado en la página 193 con el título *Implementación, verificación y refrendación*; en la página 202 se estableció que el Acuerdo se incorporará conforme a normas constitucionales y legales, entre otros temas a desarrollar, un Acto Legislativo de la Jurisdicción Especial para la Paz; leyes necesarias para la aprobación de las normas procesales que regirán los procedimientos de la Jurisdicción Especial para la Paz; reforma constitucional y legal sobre garantías y participación para el nuevo partido o movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la vida política lega, además de normas de desarrollo sobre garantías y promoción de la participación de la ciudadanía, la sociedad, en especial de las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz, reformas constitucionales y legales relativas a la organización y régimen electoral sobre la base de las recomendaciones que formule la Misión Electoral (Acuerdo, p. 204).

En el presente trabajo no nos referiremos a los seis puntos del Acuerdo Final; tan solo trataremos parcialmente el sexto para verificar a la fecha cómo ha sido la implementación del mismo, por medio de reformas constitucionales y legales por el Congreso, y expedición de decretos con fuerza de ley por el Presidente de la República para desarrollar algunos de los puntos pactados por las Partes en el conflicto.

La implementación del Acuerdo Final comienza con una primera reforma constitucional de carácter procedimental, mientras el *proceso constituyente fragmentado* se mantiene latente en Cuba y Colombia.

3. Acto legislativo 01 de 2016, por medio del cual se establecen instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final

Para la implementación del Acuerdo General un determinado número de congresistas y el Ministro del Interior habían presentado en el 2015 al Congreso un proyecto de Acto de Legislativo[14] para reformar la Constitución de 1991, con dos *objetivos*: garantizar y agilizar la implementación del A*cuerdo Final*, y asegurar la fidelidad entre el Acuerdo Final y los desarrollos normativos necesarios para la implementación, para lo cual el Estado colombiano debe tener las *herramientas* necesarias para garantizar el cumplimiento del acuerdo político.

En cumplimiento de los dos objetivos el proyecto de reforma a la Constitución contiene dos herramientas:

a) La creación de un nuevo *procedimiento legislativo especial para la Paz* a seguir en el Congreso de la República con el fin de simplificar y agilizar el trámite de los proyectos de reforma constitucional, y los proyectos de ley para implementar el Acuerdo Final con el objeto de que el pueblo colombiano lo refrendara mediante un plebiscito en las urnas[15] el domingo 2 de octubre de 2016, de conformidad con la Ley estatutaria 1806 de 2016,[16] cuyo resultado electoral fue negativo.

---

14 Proyecto de Acto Legislativo 04 de 2015 SENADO, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para los desarrollos normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (*Gaceta del Congreso,* núm. 706, 15 sep 2015).

15 Ley Estatutaria 1806 de agosto 24 de 2016, por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (*Diario Oficial,* núm. 49.975).

16 Declarada parcialmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-379 de 2016.

b) Otorgarle al Presidente de la República *facultades especiales para la Paz* mediante la expedición de decretos con fuerza de ley, cuyo contenido tendrá por finalidad facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final; decretos sujetos a control de constitucionalidad automático, dentro de los dos meses siguientes a su expedición.

En el marco del *proceso constituyente fragmentado* el Congreso de la República, siguiendo el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 375 de la Constitución, aprobó el Acto Legislativo 01 de julio 7 de 2016, "por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".[17]

El artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2016 (A.L. 01/16) contiene un artículo transitorio (no aplicable en su totalidad)[18] que por su novedad constitucional se transcribe a continuación la parte vigente:

[17] Publicado en el *Diario Oficial,* núm. 49.927.

[18] "En desarrollo del derecho a la paz el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un **Acuerdo Especial** en términos del articulo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer *garantías de cumplimiento* del Acuerdo Final, una vez este haya sido firmado y entrado en vigor **ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad** para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y Desarrollo del Acuerdo Final. En desarrollo del Derecho a la Paz, el Procedimiento Legislativo Especial para la aprobación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, incluirá un «procedimiento de ley aprobatoria Acuerdo Especial» con los siguientes criterios procedimentales especiales: envío al Congreso para su incorporación al derecho interno por medio de una ley; tramitación como ley ordinaria; radicación del proyecto ante la Secretaría del Senado y publicación, debate en comisiones constitucionales conjuntas del Senado y Cámara, votación, debate en plenaria del Senado; y debate en plenaria de la Cámara. El tránsito del proyecto entre Comisión y plenaria será de 8 días, las votaciones serán únicamente de aprobación o improbación de todo el texto; *control de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial*, sanción presidencial y publicación en diario oficial; el Gobierno se obligará a presentar esta ley aprobatoria inmediatamente sea firmado y aprobado el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, y entrado en vigor el presente Acto Legislativo" (subrayado, negrillas y cursivas son nuestras). Esta novedosa presentación del bloque de constitucionalidad incluyendo como Acuerdo Especial al Acuerdo Final Paz en los términos del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, por medio de una reforma constitucional, provocó la oposición del partido político del Centro Democrático liderado por el expresidente de la República y senador Álvaro Uribe Vélez y otros movimientos políticos, y consecuencialmente quien negoció con el gobierno de Santos su eliminación, según lo pactado en el Acuerdo Final renegociado.

> (…) El procedimiento legislativo de aprobación de leyes o actos legislativos para la implementación o desarrollo del Acuerdo Final, será el Procedimiento Legislativo especial para la Paz establecido en el artículo primero de este Acto Legislativo, y estará en vigencia para la aprobación de normas de implementación y desarrollo l Acuerdo Final durante el tiempo establecido en el mismo artículo.
>
> El *control constitucional* relacionado con la aprobación de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial, será único y *automático*.
>
> El control constitucional relacionado con la implementación del Acuerdo Final mediante Leyes ordinarias o leyes estatutarias será único y automático. (las cursivas son nuestras)

La entrada en vigencia del A.L. 01/16 se condicionó a *la refrendación popular del Acuerdo Final* (art. 5),[19] lo cual no se logró porque el plebiscito resultó fallido, razón por la que dicha reforma constitucional no entró en vigencia en la forma prevista sino mediante otro mecanismo surtido en el Congreso "como órgano de representación popular por excelencia",[20] en el marco de un *proceso constituyente fragmentado* que se mantiene latente por la consecución de la Paz. En otras palabras, esta reforma constitucional (A.L. 01/16) entró en vigencia por voluntad del Congreso, como se estableció en el inciso 1 del artículo 1 de la ley 1820.

Adelante volveremos con el A.L. 01/16 para explicar los procedimientos legislativos *fast track* para la implementación del Acuerdo de Paz mediante la aprobación de reformas constitucionales y legales, que con voluntad constituyente pluralista confluye a la construcción de un nuevo constitucionalismo para la Paz, en un conflicto armado interno, con la presencia de los combatientes.

4. PROCESO PLEBISCITARIO FALLIDO

> Consintiendo, el derecho a la paz en un derecho fundamental, como cualquier derecho fundamental, es contra mayoritario, cuya actuación es «deber de obligatorio cumplimiento» incluso contra la voluntad de la mayoría. Por esto sería

[19] Artículo 5 del Acto Legislativo: "El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final (…)", para lo cual se convocó al pueblo a un plebiscito el 2 de octubre de 2016, que fracasó en las urnas.

[20] *Cfr.* art. 1 de la Ley 1820 de diciembre 30 de 2016, *Diario Oficial,* núm. 50.102, 30 dic 2016, p. 1.

impropio y inaceptable someter la paz, o sea la solución política negociada del conflicto a cualquier consulta popular.[21]

Hay que reconocer que el 2 de octubre de 2016 de manera precipitada y sin una pedagogía constitucional ni campaña política se citó a las urnas a los ciudadanos colombianos a un plebiscito sin pueblo.

No obstante lo anterior, a continuación exponemos los siguientes hechos políticos que como constancia histórica registramos en el marco de un *proceso constituyente fragmentado*, cuyo resultado serán actos constituyentes (las reformas constitucionales) porque, como se dijo, el proceso constituyente se mantiene latente.

4.1. Pronunciamiento del Congreso sobre la conveniencia de la convocatoria al plebiscito por el Presidente de la República

La Ley estatutaria 1757 de julio 6 de 2015, "por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática", en el artículo 20, literal c), estableció la regulación de la convocatoria al plebiscito.[22]

En efecto, el Congreso de la Republica como órgano de representación popular se pronunció favorablemente acerca de la conveniencia de convocar el plebiscito, y acto seguido el Presidente hizo la convocatoria del pueblo a las urnas, para el domingo 2 de octubre de 2016.

4.2. Carácter vinculante de la decisión plebiscitaria

La Ley Estatutaria 1806, en el artículo 3, que trata del *"carácter y consecuencias de la decisión* había previsto que: "La decisión aprobada a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Estable y Duradera, tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo".

21 Ferrajoli, *op. cit.,* p. 148.

22 La norma preceptúa lo siguiente: "*Plebiscito*. El Congreso de la Republica deberá pronunciarse sobre la conveniencia de la convocatoria a plebiscito. Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República haya informado sobre su decisión de realizar un plebiscito, ninguna de las dos Cámaras por la mayoría simple haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo. En ningún caso podrá versar sobre la duración del mandato presidencial ni podrá modificar la Constitución Política".

4.3. Ausencia de voluntad refrendataria

El domingo 2 de octubre se llevó a cabo el plebiscito sin que el pueblo refrendara el Acuerdo Final, porque el número de votos por el "No" superó el "Sí".

4.4. Sin vigencia el Acuerdo Final

El Acuerdo Final no entró en vigor como se había previsto porque, repetimos, no hubo refrendación popular en las urnas, sino por refrendación del Congreso, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1820 de diciembre 30 de 2016.[23]

Obsérvese que las Leyes 1757 y 1806, transcritas parcialmente, se redactaron pensando en un resultado electoral positivo, el cual fue adverso como se explicó. En la hipótesis de un plebiscito fallido la Corte Constitucional había previsto el desarrollo de un *proceso de refrendación popular* en varias etapas con participación del pueblo y del Congreso de la República.

En efecto, la Corte Constitucional:

> (…) puso de presente los lineamientos a seguir en caso de darse el NO como respuesta mayoritaria en la jornada plebiscitaria; que dicho pronunciamiento de la alta Corte indica que *se mantienen las competencias del Presidente de la República, para mantener el orden público*, "incluso a través de la negociación con grupos armados ilegales, tendiente a lograr otros acuerdos de paz".[24] (las cursivas son nuestras).

Adviértase que el carácter vinculante del plebiscito no sería jurídico sino político para el Presidente, quien no obstante del adverso resultado electoral continuó en ejercicio de funciones presidenciales para conservar el orden público, por mandato de la Constitución,[25] en el marco de un *proceso constituyente fragmentado*.

---

[23] El art. 1 de la Ley 1820 de 2016 preceptúa lo siguiente: "(…) que la refrendación popular es un proceso integrado por varios actos, la presente ley declara que la refrendación popular del Acuerdo Final (…), fue un proceso abierto y democrático constituido por diversos mecanismos de participación, en los que se incluyeron escenarios de deliberación ciudadana, manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática y la participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016 (…)" (*Diario Oficial,* núm. 50.102, p. 1).

[24] Véase la p. 1 del Preámbulo del Acuerdo Final, publicado en la *Gaceta del Congreso*, núm. 1075, de noviembre 25 de 2016. Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016.

[25] *Cfr.* Constitución, art. 189, num. 4.

¿Qué pasó después del plebiscito fallido del 2 de octubre de 2016?

5. Plebiscito sin pueblo. Renegociación del *Acuerdo final*. Pluralismo político

EL conflicto armado interno se origina en un escenario con una sociedad desigual y en un contexto histórico social, económico, político y cultural discriminatorio y excluyente, dejando millares de muertos en la segunda parte del siglo xx y lo que va corrido del xxi, siendo de interés general lograr un Acuerdo Político de Paz fruto de un *consenso-compromiso* (un pacto o contrato social), entre los combatientes de las FARC-EP y el Estado colombiano, aún anclado en el marco hegemónico de los partidos políticos tradicionales (liberal y conservador) que bloqueando el pluralismo político agudizaron el conflicto, por lo que se requiere una *regeneración constitucional democrática* ante la crisis del Estado social, democrático de derecho,[26] contribuyendo con sus causas a la abstención del pueblo en las urnas, como se apreció el 2 de octubre de 2016, con un plebiscito sin pueblo.

En una sociedad formalmente democrática, como la nuestra, también tendrían derecho a participar pluralmente las fuerzas políticas del *disenso* para lograr un nuevo Acuerdo Político sin exclusiones, porque con la imposición de las mayorías y discriminando a las minorías sería inestable y no duradera la Paz, y se prolongaría el conflicto armado interno. "La democracia es la forma política de la paz social y lo que es el precio de la paz: el compromiso".[27]

En el marco del *proceso constituyente fragmentado* el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos renegoció[28] el Acuerdo Político con la oposición del ex presidente y senador de la República Álvaro Uribe Vélez, garantizando el pluralismo político; solo así un nuevo pacto social reabre los espacios que había cerrado la democracia representativa para reformar la Constitución, adoptando una *democracia representativa compensatoria* configurando un *Estado social, democrático de derecho para la Paz*, garantizando a las víctimas y a sus familiares el libre y pleno ejercicio de sus derechos humanos a la verdad, reparación integral, la no repetición y el acceso a la *Justicia Especial*

[26] *Cfr.,* Tur Ausina, Rosario y otras, *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, *…cit.,* 2016.

[27] *Cfr. Kelsen, Hans, Defensa de la democracia (1932)*, Esi Nápoles, 1991, p. 46, trad. por A. Carrino, citado por Ferrajoli, *op. cit.,* p. 158.

[28] La eliminación del bloque de la constitucionalidad (con el Acuerdo Final de Paz incluido como Acuerdo Especial) de la reforma constitucional que lo creó (Acto Legislativo 01 de 2016).

para la Paz, independiente e imparcial para que las futuras generaciones vivan en Paz, sin víctimas ni victimarios.

Reafirmamos "que los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí"[29] para el establecimiento y mantenimiento de una Paz verdadera, fruto de "un pacto duradero, un auténtico tratado de paz sobre el cual construir un futuro común".[30]

El 30 de noviembre de 2016 el Congreso de la República adoptó la decisión política de refrendar el "Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera".[31] De esta forma culminó el proceso de refrendación popular[32] con las fuerzas políticas representadas en el Congreso, en un *proceso constituyente fragmentado* con las aportaciones que en adelante mencionaremos, previo el siguiente aporte relacionado con la Jurisdicción Especial para la Paz, creada mediante la siguiente reforma constitucional.

6. Acto legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones

Mediante esta reforma constitucional (A.L.1/17) se introdujo un Título Transitorio en la Constitución con el fin de establecer el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y se formalizó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) para administrar justicia de manera transitoria (arts. transitorios 1 y 5) con varios órganos judiciales, entre otros, el Tribunal para la Paz (art. transitorio 7). Tanto como el Sistema, la Jurisdicción y el Tribunal tienen su origen en el Acuerdo de Paz.[33]

---

29 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 63/128, de diciembre 11 de 2008, *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional*.

30 Zagrebelsky, Gustavo, cit., por Rodríguez Bereijo, Álvaro, "Los Silencios de la Constitución", en el *Diario ABC,* Madrid, 30 mar 2017, p. 3.

31 "Los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2016, el cual entró en vigencia con la culminación del proceso refrendatario", *cfr.* art. 1, inc. 3 de la Ley 1820. De esta forma entró en vigencia la reforma constitucional contenida en el A.L. No 1/16.

32 *Cfr. Diario Oficial,* núm. 50.102, 30 dic 2016, p. 1.

33 Véase Acuerdo Final de Paz, punto 5, *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto*, pp. 124, 143, 152, 153, 161 y 167.

7. Modificaciones estructurales transitorias al ordenamiento jurídico colombiano. Nuevo constitucionalismo por la paz

De la primera reforma constitucional aprobada mediante el A.L. 01/16 se destacan, entre otras, dos modificaciones estructurales al ordenamiento jurídico interno: en primer lugar al Derecho Constitucional y en segundo lugar al Derecho Procesal Constitucional.

Con la segunda reforma constitucional, según el A.L. 01/17, se crearon la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y el Tribunal para la Paz para lo cual, como se anunció, se introdujo un Título Transitorio en la Constitución.

La Jurisdicción y el Tribunal tendrán la competencia para establecer las graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y resolver caso (hechos) a caso (hechos), por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno en Colombia, aplicando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *acquis conventionnel* (*acervo convencional*) con el objeto de garantizarle a las víctimas del conflicto verdad, justicia, reparación integral y medidas de no repetición, generando así un nuevo constitucionalismo por la Paz, misión histórica que le corresponderá a la Jurisdicción y al Tribunal para la Paz. Adelante ampliaremos estos temas al referirnos a la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario.

7.1. Derecho Constitucional

En primer lugar nos referimos a los aportes de la primera reforma constitucional (A.L. 01/16) que incorporó novedosos procedimientos legislativos para la implementación del Acuerdo Final denominados procedimientos *fast track* , que es importante mencionar para la historia constitucional colombiana, ya que ello se logró, como se anunció, en un *proceso constituyente fragmentado*.

*7.1.1. Procedimientos legislativos **fast track***

El artículo 4 del A.L. 01/16 –con una disposición transitoria– se refería a la incorporación al ordenamiento jurídico interno del Acuerdo Especial por medio de ley ordinaria.[34]

[34] "(…) En desarrollo del Derecho a la Paz, el Procedimiento Legislativo Especial para la aprobación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una

En efecto, en los artículos 1 y 4 del A.L. 01/16 se establecieron dos procedimientos legislativos diferentes y facultades legislativas al Presidente de la República, a saber:

7.1.1.1. Procedimiento Legislativo Especial para la Paz

Se establecen unas reglas de procedimiento especiales para adelantar los debates y aprobación de los proyectos de Actos Legislativos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley; entre otras reglas comunes las siguientes: los proyectos son de iniciativa exclusiva del gobierno, así como también las modificaciones que se propongan a su texto, y tendrán trámite preferencial; el tránsito de los proyectos entre una y otra Cámara será de 8 días, y todos los proyectos se podrán tramitar en sesiones extraordinarias. Reglas especiales: Los proyectos de Acto Legislativo se aprobarán en una sola vuelta y por mayoría absoluta. El primer debate de los proyectos de ley se dará en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes, y el segundo debate en las plenarias de cada cámara y serán aprobados por las mayorías previstas en la Constitución y la ley; de esta forma se simplifican las fases procedimentales y se abrevian los plazos para el debate y la aprobación de los proyectos. Estas reglas están contenidas en el artículo 1 y concordantes del Acto Legislativo 01 de 2016.

El procedimiento especial se viene aplicando y fruto de ello es el Acto Legislativo 01 de 2017,[35] la Ley 1820 de 2016,[36] y la Ley 1830 de 2017.[37]

Paz Estable y Duradera, incluirá un «**procedimiento de ley aprobatoria del Acuerdo Especial**» con los siguientes criterios procedimentales especiales: envío al Congreso para su incorporación al derecho interno por medio de una ley; tramitación como ley ordinaria: radicación del proyecto ante la secretaría del Senado y publicación, debate en comisiones constitucionales conjuntas del Senado y Cámara, votación, debate en plenaria del Senado y debate en plenaria de la Cámara. El transito del proyecto entre comisión y plenaria será de 8 días, las votaciones serán únicamente de aprobación o improbación de todo el texto; control de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial, sanción presidencial y publicación en diario oficial; el Gobierno se obligará a presentar esta ley aprobatoria inmediatamente sea firmado y aprobado el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, y entrado en vigor el presente Acto Legislativo (…)". Este procedimiento no se está aplicando.

35 "Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial*, núm. 50.196, 4 abril 2017.

36 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial,* núm. 50.102, 30 dic 2016.

37 "Por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la ley 5 de 1992", publicada en el *Diario Oficial,* núm. 50.167, 6 mar 2017.

7.1.1.2. Procedimiento de ley aprobatoria del Acuerdo Especial

Este procedimiento se regiría por unos criterios procedimentales especiales que se aplicarían durante el trámite de los debates del proyecto de ley ordinaria aprobatoria del Acuerdo Especial; ley por medio de la cual se incorporaría al ordenamiento jurídico interno dicho Acuerdo, lo cual no se logró por el plebiscito fallido.

7.1.1.3. Facultades legislativas presidenciales para la paz

El A.L. 01/16, en el artículo 2, en el artículo transitorio, le confirió facultades al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para la paz. Un ejemplo de este ejercicio de facultades son los Decretos 121 de 2017[38] y 277 de 2017.[39]

7.1.2. Legislación transitoria para la Paz

Se infiere de lo anterior que la normatividad constitucional y legal, aprobada en el marco de un *proceso constituyente fragmentado*, en el que se implementa el Acuerdo de Paz será en gran parte transitoria, aunque algunas normas serán permanentes, precisamente para mantener la Paz.

Las reformas constitucionales y legales aprobadas mediante los procedimientos *fast track* constituyen además un aporte al derecho procesal constitucional al que nos referiremos adelante.

7.1.3. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR)

La reforma contenida en el A.L.1/17 incorpora un Título Transitorio a la Constitución, y el Capítulo I se relaciona con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que estará compuesto por unos mecanismos y órganos que podríamos clasificar así:

38 "Por el cual se adiciona un capítulo transitorio al Decreto 2067 de 1991", publicado en el *Diario Oficial,* núm. 50.128, 26 ene 2017.

39 "Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones", *Diario Oficial,* núm. 50.150, 17 feb 2017.

7.1.3.1. Mecanismos de carácter extrajudicial

Por definición son de carácter extrajudicial la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (art. 2), la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (art. 3), y las medidas de reparación integral para la construcción de paz y garantías de no repetición.

7.1.3.2. Órganos de carácter judicial

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) administrará justicia de manera transitoria y autónoma, y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones (art. 5).

1) Jurisdicción Especial para la Paz

- **Conformación:**

La JEP está conformada con los siguientes órganos judiciales:

> "La Jurisdicción estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un Presidente" (art. 7).

- **Funcionamiento:**

Sin incluir las normas de procedimiento los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz adoptarán un *Reglamento* para la organización y funcionamiento de dicha jurisdicción (A.L. 01/17, art. 12).

- **Normas de procedimiento:**

Los magistrados de la JEP prepararían las normas de procedimiento para ser incorporadas a un proyecto de ley que el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República para su aprobación, y sería una especie de código de procedimiento a seguir en dicha jurisdicción (art. 12).

- **Selección y elección de los magistrados de la JEP:**

Los magistrados de la JEP serán seleccionados y elegidos por un *Comité de Escogencia*, el cual será conformado por Reglamento expedido por el Gobierno Nacional, con criterios de participación equitativa entre hombres

y mujeres, garantías de no discriminación y respeto a la diversidad étnica y cultural.

Hay que advertir que el artículo 7 distingue entre la conformación de la JEP y la del Tribunal.

2) Tribunal para la Paz. Conformación

El Tribunal es el órgano de cierre y la máxima instancia de la JEP que resuelve los casos mediante sentencia:

> El Tribunal estará conformado por dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. El Tribunal para la Paz estará conformado por un mínimo de 20 magistrados colombianos titulares. Además, se contará con 4 juristas expertos extranjeros que intervendrán. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sección que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio. Estos últimos actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes al caso. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los debates de la Sección en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho de voto.
>
> Las Salas de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; de definición de las situaciones jurídicas; y de amnistía o indulto estarán conformadas por un total de 18 magistrados colombianos. Además, se contará con 6 juristas expertos extranjeros. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sala que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio, con el fin de emitir un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes del caso. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los debates de la Sala en la que hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho a voto.
>
> Además, estarán a disposición de la JEP 13 magistrados colombianos adicionales en calidad de magistrados suplentes o sustitutos, y 4 juristas expertos extranjeros para intervenir como *amicus curiae* suplentes o sustitutos. En caso de que se requiera, el pleno de magistrados de la Jurisdicción hará los nombramientos necesarios de la lista de magistrados suplentes o sustitutos o de la lista de juristas extranjeros suplentes o sustitutos, seleccionados por el Comité de Escogencia (art. 7).

Es importante precisar que en la Ley 1820 de 2016 se establecen las competencias y el funcionamiento de la sala de amnistía e indulto (art. 21), y de la sala de definición de situaciones jurídicas (arts. 28 y 44) en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Continuamos con los aportes del A.L. 01/16 en el ordenamiento jurídico interno.

7.2. Derecho procesal constitucional

Es un conjunto de normas, principios y valores consagrados en la Constitución y la ley que regulan los procesos constitucionales que tienen por objeto garantizar con justicia y efectividad la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos.[40]

7.2.1. Nuevos controles de constitucionalidad

Los citados artículos 1 y 4 del A.L. 01/16 (reforma constitucional) contiene cada uno un artículo transitorio que establece dos controles de constitucionalidad únicos y automáticos, con los respectivos procesos constitucionales a seguir que podríamos denominar procesos abreviados, una novedad para el derecho procesal constitucional; todo por la paz. Veamos.

El citado artículo 1, artículo transitorio del A.L. 01/16, expresa que los proyectos de ley y de acto legislativo tendrán control automático y único de constitucionalidad posterior a su entrada en vigencia, y solo por vicios de procedimiento en su formación los términos de la revisión de constitucionalidad se reducirán a la tercera parte del procedimiento ordinario.

Las leyes estatutarias tendrán control previo de constitucionalidad, según el artículo 153 de la Constitución.

En el citado artículo 2, artículo transitorio, inciso tercero del A.L. 01/16 se estableció que: "los decretos tendrán control automático posterior a su entrada en vigencia", y la Corte tendrá un plazo de dos meses para adelantar el respectivo proceso constitucional, cuyo desarrollo está reglado en el artículo 3 del Decreto 121 de 2017.

El citado artículo 4 de la reforma constitucional expresa lo siguiente:

> (…) El control constitucional relacionado con la aprobación de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial, será único y automático.
>
> El control constitucional relacionado con la implementación del Acuerdo Final mediante Leyes ordinarias o leyes estatutarias será único y automático.

[40] *Cfr.* Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Giovanna Alejandra, *El derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016, p. 1.

7.2.2. Procesos constitucionales atípicos

En nuestro concepto, con la activación de cada control de constitucionalidad se promueve el respectivo proceso constitucional a seguir con el objeto de garantizar la supremacía de la Constitución, reglados según los artículos 4 y 214, numeral 6 de la Constitución, y el Decreto 2067 de 1991, art. 44, modificado por el Decreto 121 de 2017.

Acerca de la constitucionalidad del A.L. 01/16 la Corte Constitucional expresó que "(…) es una enmienda transitoria a la Carta, que consagra un mecanismo especial para la expedición de actos legislativos (…) lo cual se justifica en el marco de negociaciones de paz".[41] En la misma Sentencia C-699 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 2 de la citada reforma constitucional relacionado con las facultades extraordinarias al Presidente de la República para "facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo"[42] del Acuerdo de Paz.

Los dos controles de constitucionalidad se diferencian porque el primero se relacionaba con el control de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial (no vigente), y el segundo con el control de los proyectos de ley ordinarias, o leyes estatutarias, o proyectos de actos legislativos y los decretos con fuerza de ley. Con la segunda reforma constitucional (A.L. 01/17) se hizo otro aporte.

7.2.3. Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz

El artículo 8 del A.L. 01/17 estableció una modalidad de acción de tutela "contra acciones y omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, o violen o amenacen los derechos fundamentales" (art. 8). La acción deberá ejercerse ante el Tribunal para la Paz y procederá contra providencias judiciales solo por una manifiesta vía de hecho; será un proceso constitucional de doble instancia y tendría revisión eventual ante la Corte Constitucional; una sala conformada por dos magistrados de dicha JEP y dos magistrados de esta Corte tomará la decisión sobre la selección del fallo a revisar. El fallo de la Corte no podrá anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la JEP. Este fallo será remitido al Tribunal para que adopte la decisión que corresponda, contra la cual no procederá una nueva acción de tutela. Se reglamenta así un nuevo proceso constitucional.

Las anteriores son las modificaciones estructurales transitorias al ordenamiento jurídico colombiano.

---

41 Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2016.

42 *Ibidem*, sentencia C-699 de 2016.

El Acuerdo Final para la Paz además tiene la impronta del Derecho Internacional Humanitario (DIH), porque las Partes en el conflicto (los combatientes Estado y FARC) tienen que someterse a los "usos y costumbres de la guerra" en el que tiene aplicabilidad el DIH.

Continuamos con una exposición crítica y propositiva.

7.3. Derecho Internacional Humanitario

Los orígenes del derecho a la guerra se remontan a los orígenes del derecho internacional público,

> (…) ya que los primeros contactos entre grupos sociales y comunidades pre estatales eran, sobre todo, relaciones de conflicto. En este contexto, surgieron principales normas consuetudinarias.[43]
>
> El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicados en los conflictos armados, internacionales y no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios utilizados en la guerra (*Derecho de La Haya*), o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que puedan estar afectados por el conflicto (*Derecho de Ginebra*).[44]

Presentamos la siguiente clasificación con sus principales instrumentos[45] para referirnos al *Derecho de Ginebra,* concretamente a los cuatro[46] Convenios de Ginebra (1949).

---

43 Swinarski, Christopher, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 9.

44 Swinarski, *op. cit.,* p. 15.

45 *Derecho de La Haya,* comúnmente conocido como Derecho de la Guerra *(ius ad bellum)*, con sus Convenios de 1899 y 1907. *Derecho de Ginebra*, denominado como el Derecho de Ginebra (*ius in bello*), también conocido comúnmente como Derecho Internacional Humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra (1949) los y Protocolos I y II (1997). Según Swinarski el *ius ad bellum* ha desaparecido, "de manera que lo que aún queda del derecho de la guerra está en los dos cuerpos de normas antes mencionadas, es decir, el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya; ambos constituyen el derecho aplicable en la guerra *(ius ad bellum)*. De las reglas [del derecho internacional clásico de la guerra] solo quedan las tendientes a convertir el conflicto armado, ahora, lícito, es más humano, mediante las prohibiciones del Derecho de La Haya, y mediante el Derecho de Ginebra las tendientes a proteger a sus víctimas. La normas del derecho de la guerra que permanecen aún en vigor son las que forman actualmente el Derecho Internacional Humanitario", …*cit.*, p. 13.

46 Convenio I, *la protección de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en caso de conflicto armado internacional en la tierra*; Convenio II, la protección de *los heridos y los*

"Desde 1945 los conflictos no internacionales han sido mucho más frecuentes que la guerra entre Estados. Esta situación, junto con el desarrollo de nuevos métodos bélicos originaron la necesidad de complementar los Convenios de Ginebra",[47] por ello las Naciones Unidas convocó la Conferencia de Ginebra (1974 y 1977), en la que se suscribieron los Protocolos I[48] y II[49] (1997).

Como se explicó, la historia de post-guerra (1945) enseñó que la mayoría de los conflictos armados eran conflictos internos, por lo que se demostró la insuficiencia del artículo 3 Común, por eso fue que en la Conferencia de Ginebra se adoptó el Protocolo II,[50] que viene a completar el artículo 3 Común a los cuatro Convenios.[51]

Los Protocolos se relacionan con la protección de las víctimas: en los conflictos armados internacionales (I) y en los conflictos armados sin carácter internacional (II), "y este pretendió ser un desarrollo del artículo 3 Común a los Convenios".[52]

En relación con el DIH resaltemos varios aspectos jurídicos en cuanto a su aplicabilidad en el conflicto armado interno en el ordenamiento jurídico colombiano, y su ubicación como fuente del derecho, según la jurisprudencia constitucional.

En primera lugar Colombia es Estado Parte en los cuatro Convenios de Ginebra[53] de agosto 12 de 1949, y en los Protocolos I y II[54] de junio 10 de 1997, suscritos en Ginebra, por tanto está obligado internacionalmente a

enfermos y los náufragos en caso de conflicto armado internacional en el mar; Convenio III *relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, y Convenio IV *relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra*. Todos los Convenios se suscribieron en Ginebra el 12 de agosto de 1949.

47 Swinarski, *op. cit.*, p. 17.

48 Protocolo I *relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.*

49 Protocolo II *relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*.

50 Del Protocolo II se destacan tres Títulos: *Trato humano* (arts. 4-6), *Heridos, enfermos y náufragos* (arts. 7-12), y *Población civil* (arts. 13-18).

51 Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1235 y 1236.

52 Fernández, Tomás Antonio y otros, *Curso de derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 496.

53 Se aprobaron los cuatro Convenios por medio de la Ley 5ª de 1960, y se ratificaron el 8 de noviembre de 1961, en vigor desde el 8 de mayo de 1962.

54 Se firmaron por el Estado colombiano los Protocolos I y II, el 8 de mayo de 1962, en Ginebra. Mediante ley 171 de 1994 se aprobaron el Protocolo II, y se ratificaron el 1 de septiembre de 1993 y 14 de agosto de 1995, respectivamente. En vigor desde el 1 de marzo de 1994 y 15 de febrero de 1996, respectivamente.

cumplir su normativa de la cual forman parte algunas normas del artículo 3 Común a los cuatro Convenios, que son normas *ius cogens*.

En segundo lugar la Corte Constitucional reconoció un "valor *supraconstitucional* [al] derecho internacional humanitario",[55] es decir que los instrumentos del DIH tienen jerarquía superior a la Constitución. Así mismo, al interpretar el artículo 93 de la Constitución la Corte expresó que "(…) el constituyente consagró la *primacía* del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos"[56] sobre el ordenamiento jurídico interno (lo resaltado en cursivas fuera del texto), además "las normas de Derecho Internacional Humanitario son parte integrante del *ius cogens*" y forman parte del bloque de constitucionalidad.[57] Adelante presentamos ejemplo de una norma constitucional inconvencional por ser incompatible con el DIH.

En tercer lugar, 194 Estados han firmado los Convenios de Ginebra, entre otros, el Estado colombiano:[58]

> En el ordenamiento Internacional coexisten normas imperativas o de *ius cogens*, motivo por el cual generan obligaciones y derechos *erga omnes,* tienen carácter universal. Se trata de normas consuetudinarias surgidas de la práctica estatal, que cuentan con el convencimiento generalizado de los Estados, no solo acerca de su obligatoriedad, sino también de su imperatividad.[59]

Una gran mayoría de las normas de DIH son normas **imperativas**,[60] y los Estados deben respetar esas normas de "*ius cogens* o «normas imperativas», aunque no estén recogidas en un documento y firmado por ellos";[61]

---

55 Corte Constitucional, sentencia C-574 de octubre 28 de 1992, por medio de la cual se declaró constitucional el Protocolo I Adicional.

56 *Idem*.

57 *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-225 de mayo 18 de 1995.

58 "Los 194 países existentes en ese momento habían firmado los Convenios de Ginebra: El CICR con sede en Ginebra, recalca que es la primera vez en la historia moderna que un tratado internacional es firmado por todos los Estados". Leiva Durán, Álvaro, *No se asuste, presidente. Conflicto interno y arroz con coco*, en Diario *El Tiempo*, p. 27, disponible en: *www.Swissinfo.ch*

59 López Martin, Ana Gema y otros, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid, Diles, 2016, pp. 44 y 45.

60 "(…) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53.

61 Bouchet-Saulnier Francoise, *Diccionario Práctico de Derecho Humanitario*, Barcelona, Ediciones Península, 2001, p. 400.

(…) es una condición de la que se revisten algunas normas emanadas de los tratados y la costumbre internacional".[62]

Examinemos cuáles normas son *ius cogens*.

7.3.1. El artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra

Comenta Roger Pinto que el artículo 3 constituye una "Convención en miniatura".[63] Según Jean Pictec el artículo 3 es la norma común que rige los cuatro Convenios de Ginebra.[64]

Aclararemos. No todas las disposiciones del contenido del artículo 3 Común[65] son normas de *ius cogens*.

Según el artículo 3 Común:

---

62 Olasolo Alonso, Héctor, *"La naturaleza imperativa del principio «No hay Paz sin justicia» respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada justicia de transición",* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 145, ene-abr, México, UNAM, 2016, p. 148.

63 Roger Pinto, *Les règles du droit international concernant la guerre civile, Recueil des Cours*, Vol. 114 (1965-I), p. 524.

64 Cfr. Jean Pictec, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Bogotá, Plaza y Janés Editores, 1998, pp. 4, 6 y 9.

65 El artículo 3 Común expresa lo siguiente: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: "1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: *a)* los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; *b)* la toma de rehenes; *c)* los atenta dos contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; *d)* las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

> (…) las Partes contendientes están obligados a respetar una serie de normas mínimas que se traducen en: 1) la obligación de *trato humanitario e igual* respecto de cualquier persona que no participe en el conflicto, incluidos los miembros de la fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o se encuentren por cualquier otra causa fuera de combate; dicho trato humanitario impide a las Partes atentar contra la vida, la integridad corporal, la dignidad de la persona o su seguridad jurídica en materia penal, y 2) la obligación de *socorro y cuidado* de los heridos y enfermos.[66]

De esas normas mínimas los numerales 1 y 2 del artículo 3 Común –que se resaltan en negrillas– constituyen normas de *ius cogens,* de origen consuetudinario, según la doctrina internacionalista:[67]

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atenta dos contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

---

66 Remiro Brotons y otros, *op. cit.*, p. 1235.

67 Cfr. Suárez Leoz, D. David, "Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario: normativa aplicable", en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2007, p. 720. *Cfr.* Vacca Fernández, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto en de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 159, 160, 241 y 242. *Cfr.* Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 247.

En términos generales el anterior conjunto normativo (num. 1, lit. *a, b, c* y *d,* y num. 2) es un **mínimo** de normas imperativas humanitarias de obligatoria aplicación automática (*self executing*) sin condiciones de reciprocidad, porque son prohibiciones absolutas observables en cualquier tiempo y lugar por las Partes en los conflictos armados internos, caracterizados por *hostilidades* en las que se enfrentan *fuerzas armadas*, con un ámbito de aplicación tanto a los miembros de las fuerzas armadas como a las personas que no toman parte en las hostilidades, como son las *personas civiles* que no llevan armas, a quienes se les debe garantizar un trato humano.[68]

En términos específicos las cuatro prohibiciones contenidas en los literales *a, b, c* y *d* del numeral 1, y el numeral 2 son incompatibles con un trato humanitario: "Las letras a) y c) concernientes a los actos que repugnan de una manera más particular a la consciencia universal",[69] por tanto el anterior conjunto normativo resaltado en negrillas [numeral 1, literales *a, b, c* y *d* y numeral 2)] son normas *ius cogens*. "Las normas de *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional general *prevalecen* sobre cualesquiera otras normas que no tengan ese carácter".[70]

Veamos hipotéticamente lo que podría ser la *prevalencia* de normas de *ius cogens* sobre la normatividad legal interna, por hechos sucedidos en un conflicto armado interno, a título de ejemplo.

La oración gramatical que a continuación resaltamos en cursivas[71] del artículo transitorio 24, *Responsabilidad de mando* de la reforma constitucional (A.L. 01 /17) podría ser inconvencional, en abstracto, al ser aplicables las reglas operacionales militares que eventualmente serían compatibles con la normatividad legal colombiana, pero podrían ser incompatibles con el numeral 2[72] del artículo 3 Común, por ejemplo, una de las Partes en el conflicto (el Estado) impedir la asistencia médica a los enfermos por las heridas causadas en el combate, porque como rehenes de guerra están so-

68 Cfr. Uhler, Oscar M. y otros, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,* Comité Internacional de la Cruz Roja, bajo la dirección editorial general de Jean Pictec, Ginebra, 1998, pp. 333, 335, 336, 337, 338, 339 y 341.

69 Pictec, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, *op. cit.,* p. 9.

70 Rodríguez Carrión, Alejandro J. *Lecciones de derecho internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 144.

71 Artículo transitorio 24. "Para la determinación de la responsabilidad de mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, *y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal*" (cursivas nuestras).

72 "2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos".

metidos a tratos humillantes y degradantes como castigo, por el hecho de sospechar que son guerrilleros.[73]

El ejemplo propuesto (impedir la asistencia médica a los rehenes de guerra es una práctica militar, aplicada como una regla operacional) podría dar lugar a un caso concreto de competencia del Tribunal para la Paz que deberá inaplicar la citada norma constitucional y aplicar la norma del artículo 3 Común, activando el control de convencionalidad[74] para resolver el caso concreto como un crimen de guerra, invocando como fundamentos la jurisprudencia internacional y el artículo 27[75] de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados:

> Un Estado no puede aducir su propia Constitución frente a otro Estado para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Internacional o los Tratados en vigor.[76]

Recordemos que la JEP (y el TEP), además de las fuentes del derecho enumeradas en la reforma constitucional citada (art. transitorio 24 *Responsabilidad de mando)* para resolver caso (hechos) a caso (hechos), aplicará la Ley de Amnistía e indulto 1820 de diciembre 30 de 2016.[77]

El anterior ejemplo también podría hacerse extensivo para ser aplicable a "los Movimientos de Liberación Nacional y los llamados agentes no estatales [que] están sujetos a la observancia de las reglas del DIH, aunque no hayan ratificado o adherido a los Convenios de Ginebra y Protocolos son destinatarios de sus nomas",[78] como serían las FARC-EP y los paramilitares, cuyas normas deben respetar como Partes en el conflicto.

---

73 También "ha de recordarse que las normas generales de *ius cogens*, sea cual sea su forma de producción, prevalecen sobre cualesquiera otras normas y obligaciones internacionales" (*Cfr.* Remiro Brotons y otros, *op. cit.*, p. 624), por tanto consideramos que las normas del DIH de *ius cogens* prevalecerán sobre normas de la Constitución si estas son incompatibles con aquellas, y según los hechos del caso concreto a resolver por el juez.

74 Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 1998.

75 Artículo 27. "Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

76 Tribunal Permanente de Justicia Internacional, opinión consultiva, *Trato a los nacionales polacos y a otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzing,* 4 feb 1932.

77 Tít. II, cap. I, arts. 4 y 14 inc. 2; tít. III, cap. I, art. 16 inc. 2, caps. II y III y tít. IV. Esta normativa enumera las competencias en la Jurisdicción Especial para la Paz y sus salas.

78 Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "Ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados", en AAVV, *Derecho internacional humanitario*, *…cit.,* p. 166.

Desde otro punto de vista se ha definido el concepto de norma imperativa como "(…) una norma que en la jerarquía internacional tiene un rango superior al derecho de los tratados, e incluso a las normas consuetudinarias ordinarias".[79]

En este orden de ideas consideramos que las normas de *ius cogens* (imperativas) del artículo 3 Común tienen rango superior en la jerarquía internacional, por tanto concluimos que a la luz de la citada jurisprudencia constitucional colombiana las normas de *ius cogens* tendrían jerarquía supraconstitucional en el ordenamiento jurídico interno. Durante el conflicto armado interno las Partes *podrán* celebrar Acuerdos Especiales.

7.3.2. Acuerdos especiales

El artículo 3 Común en el numeral 2 establece que *"Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio".*

Es el único artículo aplicable a los conflictos armados internos, siempre que un acuerdo especial entre las Partes ponga total o parcialmente en vigor, para ambas partes, otras disposiciones convencionales.[80]

Como se observa la norma prevé la posibilidad de que las Partes en conflicto podrían celebrar acuerdos especiales, para poner en vigor la totalidad o parte de las demás disposiciones del citado Convenio, de modo que es discrecional celebrar o no los acuerdos, por tanto no son normas *imperativas*.

Reviste singular novedad considerar que el Acuerdo Final constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra, según el penúltimo párrafo del Preámbulo de dicho Acuerdo,[81] lo que generará profundos conflictos que afrontará –la Jurisdicción Especial para la Paz– el Tribunal para la Paz al aplicar la Ley 1820 de 2016, de amnistía e indulto para resolver casos por hechos sucedidos en el marco del conflicto armado interno, y dentro del margen de apreciación

[79] Icty, *Prosecutor vs. Anto Furunddja*. Sentencia de diciembre 10 de 1998, cit. por Olasolo Alonso, *op. cit.,* p. 149.

[80] Pictec, Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, *op. cit.,* p. 5.

[81] El texto expresa: "El presente Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Estable y Duradera se suscribe por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), como Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, para efectos de su vigencia internacional".

nacional del Estado colombiano construirá jurisprudencialmente un nuevo concepto de *Bloque de la Constitucionalidad*, el blindaje jurídico al Acuerdo político de Paz con la implementación constitucional y legal que lo desarrolle sin desconocer el principio *pacta sunt servanda*, que también vincula a los Estados por la Paz como un valor supremo, según Ferrajoli.[82]

"El Derecho Internacional Humanitario puede ser un factor de Paz".[83]

8. Bibliografía

Balaquer Callejón, Francisco, "Regeneración democrática y reforma constitucional", en Tur Ausina, Rosario; Calabuig Puig, María Amparo y otros, *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, Madrid, Dykinson, 2016.

Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Bouchet-Saulnier Francoise, *Diccionario Práctico de Derecho Humanitario*, Barcelona, Ediciones Península, 2001.

Fernández, Tomás Antonio y otros, *Curso de derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Ferrajoli, Luigi, "La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz interna", en *Revista Crítica Penal y Poder,* núm. 10, Universidad de Barcelona, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Barcelona, 2016.

Jean Pictec, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Bogotá, Plaza y Janés Editores, 1998.

Leiva Durán, Álvaro, *No se asuste, presidente. Conflicto interno y arroz con coco*, en Diario *El Tiempo*, p. 27, disponible en: *www.Swissinfo.ch*

López Martin, Ana Gema y otros, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid, Diles, 2016.

Olasolo Alonso, Héctor, *"La naturaleza imperativa del principio «No hay Paz sin justicia» respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada justicia de transición"*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 145, ene-abr, UNAM, México, 2016.

[82] Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 147.

[83] Swinarski, *op. cit.*, p. 21.

Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Giovanna Alejandra, *El derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016.

Rey Cantor, Ernesto, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 1998.

Rodríguez Carrión, Alejandro J. *Lecciones de derecho internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.

Roger Pinto, *Les règles du droit international concernant la guerre civile, Recueil des Cours*, vol. 114, 1965-I.

Suárez Leoz, D. David, "Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario: normativa aplicable", en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2007.

Swinarski, Christopher, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.

Uhler, Oscar M. y otros, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,* Comité Internacional de la Cruz Roja, bajo la dirección editorial general de Jean Pictec, Ginebra, 1998.

Vacca Fernández, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto en de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Zagrebelsky, Gustavo, citado por Rodríguez Bereijo, Álvaro, "Los Silencios de la Constitución", en el *Diario ABC,* Madrid, 30 mar 2017.

Magistratura constitucional y tutela efectiva de los derechos políticos en México. La labor interpretativa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

*Marcos del Rosario Rodríguez**

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Aportaciones relevantes al sistema de medios de impugnación por vía interpretativa. 3. Otros aspectos procesales en los que ha existido una contribución por parte del TEPJF. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

1. Consideraciones previas

La jurisdicción electoral a nivel federal, se encuentra compuesta por diversos medios de impugnación, los cuales fueron diseñados para garantizar que, todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales en los procesos electores y de consulta popular, se adecuen a los parámetros de constitucionalidad (convencionalidad) y legalidad.[1]

En el sistema jurídico mexicano, los medios de impugnación electorales están contenidos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME).

Conforme lo dispuesto por el artículo 3, de la referida ley, el sistema de medios de impugnación se encuentra integrado por:

a) El recurso de revisión, para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;
b) El recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;

* Secretario de Tesis Sala Superior Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, e Investigador Nivel 1, Sistema Nacional de Investigadores.

1 Vázquez Alfaro, José Luis, "La justicia electoral federal mexicana", en *Cuestiones Constitucionales,* Revista mexicana de derecho constitucional, núm. 93, Sep-dic, IIJ-UNAM, México, 1998, Sabela disponible en *http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/93/art/art7.htm*

c) El juicio para la protección de los derechos político– electorales del ciudadano;
d) El juicio de revisión constitucional electoral, para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos;
e) El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Nacional Electoral y sus servidores, y
f) El recurso de revisión en contra de las resoluciones y sentencias emitidas en los procedimientos especiales sancionadores para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La LGSMIME fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de noviembre de 1996, dotando al sistema electoral, de un cúmulo de medios de impugnación, supliendo así, una falencia de la que adolecía la estructura estatal; sin embargo, la constante evolución normativa y jurisprudencial de la materia, y el fortalecimiento de la noción de los derechos políticos como auténticos derechos humanos, ha provocado una desactualización, entre lo regulado normativamente, y la realidad jurídica imperante.

Lo anterior, se debe, principalmente, a la omisión legislativa[2] por parte del Congreso de la Unión, para apuntalar de forma idónea, una ley sobre medios de impugnación, ya que gran parte de la normativa en materia de medios de impugnación, no responden eficazmente a las exigencias actuales de control y tutela constitucional.

De ahí que, la evolución del sistema de medios de impugnación se ha trazado en buena medida, desde el plano jurisdiccional, a través de la interpretación constitucional vertida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

La labor del juez constitucional ha sido necesaria e indispensable[3], ante la constante omisión por parte del legislador, de solventar los déficit normativos existentes en el sistema jurado, y de esta manera, propiciar un funcionamiento regular del orden constitucional, pues su eficacia y vigencia, depende de la existencia de medios de control y protección que garanticen la restitución, reparación y sanción, según sea el caso, de aquellos actos, resoluciones u omisiones que afecten la esfera jurídica de las personas, y pongan en riesgo la supremacía del texto constitucional.

---

2 *Cfr*. Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, Porrúa, 2009, pp. 1- 32.

3 *Cfr.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Funciones del juez en los procesos constitucionales", en *Estudios Constitucionales,* año 4, núm. 1, Universidad de Talca, Asiain Chile, 2006, pp. 299- 332

Pese a que se han llevado a cabo reformas constitucionales sensibles en materia electoral (2007 y 2014), el legislador no ha incluido a los medios de impugnación en tales modificaciones, lo cual, como se mencionó, ha generado un distanciamiento a nivel regulatorio, entre la parte sustantiva y la adjetiva.

Por tanto, se vuelve impostergable la expedición de una ley que recoja puntualmente, todas y cada una de las aportaciones que, mediante la labor interpretativa, ha efectuado el TEPJF; solo así, se tendrá un sistema de medios de impugnación acorde con las exigencias constitucionales actuales.

La norma jurídica a expedir, deberá ser formal y materialmente de carácter general, conforme a la nueva competencia constitucional establecida en el año 2014, ya que la ley de medios de impugnación vigente, es de naturaleza federal, aun cuando se denomine "Ley General".[4]

En consecuencia, en el siguiente apartado se analizarán las principales aportaciones interpretativas, realizadas por el Tribunal Electoral, en aras de fortalecer la eficacia y vigencia de los medios de impugnación en materia electoral, conforme a los estándares de control, establecidos a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011[5], en materia de derechos humanos, se han establecido en el sistema jurídico mexicano.

2. Aportaciones relevantes al sistema de medios de impugnación por vía interpretativa

2.1. Recurso de reconsideración

Como se ha venido sosteniendo, las aportaciones del TEPJF han sido claves en la mejorar de la funcionalidad y eficacia de los medios de impugnación en materia electoral. Dentro de dichos medios, el recurso de reconsideración ha sido sin duda, el que más ha evolucionado, en relación a sus alcances, edificándose como un auténtico instrumento de control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Este recurso procede esencialmente, para impugnar los siguientes actos y resoluciones:

---

[4] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México,* 20ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 174-175.

[5] Castillo Sandoval, Jesús, "Hacia una nueva significación de los derechos humanos. La reforma al artículo 1o constitucional", en *Revista Justicia Electoral,* vol. 1, núm. 9, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2012, pp. 19-36.

1) Sentencias de fondo dictadas por las Salas Regionales en los Juicio de Inconformidad que se hayan promovido en contra de los resultados de las elecciones de diputados y senadores.
2) La asignación de diputados y senadores por el principio de representación proporcional que realice el Consejo General del INE.
3) Las sentencias dictadas por las Salas Regionales del TEPJF, en los demás medios de impugnación de su competencia, cuando hayan determinado la no aplicación de una norma por considerarla contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[6]

En el último supuesto de procedencia, es importante advertir que de forma progresiva y consistente, la Sala Superior ha ampliado su alcance y control, configurándose como un medio de revisión constitucional en estricto sentido, en razón de que, la materia de la litis se concentra en la constitucionalidad y/o convencionalidad de la normas que inaplica.[7]

2.1.1. Procedencia

Como se señaló, el recurso de reconsideración visto como un medio de control constitucional, ha sido en buena medida confeccionado por las interpretaciones generadas por la Sala Constitución, quien ha fortalecido su funcionalidad como auténtico ente verificador de la regularidad constitucional.

En la Jurisprudencia 10/2011,[8] la Sala Superior determinó que el recurso en cuestión, procede contra sentencia de las Salas Regionales, cuando se omite el estudio, o se declaran inoperantes los agravios relacionados con la inconstitucionalidad de las normas electorales. Toda vez que, se consideró que dicho recurso es un instrumento verificador de la regularidad constitucional de los actos de las autoridades electorales. Por ende, si al emitirse una sentencia, se advierte que, en su construcción se omitió el análisis del planteamiento de constitucionalidad, esta debe ser sujeta a una revisión constitucional, pues resulta de suma trascendencia que las normas electorales aplicables se adecuen a los parámetros constitucionales.

---

6 Artículo 61. Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Matera Electoral (LGSMIME), disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/149.pdf*

7 Montoya Zamora, Raúl, "El recurso de reconsideración como medio de control constitucional", en Revista Justicia Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vol. 1, núm. 13, ene-jun, México, 2014, p. 110.

8 Sala Superior, Jurisprudencia 10/2011. RECONSIDERACIÓN. PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DE LAS SALAS REGIONALES CUANDO SE OMITE EL ESTUDIO O SE DECLARAN INOPERANTES LOS AGRAVIOS RELACIONADOS CON LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS ELECTORALES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 4, núm. 9, 2011, pp. 38 y 39.

En su evolución interpretativa, la Sala Superior extendió los alcances del recurso de reconsideración, determinando su procedencia contra las sentencias dictadas por las Salas Regionales, cuando inapliquen normas consuetudinarias de carácter electoral.

Partiendo de una interpetación conforme, armonizando los artículos 2, apartado A, fracciones III y VII; 99, párrafo sexto, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como 61, párrafo 1, inciso b) y 62, párrafo 1, inciso a), fracción IV de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se advirtió que en las sentencias dictadas por las Salas Regionales, mediante las cuales, se inaplique alguna norma consuetudinaria, es decir, aquellas establecidas por las comunidades o pueblos indígenas desde tiempos ancestrales, para la elección de sus autoridades o representantes ante los ayuntamientos, procede su análisis constitucional a través del recurso en cuestión, toda vez que los sistemas normativos internos son parte integrante del Sistema jurídico electoral mexicano.

Otro criterio importante se encuentra dispuesto en la Jurisprudencia 26/2012,[9] en los que se ha determinado la procedencia del recurso de reconsideración, para controvertir las sentencias de Salas Regionales, en las que se haya efectuado una interpretación directa sobre un precepto constitucional.

Si bien, el recurso en cuestión es procedente cuando una Sala Regional resuelve sobre la inaplicación de una norma por ser contraria a la Constitución, la Sala Superior interpreta *contrario sensu*, que también cuando se interpreta directamente algún precepto constitucional, se hace evidente la dimensión constitucional que posee tal resolutivo, y en consecuencia, materia de competencia de la Sala Superior, para que esta verifique su constitucionalidad.

Bajo esta misma línea jurisprudencial, se puede encontrar el criterio dispuesto en la Jurisprudencia 32/2015,[10] en la cual, la Sala Superior de-

[9] Sala Superior, Jurisprudencia 26/2012. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DE SALAS REGIONALES EN LAS QUE SE INTERPRETEN DIRECTAMENTE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 24 y 25.

[10] Sala Superior, Jurisprudencia 32/2015. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DE LAS SALAS REGIONALES EN LAS CUALES SE DESECHE O SOBRESEA EL MEDIO DE IMPUGNACIÓN DERIVADO DE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 17, 2014, pp. 45 y 46.

terminó la procedencia del recurso de reconsideración, cuando las Salas Regionales desechen o sobresean un medio de impugnación, derivado de la interpretación directa de preceptos constitucionales.

Por otra parte, en la Jurisprudencia 5/2014,[11] se puede advertir la extensión por vía interpretativa, de la procedencia del recurso de reconsideración, cuando se haga valer la existencia de irregularidades graves que puedan afectar los principios constitucionales y convencionales, elementos esenciales para la validez de cualquier elección.

La Sala concluyó que el recurso de reconsideración resulta procedente, cuando se aduce la existencia de irregularidades graves, las cuales puedan mermar los principios constitucionales y convencionales, cuya existencia condiciona la validez de cualquier elección.

Entre los principios referidos, se encuentran los de certeza y autenticidad, mismos que pueden verse afectados, cuando las Salas Regionales no adopten las medidas necesarias para garantizar su debida observancia, y cuando se omite el análisis de dichas irregularidades, al realizar una interpretación que pudiera limitar su alcances. Lo anterior se explica, en el deber que tiene el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de resolver sobre la regularidad constitucional de todos los actos realizados durante el proceso electoral, con el objetivo de garantizar la vigencia de los principios constitucionales y convencionales.

Como se puede advertir, el recurso de reconsideración se ha consolidado como un medio de control constitucional indispensable, para garantizar la regularidad y eficacia de los parámetros de constitucionalidad. De igual forma, es un instrumento de control de convencionalidad, que, como parte integral del bloque de constitucionalidad, condiciona la actuación de los órganos y autoridades electorales.

En la Jurisprudencia 28/2013,[12] se estableció que el recurso de reconsideración procede para controvertir sentencias de las Salas Regionales, cuando lleven a cabo control de convencionalidad. De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1°, 133 de la Constitución Política

[11] Sala Superior, Jurisprudencia 5/2014. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE CUANDO SE ADUZCA LA EXISTENCIA DE IRREGULARIDADES GRAVES QUE PUEDAN AFECTAR LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EXIGIDOS PARA LA VALIDEZ DE LAS ELECCIONES. Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 14, 2014, pp. 25-26.

[12] Sala Superior, Jurisprudencia 28/2013. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE PARA CONTROVERTIR SENTENCIAS DE LAS SALAS REGIONALES CUANDO EJERZAN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 6, núm. 13, 2013, pp. 67-68.

de los Estados Unidos Mexicanos; 61 y 62 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se advierte que los derechos humanos establecidos en la norma fundamental y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, se deben interpretar en forma complementaria, otorgando en todo momento a las personas la protección más amplia, bajo el principio pro persona; que todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, tienen el deber jurídico de garantizarlos y que el recurso de reconsideración procede, entre otros supuestos, cuando las Salas Regionales del Tribunal Electoral inapliquen normas en la materia por estimarlas contrarias a la Constitución. En este contexto, el control jurisdiccional de convencionalidad tratándose de derechos humanos, entraña el de constitucionalidad de la norma de que se trate, por lo que se actualiza el supuesto de procedibilidad del recurso de reconsideración.

2.1.2. Legitimidad e interposición

Lo avanzado de los criterios jurisprudenciales, tratándose del recurso de reconsideración, también ha alcanzado el tema relativo a las comunidades indígenas. En ese sentido, en la Jurisprudencia 7/2014,[13] la Sala Superior esgrimió algunas consideraciones que deben preverse, para la interposición oportuna del recurso de reconsideración, conforme al criterio de progresividad.

Como se analizará más adelante, uno de los ámbitos en los que más se ha acentuado la progresividad y garantismo del Tribunal Electoral, es la tutela de los Sistemas Normativos Internos. En ese sentido, el recurso de reconsideración no ha sido la excepción. Y en cuanto a la jurisprudencia en cuestión, la Sala Superior, haciendo una interpretación conforme de los artículos 1, 2, apartado A, fracción VIII y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 4, apartado 1 y 12 del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; y 8, numeral 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, advirtió que el derecho constitucional de las comunidades indígenas y de sus miembros a acceder plenamente a la jurisdicción estatal, no se agota en la obligación de tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales y la asis-

[13] Sala Superior, Jurisprudencia 7/2014. COMUNIDADES INDÍGENAS. INTERPOSICIÓN OPORTUNA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN CONFORME AL CRITERIO DE PROGRESIVIDAD. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 14, 2014, pp. 15-17.

tencia de intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, ya que ese derecho debe ser interpretado a la luz del *principio pro persona*, lo que lleva a establecer protecciones jurídicas especiales en su favor.

De ahí que se deban advertir otras circunstancias, tales como el término para interponer el recurso de reconsideración. La LGSIMIME dispone tres días como término, sin embargo, la Sala en aras de salvaguardar de forma efectiva los derechos de las comunidades indígenas, así como el principio pro persona, señaló que deben tomarse en consideración las particularidades de carácter técnico, geográfico, social y cultural, que tradicionalmente han generado en la población indígena una situación de discriminación jurídica. En tal sentido, con base al criterio de progresividad, los derechos de las comunidades indígenas se ven protegidos, al determinarse la oportunidad de la interposición del recurso de reconsideración, como medida idónea, objetiva y proporcional, garantizando con ello el acceso integral a la jurisdicción.

Otro criterio jurisprudencial de importancia, es el plasmado en la Jurisprudencia 3/2014,[14] en el cual, la Sala Superior estableció que los candidatos a elección popular, cuentan con legitimación procesal para interponer el recurso de reconsideración ante una Sala Regional, cuando la sentencia dictada por esta, les genere una afectación en sus derechos políticos.

Con este criterio, la Sala llevó a cabo una interpretación extensiva a favor de la persona, maximizando el derecho de los candidatos a tener y accede a una tutela efectiva.

2.2. Sistemas normativos indígenas

Como se ha señalado, la interpretación progresiva y garantista del TEPJF ha evolucionado en sentido positivo, respecto a los medios de impugnación, favoreciendo la eficacia y vigencia del orden constitucional y convencional, e incidiendo de forma directa a favor de la persona, para salvaguardar de una mejor forma el debido proceso, durante las diferentes etapas del procedimiento, haciéndolo mucho más dúctil, y menos rígido en cuanto su aplicación.

[14] Sala Superior, Jurisprudencia 3/2014. LEGITIMACIÓN. LOS CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, LA TIENEN PARA INTERPONER RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 14, 2014, pp. 22-23.

Pero sin duda, una de las vertientes que han distinguido al TEPJF, como un órgano garantista, y verdadero Tribunal constitucional, es en lo relativo a la tutela de los derechos políticos, particularmente de los grupos vulnerables, y de aquellas personas que, por razón de género u origen étnico, no pueden gozar y ejercer sus derechos en un ámbito de igualdad.

Es de remarcar la labor jurisdiccional del TEPJF, en materia de los derechos de los pueblos indígenas, contribuyendo de forma directa a maximizar, y definir en consonancia con el principio *pro persona*, la estructura y alcances de los sistemas normativos indígenas.

Como consecuencia de la reforma del año 2001, tales sistemas fueron previstos formalmente, dando paso a un derecho alternativo, en el que las normas consuetudinarias (usos y costumbres), las formas de elección de sus gobernantes, así como los derechos de autodeterminación, formaron un modelo de pluralismo jurídico, que había permanecido fuera del reconocimiento y tutela constitucional.

Si bien, el sistema de medios de impugnación en materia electoral no dispone de algún mecanismo de protección especializado en materia indígena, la función progresista del TEPJF, asumiendo su esencia de juez constitucional, ha permitido que los derechos políticos de las comunidades indígenas, haya encontrado un espacio auténtico de maximización y progresividad, que se denota en criterios y precedentes de vanguardia, sirviendo de referencia judicial para otros jueces.

Conforme a lo anterior, es destacable lo establecido en la Jurisprudencia 13/2008,[15] en la que, derivado de una interpretación conforme, sistemática y funcional, la Sal Superior sostuvo que en el juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano, cuando es promovido por integrantes de alguna comunidad o pueblo indígena, en el que se manifiesta la vulneración de alguno de sus derechos, o bien, la afectación de su autonomía política, en lo relativo a la elección de sus representantes, conforme a sus normas consuetudinarias. En tal sentido, las autoridades jurisdiccionales deben, no solo suplir la deficiencia en cuanto a los motivos de agravio, sino también, cuando existe la ausencia total y precisa en tal sentido, el acto que realmente les afecta, teniendo como límites los principios de la congruencia y contradicción, cuya inherencia es propia de todo proceso jurisdiccional.

[15] Sala Superior, Jurisprudencia 13/2008. COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 2, núm. 3, 2009, pp. 17-18.

En otro aspecto procesal, en la Jurisprudencia 15/2010,[16] se determinó que la notificación de actos o resoluciones de autoridad electoral, hechas a través de periódicos oficiales, el órgano jurisdiccional debe ponderar las situaciones particulares para tenerla por eficazmente realizada.

Conforme los artículos 2, párrafo A, fracción VIII de la Constitución Federal, en relación con el artículo 14, fracción VI, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas; y 8, párrafo 1, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, se debe atender a las costumbres y especificaciones culturales de los pueblos y comunidades indígenas, para determinar la publicación eficaz del acto o resolución reclamado. Lo anterior se explica, ya que en las zonas aludidas, los altos índices de pobreza, los escasos medios de transporte y comunicación, así como los niveles de analfabetismo que se pueden encontrar, traen como consecuencia, la ineficaz publicidad de los actos o resoluciones en los diarios o periódicos oficiales además, de que en varios casos, la lengua indígena constituye la única forma para comunicarse lo que dificulta una adecuada notificación de los actos de la autoridad.

Sin duda, este precedente es de lo más deferente hacia los derechos de los pueblos indígenas, ya que se administró justicia *ad casum*, conforme a las condiciones específicas del lugar, lo cual es determinante para garantizar el derecho al acceso a la justicia y tutela efectiva. Sin duda, el estimar los orígenes y circunstancias de los promoventes, para valorar la presentación oportuna de un medio de impugnación, resulta equitativo, y apegado a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad.

Continuando con esta línea interpretativa, en la Jurisprudencia 7/2014 se estableció, bajo el criterio de progresividad, la interposición oportuna del recurso de reconsideración. La Sala señaló que, el derecho humano de las comunidades indígenas y de sus integrantes, para acceder plenamente a la jurisdicción estatal, no se agota con la obligación de tomar en cuenta sus sistemas normativos internos, la asistencia de intérpretes y defensores que tenga conocimiento de su lengua y cultura, ya que ese derecho deber ser interpretado a la luz del principio *pro persona,* lo cual implica que las garantías reconocidas, sean aplicadas a su favor.

[16] Sala Superior, Jurisprudencia 15/2010. COMUNIDADES INDÍGENAS. NOTIFICACIÓN DE ACTOS O RESOLUCIONES DE AUTORIDAD ELECTORAL POR PERIÓDICO OFICIAL, EL JUZGADOR DEBE PONDERAR LAS SITUACIONES PARTICULARES PARA TENERLA POR EFICAZMENTE REALIZADA. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 3, núm. 6, 2010, pp. 21-22.

Si bien es cierto que el término previsto por la ley, para la interposición del recurso de reconsideración es de tres días, cuando se trata de comunidades indígenas y sus integrantes, siempre se debe tomar en cuenta el contexto en el que se encuentran, es decir, los elementos geográficos, sociales y culturales. Solo así, se aplicará de forma

En la Jurisprudencia 4/2012,[17] se estableció que, la conciencia de identidad es suficiente para legitimar la procedencia del juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano. La Sala advirtió lo anterior, con el objeto de que los derechos de los pueblos indígenas sean tutelados, conforme a los parámetros constitucionales y de sus respectivos sistemas normativos internos. Por ello, resulta suficiente que el promovente de una acción tutela, afirme la pertenencia a una comunidad indígena, para que se le reconozca tal calidad.

En ese mismo sentido, la Sala Superior, atendiendo el principio *pro persona,* y a las diversas circunstancias que se tienen que advertir, tratándose de las comunidades indígenas, en la Jurisprudencia 32/2014,[18] se dispuso que, en los medios de impugnación, el operador jurisdiccional debe valorar la designación de un intérprete y la realización de la traducción respectiva. Una vez hecha una interpretación sistemática, funcional y conforme, con lo dispuesto en el artículo 2º, apartado A, fracciones IV y VIII, de la Constitución Federal; 12 del Convenio 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países independientes; 13, párrafo 2, de la Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 9 y 10, párrafos primero y segundo, de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, el órgano jurisdiccional definió que, con el fin de salvaguardar el derecho al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, así como para preservar y enriquecer su lengua, el juzgador debe atender la necesidad de la designación de un intérprete, cuando las circunstancias del promovente así lo requieran, y realizar la traducción de las actuaciones efectuadas en juicio, en la lengua que habla su comunidad.

---

17 Sala Superior, Jurisprudencia 4/2012. COMPETENCIA. LAS DETERMINACIONES DICTADAS POR LA SALA SUPERIOR EN LA MATERIA, NO SON RECURRIBLES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 13 y 14.

18 Sala Superior, Jurisprudencia 32/2014. COMUNIDADES INDÍGENAS. EN LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EL JUZGADOR DEBE VALORAR LA DESIGNACIÓN DE UN INTÉRPRETE Y LA REALIZACIÓN DE LA TRADUCCIÓN RESPECTIVA. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 15, 2014, pp. 26 y 27.

En ese mismo sentido se encuentra lo previsto en la Jurisprudencia 46/2014,[19] en la cual, la Sala Superior determinó que, para garantizar el conocimiento de las sentencias dictadas, resulta procedente su traducción, así como su difusión y publicitación a través de los mecanismos más idóneos y conocidos por la comunidad, y que son utilizados comúnmente para transmitir información o mensajes de interés, básicamente de manera fonética, lo cual resulta determinante para la promoción del uso y desarrollo de las lenguas indígenas, como factor esencial del pluralismo jurídico en México.

2.3. Contribuciones en el Juicio de revisión constitucional electoral

El juicio de revisión constitucional electoral es el medio de impugnación que cuenta los partidos políticos, para garantizar la constitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades estatales, dictados durante la organización, calificación y resolución de impugnaciones en las elecciones, el cual debe interponerse dentro de los cuatro días, contados a partir del día siguiente a aquel en que se tenga conocimiento del acto o resolución impugnado.

Como se sabe, la legalidad es un principio rector de la función estatal electoral, por lo que, entre otras razones, el legislador decidió establecer un sistema de medios de impugnación, cuya finalidad es que todos los actos, resoluciones y procedimientos electorales se ajusten a lo contenido por dicho principio.

El medio de impugnación en comento, es también un auténtico medio de control constitucional, pues a través de este, se enjuicia la constitucionalidad de los actos y resoluciones dictados por autoridades locales, los cuales, deben ajustarse a los parámetros de constitucionalidad.

Uno de los temas que se han revisado mediante el juicio de revisión, es el relativo a la determinancia, figura de suma relevancia para advertir la posible nulidad de una elección. En ese sentido, la Sala ha esgrimido precedentes jurisprudenciales en la que se ha definido con mayor amplitud, los supuesto y alcances de la referida figura.

En tal sentido, la jurisprudencia dispuesta por la Sala Superior tiene varios supuestos, uno de ellos establece que, el juicio de revisión constitucional solo procederá si la violación reclamada puede ser determinante para el desarrollo del proceso electoral. Este requisito será considerado satisfecho al momento de imponerse una sanción económica que afecte el patrimonio

[19] Sala Superior, Jurisprudencia 46/2014. COMUNIDADES INDÍGENAS. PARA GARANTIZAR EL CONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS RESULTA PROCEDENTE SU TRADUCCIÓN Y DIFUSIÓN. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 15, 2014, pp. 29-31.

del partido político y esto le impida participar en condiciones de equidad e igualdad, o le obstaculice realizar sus actividades de forma efectiva.

Se puede hacer referencia a que la violación reclamada podrá resultar determinante en el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones; tratándose de sanciones económicas impuestas a los partidos políticos, se deberá ir más allá del menoscabo en su patrimonio o de las consecuencias que esto traiga en el desarrollo de sus actividades partidarias. De igual forma, se debe tomar en cuenta también, aspectos tales como el detrimento de su imagen, ya que se puede afectar indebidamente la percepción de la ciudadanía respecto del instituto político, generando con ello una merma en las condiciones de igualdad en las que contiende.

Otra jurisprudencia refiere que, la de determinancia en el juicio de revisión constitucional electoral se actualiza en la hipótesis de denegación de justicia, lo cual implica que cuando se impugne un acto u omisión realizados por alguna autoridad, la cual, conlleve una negativa de acceso a la justicia, se considerará colmado el requisito de procedibilidad relativo a que la violación reclamada sea determinante, para el desarrollo de un proceso, o para el resultado final de elecciones.

Otro supuesto prevé, cuando las autoridades electorales estatales emitan actos o resoluciones que puedan afectar el desarrollo de las actividades ordinarias de los partidos políticos, como lo son la capacitación de la militancia, la difusión de los postulados, designación de representantes ante autoridades electorales, renovación de sus órganos directivos, posibilidad de formar frentes y la administración de su patrimonio, por mencionar algunos, el requisito de determinancia para la procedencia del juicio de revisión constitucional electoral quedará colmado.

Tratándose de sujetos procesales, la Sala ha referido, que no estarán legitimadas las autoridades para promover el juicio de revisión, en el supuesto de que las mismas hayan actuado como responsables en la instancia electoral local, ya que este juicio tiene como finalidad que los partidos o agrupaciones políticas puedan defender sus derechos, cuando estos hayan concurrido con el carácter de demandantes o terceros interesados.

2.4 Desarrollo en el contenido y alcances del Juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano (JDC)

Los derechos políticos, son derechos humanos que posibilitan al ciudadano, participar y decidir en el ámbito político, el cual, está constituido por las relaciones entre el ciudadano y el Estado, gobernantes y gobernados.

Entre estos derechos está, la designación de los órganos representativos, incluyendo el derecho al voto, a postularse como candidato y a ser electo; también se consideran dentro de estos derechos la libertad de expresión, de movimiento y de asociación, entre otros.[20]

Conforme los dispuesto por el artículo 99, fracción V, el TEPJF es competente para resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), cuya procedencia según lo establecido en el artículo 79 de la LGSMIME, se limita a conocer de las violaciones generadas en contra de los derechos políticos básicos: votar, ser votado y de asociación política. Sin embargo, el TEPJF, consecuente con su vocación progresista y garantista, ha extendido los alcances de protección del medio en cuestión, salvaguardando la vigencia de otros derechos que, sin tener una naturaleza política, la relación que guardan con el contexto político, son determinantes para el ejercicio y tutela de los derechos políticos.

Con base al desarrollo interpretativo del TEPJF, respecto a la ampliación del JDC, se destaca entre los derechos sujetos a la tutela extensiva, el derecho de ser postulado candidato a un cargo de elección popular, a fin de integrar los órganos estatales, y a ocuparlo, es decir, que este derecho incluye el derecho de ejercer las funciones inherentes durante el periodo del encargo. También procede en contra de aquellas resoluciones, actos u omisiones que vulneren el derecho político de los ciudadanos de acceso a la información pública en materia electoral a la protección de sus datos personales, y la libertad de expresión política.[21]

También, la Sala Superior ha determinado que el JDC será procedente, solo en el caso de que haya sido agotado el principio de definitividad y la sustanciación paralela de un juicio de amparo no trasciende al citado requisito, ni define la improcedencia del juicio ciudadano, ya que es independiente de la referida cadena impugnativa en materia electoral[22].

Otro de los supuestos encontrados en la jurisprudencia, es el de la disminución de la compensación mediante el JDC, debido a que la retribu-

[20] *Cfr.* Hernández, María del Pilar, "Análisis y perspectiva de los derechos politico-electorales del ciudadano", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917,* México, IIJ-UNAM, 2007, pp. 529-565.

[21] *Cfr.* Gómez Terán, Xitlali, "De la tutela del juicio para la protección de los derechos politico- electorales del ciudadano", *Revista Quid Iuris,* año 3, vol. 6, México, 2008, pp. 70-79.

[22] Sala Superior, Jurisprudencia 46/2013. DEFINITIVIDAD EN EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. LA SUSTANCIACIÓN PARALELA DE UN JUICIO DE AMPARO ES INDEPENDIENTE DE LA CADENA IMPUGNATIVA RESERVADA A LA MATERIA ELECTORAL. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 6, núm. 13, 2013, pp. 29-31.

ción o remuneración es un derecho inherente al ejercicio de las funciones atribuidas legalmente, esto obedece al desempeño efectivo de una función necesaria para el cumplimiento de los fines de una institución, siendo la compensación parte de ese concepto, de ahí que la disminución pueda ser impugnable a través de este juicio.

El derecho para la designación de los Consejos Locales de la autoridad administrativa electoral, está previsto a favor de aquellos ciudadanos que reúnan todos los requisitos constitucionales, y también los supuestos que la ley establezca. Los individuos que participan en este proceso, tienen interés jurídico para promover el juicio de protección, cuando consideren que sus derechos han sido violados por una autoridad competente para realizar las designaciones de mérito.[23]

Otra aportación en tratándose del JDC, referida por la Sala Superior, es en el supuesto de la revocación del mandato de alguno de los miembros de los ayuntamientos, cuando estos hubieren cometido actos durante el desempeño de su cargo, y trajeran consecuencias graves; pero el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano es improcedente para impugnar la revocación, debido a que tiene una naturaleza político–administrativa, por lo cual es ajeno a la materia electoral. De igual forma ocurre con los actos relativos a la organización de los Ayuntamientos, que no generen alguna traba para el ejercicio del cargo, ya que son actos estrictamente relacionados con la auto organización de la autoridad administrativa municipal, y no están relacionados con la materia electoral.[24]

Otro supuesto es cuando en un procedimiento penal, se decrete la suspensión de los derechos político-electorales. El TEPJF ha dispuesto que no será procedente el JDC para controvertir dichas resoluciones[25].

Las agrupaciones políticas nacionales coadyuvan al desarrollo de la vida democrática del país, pero siendo entidades de interés público, sus actos u

---

[23] Sala Superior, Jurisprudencia 28/2012. INTERÉS JURÍDICO. LO TIENEN QUIENES PARTICIPAN EN EL PROCESO DE DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS LOCALES DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, PARA PROMOVER JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 16 y 17.

[24] Sala Superior, Jurisprudencia 27/2012. REVOCACIÓN DE MANDATO. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNARLA. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 28-29.

[25] Sala Superior, Jurisprudencia 35/2010. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. ES IMPROCEDENTE PARA CONTROVERTIR RESOLUCIONES PENALES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 3, núm. 7, 2010, pp. 24-25.

omisiones pueden acarrear afectaciones a los derechos de sus integrantes. En tal sentido, el TEPJF ha advertido que, el sistema de medios de impugnación tiene por objetivo dar la más amplia protección de los derechos ciudadanos, para lo cual, se deberá tener presente que los actos o resoluciones emitidas por dichas agrupaciones quedaran sujetas a este control y podrán ser impugnadas mediante el juicio de protección.[26]

Cuando se trate de comunidades indígenas, para la promoción de este juicio, como fue antes mencionado, bastara que el ciudadano afirme que es perteneciente de una comunidad indígena para acreditar la legitimación, y le sea reconocida para promover el juicio con dicho carácter, esto con la finalidad de que se tutelen sus derechos conforme a las normas constitucionales y consuetudinarias respectivas.[27]

Al llegar al supuesto del plebiscito y referéndum, la Sala Superior ha inferido que, cuando en legislación se reconozca la prerrogativa ciudadana de sufragio, no solo en la elección de funcionarios de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y de los Ayuntamientos si no que esta haga una extensión del ejercicio relacionado con el derecho de voto en los procedimientos de plebiscito o referéndum, será procedente este juicio para impugnar dichos actos relacionados con los referidos mecanismos de democracia directa.[28] Cabe señalar, que si bien, a nivel constitucional, este derecho se encuentra regulado, su reconocimiento se dio de forma previa, mediante la labor interpretativa del TEPJF.

De igual forma, el TEPJF ha establecido que será procedente, mediante este Juicio, la impugnación de resultados electorales de candidatos a cargos de elección popular, dichos candidatos estarán legitimados para promoverlo contra los resultados definitivos y la validez de las elecciones en que participaron, ya que pueden cuestionar cualquier posible irregularidad que afecte la validez de la elección, de igual manera podrán hacerlo contra el otorgamien-

---

26 Sala Superior, Jurisprudencia 22/2012. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS Y RESOLUCIONES DE AGRUPACIONES POLÍTICAS NACIONALES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 19 y 20.

27 Sala Superior, Jurisprudencia 4/2012. COMUNIDADES INDÍGENAS. LA CONCIENCIA DE IDENTIDAD ES SUFICIENTE PARA LEGITIMAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 10, 2012, pp. 18-19.

28 Sala Superior, Jurisprudencia 40/2010. REFERÉNDUM Y PLEBISCITO. LOS ACTOS RELACIONADOS SON IMPUGNABLES MEDIANTE EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 3, núm. 7, 2010, pp. 42-44.

to de las constancias respectivas; por otra parte los candidatos postulados a cargos de elección popular, podrán impugnar la asignación hecha por el principio de representación proporcional, cuando estimen que dicho principio no fue aplicado correctamente ya que de haberse aplicado de forma correcta, todas las reglas y fórmulas que lleva este procedimiento, hubiesen obtenido una constancia de asignación a un cargo de representación popular[29].

Se puede advertir, que el JDC ha sido uno de los medios de tutela, que gracias a una interpretación progresiva, se ha visto mayormente beneficiado, edificándose como un instrumento de protección efectiva, ante cualquier vulneración de los derechos políticos, y aquellos vinculados al ámbito político y electoral, ya que, sus alcances han sido ampliados de tal manera, que la vigencia de esos derechos, se ven plenamente garantizados.

3. Otros aspectos procesales en los que ha existido una contribución por parte del TEPJF

Cuando hablamos de la coadyuvancia, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en artículo 12, párrafo 3, define quiénes pueden ser coadyuvantes. La jurisprudencia dictada por el TEPJF, ha dispuesto que, los candidatos podrán comparecer como coadyuvantes con la finalidad de controvertir los resultados de una elección, siempre y cuando sean realizados dentro del plazo previsto. Lo anterior sin duda favorece la vigencia del derecho humano a la tutela judicial efectiva.[30]

El recurso de revisión es un medio de impugnación administrativo, cuya finalidad es garantizar la legalidad de los actos y resoluciones de la autoridad electoral federal.

En los criterios establecidos por el TEPJF, se hace mención de la legitimación que tienen los ciudadanos para interponerlo[31], sin que haya distinción alguna entre los sujetos, a pesar de que en los párrafos segundo y tercero, del artículo 35 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Toda vez que este procede, contra actos o re-

---

29 Sala Superior, Jurisprudencia 1/2014. CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. PUEDEN IMPUGNAR RESULTADOS ELECTORALES A TRAVÉS DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 14, 2014, pp. 11-12.

30 Sala Superior, Jurisprudencia 38/2014.

31 Sala Superior, Jurisprudencia 23/2012. RECURSO DE REVISIÓN. LOS CIUDADANOS ESTÁN LEGITIMADOS PARA INTERPONERLO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 11, 2012, pp. 25-26.

soluciones que causen un perjuicio a quien lo promueva, siempre y cuando tenga interés jurídico; lo anterior, con objeto de que se cumpla el derecho de acceso a la justicia electoral que tienen los ciudadanos. Por ende, se deberá entender que está legitimada cualquier persona para interponerlo.

4. Consideraciones finales

Con base a lo anteriormente expuesto, se puede advertir que el Sistema de Medios de Impugnación vigente en nuestro sistema jurídico, se ha visto complementado de forma sustancial, por la labor interpretativa del Tribunal, distinguiéndose como un órgano progresista y garantista, que ha venido a anteponer el principio *pro persona* en sus decisiones, trayendo consigo una mejora sustancial en la eficacia y tutela de los medios de impugnación.

Esta mejora se traduce en una actualización del sistema, cuya regulación normativa no ha sido modificada, por lo que, gracias a la acción interpretativa progresiva del TEPJF, ha generado la ampliación de los efectos y alcances de diversos medios de impugnación, cuya función es determinante para garantizar la constitucionalidad y convencionalidad de los actos y resoluciones emitidos por las autoridades electorales.

La acción progresiva del TEPJF, armonizando y haciendo más eficaces los medios de impugnación ante las exigencias dispuestas por el parámetro de constitucionalidad, ha sido de suyo importantísimo, pues ha garantizado la funcionalidad de todo el sistema electoral, aun cuando la regulación de la legislación adjetiva *per se,* no responda a los paradigmas jurídicos edificados a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Si bien, como se comentó en párrafos anteriores, la interpretación constitucional a cargo del TEPJF ha aportado elementos para el fortalecimiento de los medios de impugnación en materia electoral, incorporando a su ámbito de protección una vertiente constitucional y convencional que no tenía, se puede concluir, que hoy en día resulta indispensable que, todo el avance y desarrollo vertido en los precedentes judiciales establecidos por el órgano jurisdiccional en comento, se plasmen de forma directa en una nueva ley.

El diseño de esta ley, deberá tener como objeto principal, garantizar el pleno acceso de las personas a la justicia, así como una tutela efectiva, tomando en consideración a la persona, su contexto, en torno, situación jurídica, política, cultural y social.

Es decir, pasar de una regulación uniforme, a una que reconozca el pluralismo jurídico, con lo cual, se antepondrá la vigencia de los derechos humanos, como parámetros de regularidad constitucional en la actuación de toda autoridad.

5. Bibliografía

Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, Porrúa, 2009.

Castillo Sandoval, Jesús, "Hacia una nueva significación de los derechos humanos. La reforma al artículo 1o constitucional", en *Revista Justicia Electoral,* vol. 1, núm. 9, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2012.

Gómez Terán, Xitlali, "De la tutela del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", *Revista Quid Iuris,* año 3, vol. 6, México, 2008.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Funciones del juez en los procesos constitucionales", en *Estudios Constitucionales,* año 4, núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 2006.

Hernández, María del Pilar, "Análisis y perspectiva de los derechos politico-electorales del ciudadano", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917,* México, IIJ-UNAM, 2007.

Montoya Zamora, Raúl, "El recurso de reconsideración como medio de control constitucional", en *Revista Justicia Electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vol. 1, núm. 13, ene-jun, México, 2014.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México,* 20ª ed., México, Porrúa, 1997.

Vázquez Alfaro, José Luis, "La justicia electoral federal mexicana", en *Cuestiones Constitucionales,* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 93, Sep-dic, IIJ-UNAM, México, 1998, disponible en *http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/93/art/art7.htm*

¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?

*Néstor Pedro Sagüés**

Sumario: 1. Introducción. 2. Reexamen. Paradigmas. 3. La interpretación literal de la Constitución. 4. El texto del Pacto de San José de Costa Rica. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina,* sobre fondo, reparaciones y costas, la °Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de noviembre de 2011, resolvió admitir el reclamo de estos accionantes, y decidió —en el aspecto que nos interesa— que el Estado argentino debía dejar sin efecto las sentencias dictadas en un proceso civil contra aquellos, en cuanto asuntos como su responsabilidad civil y la condena al pago de una indemnización, "así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones".

Una de esas sentencias, por cierto la más relevante desde el punto de vista institucional, provenía de la Corte Suprema de Justicia argentina, dictada en los autos *Menem Carlos S. vs. Editorial Perfil, S.A. y otros,* de 25 de septiembre de 2001. En el orden personal, hemos adherido a la doctrina sentada en dicho fallo, que refería a la libertad de expresión y su conexión con el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos.[1]

---

* Profesor emérito en las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina; profesor de Posgrado en la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad Panamericana de la Ciudad de México y del Centro de Estudios de Actualización en Derecho. El presente trabajo se incluye en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

1 En concreto, tratándose de un funcionario público —aun el presidente de la República—, para adentrarse en el ámbito de su privacidad debe mediar un interés público, conectado con la tarea pública del mismo, que justifique su difusión. El interés público genuino no debe consistir en la mera curiosidad de la gente en auscultar lo que hace en su esfera de privacidad tal funcionario. Véase Cámara Nacional Civil, sala H, también en *"Menem Carlos S.", LL* 1998-B-628.

El 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, a raíz de una nota de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto argentino, por la que se requería que se cumpliera con la sentencia de la Corte Interamericana, se negó a efectivizar lo requerido por esta.[2] La resolución del Tribunal argentino —jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz—, contó con tres votos que conformaron mayoría, junto con un cuarto, concurrente —juez Rosatti—. Un quinto voto fue en disidencia —juez Maqueda—.

La tesis predominante indica, básicamente, que conforme al artículo 75, inciso 22 de la Constitución, el Pacto de San José de Costa Rica no puede infringir cláusulas insertadas en la primera parte de la ley suprema, y que una de ellas (art. 27) explicita que los tratados internacionales deben satisfacer los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Uno de tales postulados es que la Corte Suprema de Justicia nacional es, valga la redundancia, suprema, y que por ello no puede ser obligada a dejar sin efecto uno de sus veredictos, por voluntad de la Corte Interamericana.

Esta posición actual de la Corte Suprema registra un cierto antecedente en el caso *Acosta*, donde el entonces procurador general de la Nación (2010), con referencia al control de convencionalidad a cargo de los jueces argentinos, puntualizaba que no debían seguirse los precedentes de la Corte Interamericana que no coincidían con el orden jurídico constitucional de la Nación. La Corte Suprema, en tales autos, siguió parte del referido dictamen, pero no en el tramo concerniente a esta tesis excepcionista.

Nuestro más Alto Tribunal se remite ahora, eso sí, en el voto mayoritario de "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", a *Fibraca,* un fallo previo a la reforma constitucional de 1994, donde el Tribunal subordinaba el cumplimiento de un tratado suscrito por Argentina, a que fuera compatible con los principios constitucionales de derecho público.[3] Una de las dudas que se presenta, por ende, es si la mención de *Fibraca* importa ahora, al menos parcialmente, abandonar la doctrina del control de convencionalidad impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que después de *Gelman,* implica no solamente para un Estado seguir la jurisprudencia del Tribunal regional, sino también cumplir íntegramente con sus pronunciamientos, cuando media *res judicata* internacional contra un Estado. La doctrina del control de convencionalidad fue aceptada por nuestra Corte.[4]

---

2 *Cfr. La Ley,* 20 feb 17.

3 *Cfr.* CSJN, *Acosta,* fallos 335:533, y Gelli María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación, LL* 2010-C-1192. Sobre *Fibraca,* véase CSJN, fallos, 316:1669.

4 Véase *infra,* 2, *d*.

2. Reexamen. Paradigmas

La evaluación del problema obliga a aclarar con qué principios y valoraciones se maneja el investigador del caso. Van a ser tales pautas, en efecto, las que iluminarán la decisión del problema:

a) *Una nueva etapa del derecho de los derechos humanos.* La primera consideración es que —en particular después de la Segunda Guerra Mundial—, el tema de los derechos humanos, por voluntad de los mismos Estados, desborda a los derechos nacionales e interesa, en mucho, al derecho internacional. Ello produce, según los casos, que emerjan declaraciones internacionales de derechos humanos, sobrepuestas incluso a las constituciones nacionales, y que para afianzar tales proclamas, se erijan autoridades internacionales en la materia, en particular de índole jurisdiccional, que evalúan los actos violatorios perpetrados por los Estados a esos derechos y que dictan sentencias obligatorias para los que han aceptado su jurisdicción.

b) *Primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional.* Paralelamente, se reconoce que los derechos humanos hacen al bien común internacional, y que este, cuyo conocimiento tiene varios siglos de antigüedad, es superior al bien común nacional.[5] Ello importa, naturalmente, la domesticación de los gobiernos y de las democracias nacionales por el derecho internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de admitirse, en ciertas situaciones, modulaciones de tales derechos —sin alterar su contenido esencial—, en virtud un margen de apreciación nacional razonable y legítimamente aplicado.[6]

c) *Un reajuste (en el fondo, rescate) del genuino concepto de soberanía y de su instrumento, la supremacía constitucional.* Para comprender

[5] Sobre el bien común internacional, véase por ejemplo Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política,* trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946, p. 471; Pereña, Vicente Luciano, *Comunidad y autoridad supranacional,* en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in Terris,* col. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, Instituto Social León XIII, 1963, p. 559; del mismo autor *La tesis de la coexistencia pacífica en los teólogos clásicos españoles,* Madrid, Instituto Social León XIII,-Gráficas Ibérica, 1963, p. 62. Nos hemos referido con más detalle al tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Integración y desintegración del concepto de soberanía,* tesis doctoral, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1966, pp. 214 y ss.

[6] Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada,* 2ª ed., México, Porrúa, 2016, p. 330. Véase, con mayor detalle, Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales,* México, IIJ-UNAM, 2012, *passim*.

el nuevo estado de cosas, nada mejor que despejar al concepto de soberanía de sus parásitos y protuberancias dieciochescos y decimonónicos, y retornar a su fuente originaria. La soberanía, en voz de su autor intelectual, Jean Bodin (1576), es el "poder absoluto y perpetuo de una República" (Estado). Ello implica para el soberano una serie de competencias muy importantes, pero sometido, explica, al derecho divino, al natural, a la justicia, a la equidad, a las leyes fundamentales del reino y al *derecho de gentes*. Si Dios debe cumplir sus propias promesas, el Soberano, su vicario o representante en la tierra, también.[7]

Tal noción razonable y ajustada de la soberanía, compatible con el derecho internacional, es por cierto extraña a la versión agigantada y elefantiásica que después vino, que degeneró al concepto y lo tornó ilimitado, irreprensible e inmune, cuando no en una idea descontrolada y caprichosa. En resumen, la soberanía nacional compatible con el derecho internacional, en su versión prístina, es una soberanía respetuosa de este último. Ser "soberano" es ser supremo, pero en lo nacional y con ciertos topes. Paralelamente, no implica que el soberano nacional sea dueño o que se encuentre por encima del derecho internacional, o que entienda a este como un "derecho optativo" (algo así como el soberano cumpliría con el derecho internacional que ha ratificado, pero no lo hace si lo reputa inconveniente, o contrario a su propio derecho). A su turno, la supremacía constitucional, instrumento de la soberanía nacional, importa hoy que la Constitución es por cierto la norma superior en la esfera nacional, pero no en el orden internacional. E implica que una Corte Suprema estatal, sea suprema en la órbita nacional, *in suo ordine,* mas no en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

d) Advertir que nos hallamos ante el Estado constitucional y convencional de derecho, y frente a la Constitución convencionalizada. Todo ello obliga a redimensionar conceptos y estructuras. El Estado no es hoy, solamente, un Estado "constitucional": también es un Estado "convencional" de derecho (recordemos esta expresión de Rodolfo L. Vigo), ya que admite la existencia de un *bloque de convencionalidad,* integrado al *bloque de constitucionalidad,* conformado por instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que tiene un vigor muy especial, y que por cierto es exigente, impetuoso y muy dinámico. Ese bloque de convencionalidad obliga

[7] Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española,* Rosario, Instituto de Derecho Público y Ciencias Política-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario-Universidad Católica Argentina, 1978, p. 76.

al Estado, porque el propio Estado lo ha aceptado, y lo hace, incrementándose, todos los días. A su vez, la Constitución nacional pasa a ser una *Constitución convencionalizada,* como la hemos bautizado, cosa que implica: (i) que alguno de sus tramos, incompatibles con el bloque de convencionalidad, no se aplican y pierden vigencia (por ejemplo, en Argentina, la exigencia de contar con fuentes económicas de cierto rango para ser presidente, vicepresidente, senador o juez de la Corte Suprema, según el art. 55 de la Constitución Nacional, irremediablemente opuesto con el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica); (ii) que otros segmentos de la Constitución deben adaptarse, mediante selección de interpretaciones, o de interpretaciones mutativas por adición, sustracción o incluso mixtas, al derecho internacional de los derechos humanos.[8] Por ejemplo, también para Argentina, las facultades presidenciales de indultar, o las congresionales de amnistiar (arts. 99, inc. 5 y 75, inc. 20), deberán leerse con la salvedad de que no pueden incluir delitos de lesa humanidad; la prohibición de censura del artículo 14, tendrá que interpretarse de un modo amplio, incluyendo su cobertura no solamente a la prensa escrita, sino para cualquier otro subtipo de ella.

Lo dicho obliga a reciclar, conformar, compaginar y hacer funcionar las reglas constitucionales nacionales con las pautas propias del derecho internacional de los derechos humanos, y asimismo, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo a la doctrina del "control de convencionalidad" estatuida por ella y aceptada por nuestra Corte Suprema.[9] Tal control de convencionalidad ha atravesado distintas etapas, en solamente diez años. Inicialmente tuvo un sentido *negativo* o *represivo* (los jueces nacionales no debían aplicar al derecho doméstico opuesto,

[8] Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada, …cit.*, p. 356; "Empalmes sobre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la «constitución convencionalizada»", en Bogdandy Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesán, Flavia (coords.), *Estudios avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.

[9] Véase, por ejemplo, CSJN, *Mazzeo,* fallos, 330:3248, *Videla y Massera,* Jurisprudencia Argentina, 2010-IV-836. Véase también *"Rodríguez Pereyra",* Jurisprudencia Argentina, 2013-II-133, y Arce, CSJN, 5/8/14, cuando indica que las decisiones judiciales firmes deben ser revisadas a favor del condenado, cuando sobrevienen circunstancias inconciliables con la sanción impuesta, por ejemplo, a raíz de una sentencia de la Corte Interamericana. Hemos desarrollado el tema con mayor extensión en Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la constitución convencionalizada?", en Pizzolo, Calogero y Mezzetti, Luca (coords.), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales,* Buenos Aires, Astrea, 2016, t. I, p. 311.

en especial, al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *Almonacid Arellano, Trabajadores cesados del Congreso,* 2006). Luego asume un rol *constructivo* o *correctivo* (*Radilla Pacheco,* 2009): aplicar el derecho interno adaptándolo a tales pautas regionales. Finalmente, al control de convencionalidad se le suma la *ejecución completa y leal de las sentencias de la Corte Interamericana respecto de un Estado condenado*.[10]

e) *Afirmar la interpretación orgánica, sistemática y dinámica de la Constitución*. Argentina sancionó, en 1994, una reforma harto significativa, con soles y bemoles, y también con imprecisiones y galimatías de alto vuelo. Por ejemplo, su artículo 75, inciso 22 otorgó rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales, entre ellos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero lo hizo con una frase sibilina que daría envidia al mismo Maquiavelo. Dispuso, en efecto, que tales declaraciones y convenciones *no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Veremos las secuencias actuales de tal frase.

De todos modos, el intérprete-operador local debe asumir una actitud positiva y práctica en la exégesis de todo el complejo normativo constitucional. Si uno de los documentos del artículo 75, inciso 22 instaura un Tribunal Internacional, con facultades para dictar sentencias compulsivas para el Estado argentino, es obligado que no podrá interpretar las normas de la primera parte de la Constitución como si nada hubiese pasado, antes bien, tendrá que procurar armonizar y compatibilizar a *todo* el texto constitucional. Y efectivamente, la Corte Suprema así lo ha procurado hacer varias veces, como veremos más adelante.

f) *La Corte Suprema debe tener en cuenta sus precedentes*. Al mismo tiempo, y por un mínimo de congruencia y de respeto hacia la comunidad, el Alto Tribunal argentino no debe resolver omitiendo la propia doctrina que ella ha sentado. Desde luego, puede variar de criterio, pero dando razones de peso, fundadas y valederas para hacerlo. Inclusive, alguna vez ha explicado cuándo y cómo puede mutar su doctrina,[11] tesis que no ha sido removida. Y si ella, con ciertas razones, reclama que los tribunales inferiores sigan sus lineamientos jurisprudenciales, ello la autoobliga a adoptar una

[10] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay (2)*. Resolución, Supervisión de Sentencia. Sentencia de 20 de marzo de 2013.

[11] Véase CSJN, *B., A. D. vs. / Provincia de Buenos Aires,* en Jurisprudencia Argentina 2006-II-92. Con más profundidad nos referimos al tema en Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 281.

misma actitud respecto de ella misma, o que dé las razones del cambio.

g) *La Corte Suprema debe atender a la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. A su vez, es obligatorio que la Corte argentina tenga en cuenta los criterios de la Corte Interamericana vertidos en un caso anterior. Si entendiera que está legitimada para apartarse de ellos, tendrá que dar explicaciones muy convincentes y sólidas para sostener lo contrario, en un nuevo veredicto. Habiendo aceptado la tesis del control de convencionalidad, no le queda otra alternativa válida.

h) *La interpretación internacional de la Constitución Nacional*. En anterior oportunidad hemos destacado que la Constitución argentina no es ahora solamente interpretada por los jueces argentinos, sino también por órganos internacionales. Puede hablarse, entonces, de órganos *externos* de interpretación constitucional.[12] Por ejemplo, para evaluar si ha habido una infracción a derechos emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana a menudo debe interpretar las reglas del derecho interno de cada país, incluyendo a su Constitución. Naturalmente, tal interpretación es algunas veces necesaria para meritar si efectivamente ese país cumplió con su Constitución, si realizó una exégesis razonable de ella y si verificó una interpretación "conforme" de esa Constitución con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana.[13] En todo ese trabajo, el intérprete definitivo de la Constitución nacional no será la Corte Suprema estatal, sino la Corte Interamericana cuando analiza si hubo o no violación a los derechos del Pacto, porque es ella la que emite el fallo "definitivo e inapelable" sobre el punto (art. 67 del Pacto).

En síntesis, este nuevo y fluctuante paisaje —que hemos reseñado en alguno de sus rasgos— de las relaciones del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho constitucional local, tanto en el ámbito normativo como en el empírico y el axiológico, obliga a reenfoques y visua-

[12] Puede hablarse, entonces, de un control supranacional o internacional, según los casos, de constitucionalidad, practicado mediante el "control de convencionalidad". Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. 1, p. 481; *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* 4ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1, pp. 64 y ss., donde planteamos que se da una situación curiosa cuando la Constitución local contempla un intérprete final de ella (*v. gr.,* una Corte Suprema, un Tribunal Constitucional), pero un tratado internacional erige un órgano jurisdiccional inter o supranacional que revisa esas interpretaciones domésticas y emite una sentencia obligatoria para el Estado.

[13] Véase *supra, d*.

lizaciones acordes con el actual estado de cosas. En tal escenario, ciertos criterios otrora predominantes, por cierto en su momento legítimos y de significativa calidad jurídica (como ocurre, en la sentencia *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto,* con las muy valiosas citas del pensamiento de Joaquín V. González o determinadas prácticas diplomáticas argentinas), pueden no resultar, de vez en cuando, y no obstante, repetimos, su mérito, los más funcionales para atender en su plenitud a la problemática contemporánea.

Algo parecido puede ocurrir con la intelección de un tratado internacional de derechos humanos, si se lo interpretase solamente conforme con las pautas históricas con las que se lo elaboró. Tales criterios son muy útiles, pero el operador debe reputar, al mismo tiempo, que los convenios y declaraciones internacionales de aquella índole son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[14] Con ello quiere significarse que aun el texto competencial de un ente jurisdiccional supranacional puede registrar con el tiempo legítimas mutaciones por adición, en aras de afianzar el sistema de derechos que se procura salvaguardar. El "control de convencionalidad" es una buena muestra de ello.

3. La interpretación literal de la Constitución

Vamos así al argumento quizá basal del fallo de la Corte Suprema argentina, en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación,* en el sentido que el artículo 75, inciso 22 de la Constitución sostiene la imperturbabilidad del artículo 27 de la misma, en cuanto que hay principios de derecho público constitucional que prevalecen sobre los tratados internacionales, incluso, aparentemente, sobre los de derechos humanos. Y que dicho artículo, combinado con el 108, aseguran la condición de suprema, de nuestra Corte federal, nota que se vería restringida si se consintiera que puede ser obligada a dejar sin efecto un veredicto suyo, por decisión de la Corte Interamericana.

El argumento es relativo: el artículo 108 de la Constitución, invocado por la Corte Suprema en *Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación,* para decidir que no puede ser obligada a revocar sus propias decisiones, y que define a la Corte nacional como "suprema", *está en verdad en la segunda parte de la Constitución*. Desde un ángulo exclusivamente literal, podría por tanto verse afectado por un tratado con rango constitucional, según las palabras del artículo 75, inciso 22. La cobertura genérica del artículo 27

[14] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. párr. 83 y sus antecedentes.

—los "principios de derecho público" de la Constitución— queda de tal modo aquí diluida, ante una regla puntual y concreta, la del artículo 108, referida a la condición de "suprema" de la Corte, regla que cede ante la prioridad jurídica del tratado con rango constitucional, sobre las disposiciones de la referida segunda parte de la Constitución.

En segundo término: por interpretación de la Corte Suprema, en el caso *Nardelli,* los principios de derecho público de la Constitución menados por su artículo 27 no son ahora exclusivamente los insertados en su texto formal, sino también los que se desprenden de los tratados con rango constitucional del artículo 75, inciso 22.[15] Esta construcción jurisprudencial, quizá opinable pero no carente de sentido, es una típica y esforzada construcción de interpretación orgánica o sistemática o compatibilizadora, por cierto muy importante, entre los aludidos artículos 27 y 75, inciso 22 de la Constitución, y que no resulta rebatida ni criticada por la Corte en *Ministerio de Justicia de la Nación*.

Finalmente, hay otra tesis, explicada por varios jueces de la Corte en algunos veredictos —si bien se duda que alguna vez hayan conformado una mayoría absoluta—, que indica que los constituyentes de 1994, al otorgar rango constitucional a ciertos instrumentos, declaraciones y convenciones, reputándolos "complementarios" (según el aludido art. 75, inc. 22) de los derechos reconocidos por la Constitución, ya habían realizado un juicio de compatibilidad, en sentido afirmativo, entre los referidos documentos y la Constitución.[16] Aunque esta tesis de la presunta revisión —y aprobación— por la propia convención constituyente de la concordancia entre esta y aquellos suene a cuento de hadas, lo cierto es que nuestra Corte Suprema, en *Ministerio de Justicia de la Nación* si no coincidía con ella, bueno habría sido que dijera por qué.

4. El texto del Pacto de San José de Costa Rica

Este documento promueve dos observaciones para el caso bajo examen.

I. El artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expone que "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte —Interamericana de Derechos Hu-

15 CSJN, fallos, 319:2557.

16 Hemos llamado a esta tesis de la *comprobación* o *verificación* por el constituyente, entre los tratados a los que la convención de 1994 dio rango constitucional, y la primera parte de la Constitución. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho constitucional, El estatuto del poder,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. 2 p. 65. Repetimos que tal comprobación o verificación no se ha comprobado históricamente.

manos— dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

El artículo 67 añade que "El fallo de la Corte (Interamericana) será definitivo e inapelable". El artículo 68, que "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

De la simple lectura de estas cláusulas surge el deber —por parte de la Corte Interamericana— de que ella garantice al lesionado en el goce de un derecho o libertad conculcado, y que bien puede tal obligación comprender —digamos, hasta parece indispensable que incluya—, que si la lesión se ha perpetrado mediante una o varias sentencias, estas sean revocadas. Asimismo, para reparar "las consecuencias" del hecho lesivo, es perfectamente comprensible que ello incluya que se revoque el o los fallos que lo provocan. Esto pudo no haber aparecido explícitamente en los antecedentes del Pacto de San José de Costa Rica, pero también importa algo lógicamente deducible del citado artículo 63.

En síntesis, lo dispuesto por la Corte Interamericana en *Fontevecchia,* es, dentro de lo opinable del tema, una *interpretación posible* de las facultades de tal Tribunal, en el contexto del artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica. Podría agregarse que en materia de sus competencias, es el propio órgano actuante —dicha Corte Interamericana— el que a su vez es competente para entenderlas e interpretarlas, según doctrina aceptada por el derecho internacional.[17]

Es cierto que la Corte Interamericana podría haber establecido, ella misma, al detectar la responsabilidad internacional de un Estado, la inconvencionalidad del fallo de la Corte Suprema argentina que juzgó violatorio de la libertad de expresión, reputándolo *per se* inválido —por lesionar al Pacto de San José de Costa Rica— y carente de efectos jurídicos. Algo parecido ocurrió en el caso de *La última tentación de Cristo*, respecto de una sentencia de la Corte Suprema de Chile, calificada por la Corte Interamericana como atentatoria contra la libertad de expresión enunciada en el pacto de San José. También, en *Atala Riffo vs. Chile,* la Corte Interamericana consideró

[17] Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales,* 3ª ed., San José de Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 601 y 602; cit. por Nuño Alejandra, "Artículo 69", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* Distrito Federal-Bogotá-Berlín, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 894.

que varios segmentos de una sentencia de la misma Corte Suprema de Chile, infringían reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto, *v. gr.,* del derecho de menores a ser oídos en un proceso, tutelar el interés superior del niño, de vida privada y no discriminación, etc.,[18] todo sin exigir que la Corte Suprema nacional revocase tales veredictos, los que a la postre, no obstante, terminarían jurídicamente inaplicables en los tramos descalificados por la Corte Interamericana.

Tal habría sido, nos parece, la vía más elegante. La otra, la que se siguió en *Fontevecchia,* puede quizá ser visualizada a su vez como algo más respetuosa de una Corte Suprema nacional (en el sentido de que la Corte Interamericana no revoca por ella misma el fallo de la Corte estatal, sino que dispone que sea la propia Corte Suprema quien lo haga), pero está visto que no todos lo estiman así.

Lo dicho no tiene que ver con el rol subsidiario o complementario de la Corte Interamericana, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En efecto, se podrá actuar en subsidio, supletoriamente, secundariamente o como se lo quiera llamar, pero en definitiva, si un juez nacional viola un derecho del Pacto, su sentencia deberá entenderse inválida por la Corte Interamericana, satisfechos los recaudos de admisibilidad y procedencia para que tal Corte actúe, conforme al derecho procesal trasnacional. Tampoco significa mucho el debate acerca de si el papel de la Corte Interamericana importa o no en sentido estricto el de una "cuarta instancia" —cosa que ella misma obsesivamente niega, como que constituya un grado de apelación—:[19] aunque no lo fuere, debe descalificar de algún modo como inconvencionales los fallos que afectan los derechos emergentes de la Convención Americana, precisamente, como indica el artículo 63 de la misma, para garantizar de modo efectivo el ejercicio del derecho en juego, perturbado por el fallo impugnado.

II. El referido artículo 68 del Pacto postula un cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo de la Corte Interamericana, por parte del Estado condenado. Como regla, no admite excepciones, retaceos o evasiones directas

[18] Véase párrs. 130 y ss., 146, 154, 208, de tal fallo.

[19] La Corte Interamericana repite hasta el cansancio que no ejercita una "cuarta instancia", pero reconoce que debe ocuparse de "examinar los respectivos procesos internos", seguidos ante los tribunales locales, analizando algunas veces con meticulosidad cuestiones de hecho y de derecho doméstico, incluyendo la convencionalidad de los fallos de instancias de apelación, como los habidos ante la Corte de Justicia del Caribe. Como una muestra de que la Corte Interamericana evalúa minuciosamente hechos e interpreta al derecho local, al estilo de una cuarta instancia, puede verse el caso *Furlán vs. Argentina*. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 432-433, 449 y ss.

o indirectas. No va con su texto o espíritu que el Estado alegue la inejecutoriedad de la sentencia interamericana. No habilita al Estado nacional —ni a su poder ejecutivo, ni a su Corte Suprema— a convertirse en juez evaluador de la Corte Interamericana, como de hecho ocurrió con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, mediante lo que Ayala Corao denomina la "doctrina del pasavante" o del *exequatur* local, producto de lo que este autor llama también *nacionalismo constitucional absoluto*.[20]

Desde luego que una Corte nacional, con serios fundamentos de derecho, puede entender, no obstante que lo cumpla, que un fallo de la Corte Interamericana es incorrecto, ya por realizar una apreciación errónea de los hechos, ya por malinterpretar el derecho aplicable —tanto el Pacto de San José como la Constitución o las normas nacionales—, o por exceder sus competencias. Ello es perfectamente entendible, y una buena muestra de ello es, para el caso de la Corte Suprema argentina, *Bulacio*.[21] Más todavía: quizá es positivo que la Corte Suprema estatal exponga francamente sus disidencias y salvedades, las que, de ser adecuadas, deberían motivar, mediante tal diálogo, aclaraciones, correcciones o revisiones posteriores por parte de la Corte Interamericana, órgano que también tiene algo o mucho que aprender de lo que digan las cortes nacionales.

Pero de ahí a que la Corte Suprema estatal alegue inejecutoriedad, y se niegue a cumplir a un hipotético veredicto, hay otro paso, vedado por los artículos 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. De hecho, si lo hiciere, dicha Corte estaría apartándose de esta última cláusula, mutándola en un punto esencial, en el sentido de que, ya en todo, ya en parte, la sentencia de la Corte Interamericana debe obedecerse salvo que la Corte Suprema local decidiere lo contrario.

Debe tenerse presente que el Estado nacional no puede argüir normas de derecho interno para incumplir con un tratado internacional. Este postulado, común y repetido en el derecho internacional contemporáneo, admite por cierto varias excepciones —de trámite en la adaptación del tratado—,

---

20 Ayala Corao, Carlos, *La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela 1999-2009),* en Bogdandy, Armin von; Ferrer McGregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitucionale commune en América Latina?,* México Max Plack Institut-UNAM, 2010, t. II, pp. 104 y 112.
En anterior ocasión, órganos jurisdiccionales peruanos declararon —durante el régimen de Alberto Fujimori— "inejecutables" sentencias de la Corte Interamericana, finalmente sin mayor éxito. Estudiamos el tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, …cit.,* en nota 9, pp. 253-256.

21 CSJN, fallos, 327:5668.

pero no de fondo.[22] De lo contrario, claro está, el derecho internacional de los tratados sería un manual de buenos modales, pero no de derecho positivo exigible. Para nuestro caso, está en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, contempla precisamente el tema en sus artículos 27 y 46, y es norma vigente para Argentina.

Desde luego, la obligación de cumplimiento del artículo 67 del Pacto de San José, como cualquier instituto jurídico, tiene sus topes.

Podría ocurrir, *v. gr.*, que si una Corte Suprema juzga que una sentencia de la Corte Interamericana, o varias, resultan gravemente absurdas o arbitrarias, groseramente infundadas o ignorantes de competencias nacionales inclaudicables, inste al Estado afectado a retirarse del sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y consecuentemente, de la autoridad de la Corte Interamericana, mediante la denuncia del caso y, desde luego, con efectos hacia el futuro. Tal actitud sería por cierto jurídicamente muy dura, como políticamente difícil y muy costosa, pero tendría la virtud de la franqueza y de la sinceridad, y además, está permitida por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 78).

Finalmente, si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos infringiese de manera grave una regla de derecho natural, en particular lesionando irremediable y esencialmente un derecho humano natural innegablemente fundamental —en otras palabras, un fallo negatorio de algo esencial, significativo y básico para la dignidad humana—, adquiriría el triste título de *sentencia aberrante*[23] y su desobediencia por una Corte nacional resultaría explicable —desde una perspectiva iusnaturalista, a la que adherimos—, no por razones de soberanía o supremacía constitucional, ni por la condición de la Corte estatal como suprema —según su definición constitucional—, sino por tratarse de una norma de derecho positivo —individual, diría Hans Kelsen—, que solamente tiene apariencia o cáscara de derecho, pero que no es esencialmente derecho, sino un *no-derecho*. Para decirlo en palabras de Gustav Radbruch, "la injusticia extrema no es derecho", tesis aceptada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Federal

[22] El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, norma vigente en Argentina, determina que un Estado no podrá alegar reglas de derecho interno para eximirse de cumplirlo. El art. 46 permite alegar violaciones manifiestas de reglas fundamentales del derecho interno, respecto de la competencia para celebrar un tratado. Nos remitimos a Sagües, Néstor Pedro, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución, …cit.*, t. 1, pp. 410 y ss.

[23] Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión, …cit.*, pp. 443 y ss., donde entendemos que la sentencia "aberrante", cuya naturaleza viciosa es más grave de la propia de una sentencia "derrotable", plantea algo similar a un "caso trágico", en la terminología de Manuel Atienza, donde para resolver un problema es necesario vulnerar el ordenamiento jurídico positivo.

alemán, en torno, *v. gr.*, a ciertas normas del "derecho" nazi y del comunista de la República Democrática Alemana.[24] Hablamos, desde luego, de una situación excepcionalísima y terminal, aplicable también a cualquier regla jurídica de derecho positivo, nacional o internacional, que incurriere en el mismo e insalvable defecto de infracción frontal al derecho natural.

5. Conclusiones

De la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que apuntamos, cabe destacar la franqueza de los votos renuentes a ejecutar parte de lo dispuesto por la Corte Interamericana. Exhiben, asimismo, una argumentación prolija e interesante, que tiene muy en cuenta la mirada del derecho constitucional nacional, digna por cierto de considerarse. También cabe señalar que en un diálogo interjurisdiccional, a raíz de las objeciones que formulan esos votos, pueden emerger otras vías —incluso ya ensayadas por la Corte Interamericana—, para restar eficacia a veredictos nacionales lesivos de derechos humanos, sin recurrir, necesariamente, a que el tribunal regional ordene su revocación por el órgano que los dictó. También, desde una perspectiva más amplia, la resolución argentina puede operar como una suerte de prevención contra el llamado "internacionalismo fundamentalista", o intransigente,[25] tan dañoso como su inversa, el "constitucionalismo nacional absoluto" que late en algunos países, y al que nos hemos referido.

En síntesis, la moraleja es que el control de convencionalidad requiere, para su éxito, contar con resoluciones de la Corte Interamericana que sean sin hesitación intrínsecamente razonables y justas, y al mismo tiempo hábiles y prudentes, que alcancen sus fines básicos —la custodia de los derechos humanos— mediante los caminos procesales más adecuados, según el contexto existente. Hace a la estrategia y política judicial del Tribunal imaginar las rutas más eficaces para alcanzar sus objetivos, en orden a lograr un buen

[24] Véase sobre el tema Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, reimp., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 87 y ss., 93 y ss., entre otras.

[25] Tal internacionalismo talibánico, que otros denominan crudamente "salvaje", niega, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la doctrina del "margen de apreciación nacional" en la vigencia de los derechos humanos, y sostiene la aptitud ilimitada de los tribunales internacionales, e incluso de ciertos comités programados en ocasión de pactos internacionales de derechos humanos, para obligar según su criterio discrecional, omnímoda e irrestrictamente, a los Estados nacionales, incluso alterando *a piacere* lo dispuesto por los tratados por los que fueron erigidos. En sus versiones más entusiastas, esa posición autoriza a estos entes a desvirtuar, generalmente por razones ideológicas, el contenido esencial de los derechos enunciados en un convenio o declaración. Tal extremismo no ha invadido, afortunadamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es de esperar que permanezca alejado de él.

suceso en la meta de proteger el derecho vulnerado, que es lo importante.

A su vez, el tema de la inobservancia por parte de una Corte Suprema nacional, de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica en cualquier caso un asunto de especial gravedad que debe visualizarse dentro del actual entramado jurídico de las relaciones entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos, con estos indicadores clave:

a) en lo axiológico, admisión del bien común internacional —comprensivo del derecho internacional de los derechos humanos—, sobre el bien común nacional;

b) en lo político, un rescate de la idea inicial —esto es, ajustada— de la soberanía nacional, como una herramienta compatible con el derecho internacional y la observancia de los tratados;

c) adecuación del concepto de supremacía constitucional *in suo ordine,* esto es, al ámbito nacional;

d) cabe subrayar la necesidad de practicar con la Constitución nacional una "interpretación conforme" con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina del control de convencionalidad que inicialmente ha sido aceptada por nuestra Corte Suprema, dando por sobreentendido, claro está, que si una norma doméstica es más favorable para la persona, prevalece sobre la regla del derecho internacional;

e) alertar que en el derecho internacional, un organismo jurisdiccional de esa índole está autorizado a interpretar las reglas que delimitan su competencia, y que el Estado nacional, como principio, no puede alegar cláusulas del derecho interno para eximirse de sus compromisos internacionales;

f) reconocer que es una competencia posible de la Corte Interamericana, a tenor del artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica, invalidar —por inconvencional— un fallo de la judicatura nacional que lesione un derecho enunciado en tal instrumento, y como alternativa no excluida, disponer que quien lo dictó lo deje sin efecto;

g) auspiciar una interpretación armónica entre los artículos 27, 75, inc. 22, y 108 de la Constitución argentina, advirtiendo que este último, que establece la condición de suprema de nuestra máxima Corte federal, está en la segunda parte de la Constitución, dato muy significativo con relación a un tratado de derechos humanos declarado por la reforma de 1994 con jerarquía constitucional;

h) la condición de suprema de la más Alta Corte federal, continúa por cierto, aunque enmarcada *in suo ordine* nacional;

i) siempre queda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de exponer las razones que a su criterio deslucen una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en pro de un diálogo entre ambos tribunales, y desde una perspectiva iusnaturalista, en casos harto excepcionales, ante una sentencia incuestionable y extremadamente injusta por evidente violación de derechos naturales fundamentales inherentes a la dignidad humana —sentencia *aberrante*—, no cumplir un fallo que solamente tenga la apariencia de derecho —del mismo modo que, siguiendo la regla de Radbruch, no cabe reconocer como derecho a una regla positiva portadora de una injusticia extrema—. Por último, también podría sugerir a los poderes ejecutivo y legislativo la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica, si la cuestión permaneciera insoluble, aunque esta alternativa es demasiado costosa y *prima facie* desaconsejable en el ámbito jurídico, político e incluso axiológico, a la luz del bien común internacional y del nacional, y

j) si la Corte Suprema abandona una tesis jurisprudencial suya anterior, es imprescindible, por básicas razones de seguridad jurídica, indicar con absoluta claridad y explícitamente en qué medida y por qué razones lo hace. También, si se aparta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal tarea es —por razones obvias— más notoria en casos de importancia, y resulta más obligada también en la medida en que la Corte Suprema demanda a los tribunales inferiores que sigan, ya por razones de tipo moral, ya institucional, su doctrina judicial.

Bibliografía

Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un jus constitucionale commune en América Latina?,* México Max Plack Institut-UNAM, 2010, t. II.

Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política,* trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales,* 3ª ed., San José de Costa Rica, IIDH, 2004.

Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales,* México, IIJ-UNAM, 2012.

Nuño, Alejandra, "Artículo 69", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* Distrito Federal-Bogotá-Berlín, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Pereña, Vicente Luciano, *Comunidad y autoridad supranacional,* en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in Terris,* col. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, Instituto Social León XIII, 1963.

——, *La tesis de la coexistencia pacífica en los teólogos clásicos españoles,* Instituto Social León XIII, Gráficas Ibérica, Madrid 1963

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. 1.

——, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

——, *Derecho procesal constitucional, Recurso extraordinario,* 4ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1.

——, "El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la constitución convencionalizada?", en Pizzolo, Calogero y Mezzetti, Luca (coords), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales,* Buenos Aires, Astrea, 2016, t. I.

——, "Empalmes sobre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la «constitución convencionalizada»", en Bogdandy Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesán, Flavia (coords.), *Estudios avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, Elsevier, 2013.

——, *Derecho constitucional, El estatuto del poder,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. 2.

——, *Integración y desintegración del concepto de soberanía,* tesis doctoral, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1966.

——, *Jean Bodin y la escuela española,* Rosario, Instituto de Derecho Público y Ciencias Política-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario-Universidad Católica Argentina, 1978.

——, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada,* 2ª ed., México, Porrúa, 2016.

El constitucionalismo social y sus garantías
Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador

*Hernán Salgado Pesantes**

Sumario: 1. Significado del constitucionalismo social. 2. La Revolución mexicana y la República del Ecuador. 3. Algunas reflexiones al margen de la historia. 4. La influencia mexicana en la Constitución de 1929. 5. El constitucionalismo social en el Ecuador. 6. La Constitución de 1929 y los derechos económicos y sociales. 7. La institución del amparo en México y Ecuador. 8. A manera de conclusión. 9. Bibliografía.

1. Significado del constitucionalismo social

Referirnos al constitucionalismo social es recordar las nuevas corrientes y doctrinas políticas que, surgidas en el siglo XIX, se expandieron en el siglo XX y fueron concretándose al impulso de diversos factores e ideologías, como es el caso de la Revolución mexicana que se inició con la caída de Porfirio Díaz en 1906 y duró más de una década, y de la Revolución rusa que culminó en 1917 con el triunfo de los bolcheviques presididos por Lenin; también tuvieron su incidencia las dos guerras mundiales.

Estos hechos y otros demostraron la necesidad de solucionar los graves problemas económicos y sociales que afectaban a la población, de buscar un nuevo reordenamiento jurídico-constitucional que asegure a la sociedad un mínimo de bienestar, de dar paso a las reivindicaciones, de establecer un sistema de justicia social, expresión que sintetizó las demandas de una época.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (*Phd*) en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2013). Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Exmagistrado del Tribunal Constitucional. Expresidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Exmagistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). Presidente de la Sección Ecuador del Instituto Iberoamericana de Derecho Constitucional.

El constitucionalismo social está determinado por la naturaleza de los derechos sobre los cuales reposa, aquellos derechos que siendo complemento indispensable de los derechos civiles y políticos tienen que ver con el amplio mundo del trabajo y de la previsión social, con los derechos de la familia y con las exigencias vitales de la comunidad política, como son: salarios justos, educación, salud, vivienda, acceso a los servicios públicos, función social de la propiedad, y mucho más.

Los derechos económicos y sociales, junto a las garantías que velan por su efectividad, constituyen una obligación del Estado, cuyo papel en este campo es preponderante, porque si no existe la acción decidida del Estado, los derechos económicos y sociales no podrán ser satisfechos; y los derechos individuales quedarán vacíos de contenido y de significación para las mayorías populares y, más aún, para los sectores marginados.

De esta manera, el constitucionalismo social exige la planificación socioeconómica y política de los gobiernos para que los nuevos derechos no sean simples enunciados de carácter programático en las constituciones; al mismo tiempo, requieren una modernización constante de la administración pública.

2. La Revolución mexicana y la República del Ecuador

Los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución mexicana y culminaron en Querétaro con la Constitución de 1917 son bastante conocidos, no así los hechos que ocurren en la inestable República del Ecuador y que van a servir de marco para la promulgación de una Constitución —en 1929—, la que se diferencia de los demás textos ecuatorianos por instaurar en el país andino el constitucionalismo social con sus nuevos paradigmas.

Si se trata de encontrar la influencia de hechos e ideas en el mundo jurídico-constitucional, en este caso la influencia de la Constitución mexicana de 1917, es oportuno, en mi criterio, repasar muy sucintamente algunos acontecimientos ocurridos en mi país que explican el advenimiento de los derechos sociales y económicos, y su concreción en normas constitucionales, con nuevas instituciones. En este ámbito puede medirse el grado de influencia de la Constitución de Querétaro.

En la época de la Revolución mexicana (1910-1916), la República del Ecuador atravesaba situaciones de conflicto político, entre los que se destaca una lucha armada en contra del gobierno donde fueron vencidos los opositores y tomados presos los principales líderes encabezados por el general Eloy Alfaro, quien años antes (1895) hizo triunfar la causa liberal y abrió

paso a importantes transformaciones políticas y sociales que dieron lugar a la Constitución liberal de 1906. Estos hechos tuvieron un trágico desenlace con el asesinato de Alfaro y de sus compañeros de armas en 1912.[1]

En los años posteriores a la muerte de Alfaro hubo una aparente estabilidad en medio de las constantes reivindicaciones sociales y de carácter económico, los presidentes fueron de filiación liberal.[2] Para 1917 el Congreso Nacional, mediante una ley, estableció la jornada ordinaria de ocho horas de trabajo y una jornada semanal de cuarenta y ocho horas, con descanso remunerado para los días domingos y festivos legalmente determinados. Este camino significaba el inicio de un sistema social de protección, al tiempo que se situaban a los derechos laborales básicos dentro del orden público con su carácter de irrenunciables.

El 15 de noviembre de 1922, en un contexto de huelgas, tuvo lugar una enorme manifestación obrera en Guayaquil que reclamaba por la carestía de la vida y fue violentamente reprimida por el Ejército, ocasionando centenares de muertos, hecho que marca el comienzo de la lucha del sindicalismo en el Ecuador. Para 1925, con el afán de rehacer la maltrecha economía del país y terminar con la hegemonía político-financiera de la plutocracia bancaria, estalló una insubordinación militar promovida por jóvenes oficiales, conocida como la transformación juliana.[3]

Entre otras tesis político-sociales proclamadas, en esta transformación se contemplaba una reforma económica que garantice la función social de la propiedad, el poder adquisitivo de los salarios, una política monetaria autónoma, optimización de la salud y del trabajo —incluso de la vivienda— con la creación de un instituto de seguridad social, nuevas políticas laborales, masificación de la educación y la modernización del aparato administrativo del Estado. Naturalmente, las reivindicaciones en materia de trabajo, de salud, de educación, de vivienda, de seguridad o previsión social, de la función social de la propiedad entraban en el campo de aquellos derechos que son inherentes a la dignidad humana, conocidos como derechos fundamentales.

---

1 El general Eloy Alfaro encabezó la Revolución liberal iniciada en 1895 y después de ser Jefe Supremo fue elegido por dos ocasiones presidente de la República (1897-1901 y 1907-1911), fue un impulsor de las libertades, dio pasos importantes para la transformación social y del progreso del país.

2 *Cfr.* Reyes, Oscar Efrén, *Breve historia general del Ecuador*, 16ª ed., Quito, Imprenta "Don Bosco", sin fecha, ts. II – III, pp. 270 y ss.; Pareja Diezcanseco, Alfredo, *Ecuador. La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979, pp. 335 y ss.

3 Los jóvenes militares que dieron el golpe de Estado el 9 de julio de 1925 habían recibido la influencia de misiones militares extranjeras, particularmente la italiana, como se verá luego.

A los mencionados derechos se agregaron los derechos políticos de participación ciudadana bajo dos tendencias: una que exigía poner fin al fraude electoral que había caracterizado a las elecciones presidenciales y legislativas, impidiendo que el voto ciudadano tenga una real significación y peso en la política del Estado; y, la segunda tendencia que se fue abriendo camino —desde la época de Alfaro— era la relativa al sufragio femenino, se consideró que ya era tiempo de que la mujer interviniera de un modo activo y directo en la vida política, lo que implicaba ampliar el sufragio e ir al sufragio universal, dejando atrás el sufragio restringido.

La transformación juliana de 1925 no buscó designar a militares para ejercer el gobierno provisional, el cual debía durar el tiempo necesario hasta volver al Estado de derecho mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente que plasme en una nueva Constitución las tesis, los principios y los derechos que inspiraron al movimiento juliano, para así dar paso a ese anhelo de modernidad que trajo el siglo xx y, al mismo tiempo, buscar la superación de las pugnas estériles entre las facciones liberales y las conservadoras.

Dicho gobierno provisional fue puesto en manos de vocales civiles hasta que el Alto Mando Militar designó como presidente provisional a un distinguido médico y profesor universitario, Isidro Ayora, quien concretaría la modernización administrativa al traer al país a la Misión Kemmerer, que ya había actuado en otras naciones. Como resultado de la modernización estatal, aparecieron nuevas instituciones que desde entonces cumplieron un papel positivo, así: el Banco Central, encargado de manejar la política monetaria con autonomía; organismos de control en diversos ámbitos, como la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, la Dirección General de Aduanas y otras entidades.

También se creó la denominada Caja de Pensiones para garantizar la jubilación de empleados y trabajadores, como un primer esfuerzo para establecer la institución de la seguridad social; para atender las relaciones capital-trabajo y los conflictos laborales se estableció como parte de la función ejecutiva al Ministerio de Previsión Social y Trabajo.

3. Algunas reflexiones al margen de la historia

Al examinar los hechos que se dieron en México antes y durante su Revolución, es decir, a finales del siglo xix y primeras décadas del siglo xx, puedo llegar a la conclusión de que existen similitudes en muchos aspectos entre los graves problemas políticos y sociales que aquejaron a México con lo ocurrido en tierras ecuatoriales, desde luego, guardando las debidas proporciones.

Entre los graves problemas sociales sobresalen la explotación del trabajador u obrero, con salarios ínfimos y una carga laboral excesiva, muchas veces con desarraigo de su familia. En ese contexto de pobreza solo queda la resignación o la rebelión y en esta se condensará todo el sufrimiento en la medida en que se lo vive. Por ello, las insurgencias son como fuerza de la naturaleza física que arrasa todo a su paso, cualquiera que sea el resultado. La Revolución mexicana lo pone en evidencia con los momentos dramáticos que se vivieron, igual ocurre en el Ecuador de este periodo con la Revolución alfarista y el fatídico día de la masacre de los trabajadores ecuatorianos (22 de noviembre de 1922).

Y la angustia social se acrecienta ante la enfermedad, la desnutrición crónica, los accidentes laborales, el desempleo y la vejez. La muerte misma, para ser digna, tiene sus exigencias. Siempre pensé que, en este contexto de dolor y miseria humanos, el derecho a la propiedad resultaba un escarnio. O, como bien calificaba Marx al referirse a los derechos del individualismo liberal, de ser una ilusión burguesa, y valga recordar también aquella expresión de "*proletarios del mundo uníos… nada tienen que perder solo sus cadenas*".[4] Expresión semejante a las admoniciones de los profetas bíblicos.

Entre los problemas políticos que pesan sobre los dos países —mirando la época señalada— se destaca la represión gubernamental frente a las huelgas y los reclamos como el mejor antídoto para mantener el orden, e incluso se llega al absurdo convencimiento de creer que así ¡subsiste el Estado de derecho y la misma democracia![5]

En cuanto a las elecciones presidenciales, el fraude está presente por diversos medios. Queda claro que la participación popular no es posible mientras subsisten aquellas condiciones adversas al desarrollo de la persona y de su familia. La marginación política, que va junto con la social, es el resultado del analfabetismo, de la falta de trabajo y del goce de los derechos económicos y sociales que justamente —para esta época— hacen su aparición en nuestros países latinoamericanos.

Podría proseguir con estas anotaciones, pero dejémoslas para retomarlas en el análisis de la Constitución ecuatoriana de 1929, fuente de nuestro constitucionalismo social.

---

4 *Manifiesto del Partido Comunista* de 1848.

5 Numerosas son las citas de declaraciones del dictador Porfirio Díaz en México en vísperas de la Revolución, así como de las autoridades ecuatorianas para explicar la masacre de trabajadores en Guayaquil. *Cfr.* Calzada Padrón, Feliciano, *Derecho constitucional*, México, Harla-UNAM, 1990, pp. 103 y ss.

4. La influencia mexicana en la Constitución de 1929

Está fuera de duda que en el mundo jurídico la Constitución mexicana de 1917 ejerció una influencia positiva para impulsar el constitucionalismo social de la posguerra en la mayoría de países, como ocurrió en el Ecuador. Y como el fenómeno jurídico se inserta en la dinámica social, política y económica, la onda de influencia se expande y se agranda.

Los constituyentes de Querétaro, al buscar soluciones para los graves problemas del país azteca, pusieron en alto la dignidad humana como punto de partida para toda gestión política, lo que significaba ahondar en el núcleo esencial de nuevos derechos necesarios para el desarrollo integral del ser humano. Las normas constitucionales dictadas en 1917, en el ámbito de los llamados derechos de segunda generación, fueron un mensaje que sería recogido, sobre todo, en los países iberoamericanos.[6]

Como fue reiterado, tal mensaje lo recogió el Ecuador en su momento para desarrollar la parte dogmática de la Constitución de 1929, con nuevos principios, derechos y valores. Esta carta constitucional tiene un particular significado en el constitucionalismo ecuatoriano y, en mi criterio, inaugura otro ciclo o etapa diferente de la anterior.[7]

En lo fáctico, hay que señalar cómo determinados personajes de la Revolución mexicana fueron conocidos por los ecuatorianos; es el caso de Pancho Villa y de Emiliano Zapata, que con sus realidades y sus leyendas cautivaron la atención de muchos. Otros siguieron con interés o preocupación, según el caso, la radicalización de la Revolución con respecto a cuestiones sensibles como la agraria, las relaciones Iglesia-Estado, tanto como las relaciones obrero-patronales.

Cabe señalar también otras influencias que en aquella época incidieron en el quehacer jurídico y político. En primer lugar, la Revolución rusa de 1917 fraguada con la ideología marxista-leninista tuvo una acogida diversa en los estratos laborales y en sus dirigentes, muchos de los cuales se identificaron con los postulados marxistas y soviéticos. Estos militantes acompañaron las huelgas y reclamos de la clase obrera y estuvieron presentes en el Constituyente de 1928-1929 con la bandera socialista.

Otra interesante influencia que no ha sido suficientemente investigada es la del gobierno italiano. Sabemos que para 1922, Mussolini había tomado el poder y luego se consolidaría como *Duce*. Se ha señalado que los jóvenes

---

6 *Cfr.* Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de* 1917, 7ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1986.

7 Véase mi obra: *Lecciones de derecho constitucional*, 4ª ed., Quito, Ediciones Legales, 2012, pp. 76, 92 y ss.

militares que participaron en la transformación juliana tuvieron algún grado de influencia de parte de las misiones militares extranjeras, particularmente la italiana.[8]

Lo que está claro es que la Constitución de 1929 trajo una nueva institución preconizada por el fascismo corporativista: la representación por estamentos para agregarla a la Cámara del Senado, aparte de los senadores elegidos de forma tradicional. Este sistema de representación funcional constará en los textos constitucionales ecuatorianos hasta la década de los setenta, con variantes en el número de representantes y de las organizaciones representadas.

En esta cuestión, me permito hacer una digresión para señalar algunos aspectos sobre este tema que fue debatido en mi país. La carta política de 1929 dispuso que los "*Senadores de representación funcional*" fueran en número de quince y que serían elegidos en la forma determinada en la Ley de Elecciones, estos serían (según el art. 33, num. 3):

[...] *un representante de las Universidades;*

uno del Profesorado Secundario y Especial;

dos del Profesorado Primario y Normal;

uno del Periodismo, y Academias y Sociedades Científicas;

dos de la Agricultura;

dos del Comercio;

uno de la Industria;

dos del Obrerismo;

dos de los Campesinos, y

uno de la institución Militar.

En mi criterio personal, esta designación fue adecuada para la época, no obstante la tacha de su origen; muchos juristas europeos influenciados por las corrientes sociológicas, como León Duguit, vieron viable esta forma de representación política, pues aparte de los individuos y partidos existen otros elementos que constituyen la infraestructura del edificio social y que son los grupos fundados sobre la comunidad de intereses y del trabajo, los grupos profesionales.

No se pueden negar algunos aspectos positivos de la representación funcional en cuanto permiten a determinadas organizaciones con intereses sociales, económicos y culturales, como son los agricultores, trabajadores,

[8] *Cfr.* Robalino Dávila, Luis, *El 9 de Julio de 1925*, Quito, Editorial "La Unión", 1973, pp. 70-71; Pareja Diezcanseco, Alfredo, *op. cit.*, p. 341.

comerciantes, periodistas, profesores, inclusive militares, representar a sus organizaciones y defender los legítimos intereses grupales; los cuales, de otro modo, quedan excluidos dado el sistema de la representación política y de las elecciones populares, pues carecen de actividad proselitista al no ser organizaciones estructuradas como los partidos ni tener como fin captar el poder. Además, sus intereses profesionales, propios de su quehacer, no encuentran eco dentro de los intereses políticos del electorado.

Lo negativo se presenta cuando estos grupos se desarticulan, no están organizados democráticamente, si su representatividad o trascendencia social es mínima. En tales casos, quienes los representen lo serían de fracciones pequeñas y privilegiadas, excluyendo a los demás miembros, y desvirtuando su razón de ser.

Esta representación funcional, que apareció en 1929, se mantuvo en los textos constitucionales ecuatorianos con algunas variantes, fue eliminado de modo definitivo por la carta política de 1978-1979. Indudablemente, los tiempos eran otros.

5. El constitucionalismo social en el Ecuador

Como fue dicho, con las diversas influencias, particularmente la de la Constitución mexicana de 1917, se introdujo en el Ecuador el constitucionalismo social. Este fue un paso trascendental en la estructuración jurídica del Estado, la razón de lo dicho está en que el constitucionalismo social agregó una nueva dimensión al constitucionalismo clásico de los siglos xviii y xix, que si bien estableció el Estado de derecho, prefirió que el Estado se abstuviera de actuar, poniendo en práctica el principio *laissez faire, laissez passer,* que fue el resultado de la libertad económica del mundo liberal.

Para el siglo xx, la nueva dimensión estaría dada por la necesidad de que el Estado interviniera activamente, tanto para satisfacer las demandas —cada vez mayores— de servicios públicos como para hacer posibles los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando por el trabajo, la seguridad social, la salud y educación para llegar a la protección de la familia, de los menores, de la mujer, etc. Esta dimensión está implícita en la expresión de Estado social de derecho que van a utilizar algunas constituciones de la posguerra, como la de España.

Con respecto a los derechos económicos y sociales, se puede afirmar que ya no se trata de buscar fórmulas jurídicas para afianzar la libertad de los hombres, sino medios preferentemente materiales de tipo económico para superar las diferencias que produjo el desarrollo capitalista, particularmente de los Estados industrializados.

Los hechos suscitados en el Ecuador, en las primeras décadas del siglo xx, acrecentaron la idea de buscar soluciones urgentes a los problemas inmediatos de la población que muchas veces rayaban en situaciones infrahumanas, ya sea por los salarios de hambre, viviendas miserables, alimentación nula, ya sea a causa de las enfermedades y por la represión constante de las autoridades. En suma, las condiciones eran degradantes para la dignidad humana.

En este contexto habrá de ser convocada una Asamblea Constituyente, en el año de 1928, encargada de elaborar una nueva carta política que recoja las cuestiones esenciales del constitucionalismo social de la posguerra, presente ya en la Constitución mexicana de 1917; a la que seguirán la de Weimar de 1919 y las constituciones soviéticas: la rusa de 1918, y la de la URSS de 1924.

Para el siglo xx, existe una mayor conciencia de que la Constitución organiza un sistema de convivencia política, fundado en normas y valores, como la libertad e igualdad, justicia, orden y solidaridad. La Constitución recoge los valores de la comunidad, no los crea, y su normativa se convierte en un instrumento para la realización de los fines que la sociedad ha proclamado. Empero si, en determinado momento histórico y por diversas causas, estos valores y normas no se concretan en la realidad, esta situación va a afectar la convivencia política, sumiéndola en inseguridad e inestabilidad.

Por lo expresado, resulta importante enseñar al ciudadano común cuál es el significado de tener una Constitución y comprender que no se trata de una ley más, aunque se diga que es la de mayor jerarquía.

La Constitución —como el Estado— existe en función del grupo humano. Todo ciudadano, y más aún el que ejerce roles políticos o funciones de gobierno, debe tener la convicción de la obligatoriedad de las normas constitucionales y, en consecuencia acatarlas, esta es la función de legitimidad que la Constitución posee. De su voluntario cumplimiento dimana el orden político y la paz social.

En este marco de ideas, la Constitución de México ha cumplido un papel relevante y como bien expresan los profesores Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona:

> La Constitución ha sido en México un texto fundamental en el sentido más pleno de la palabra. Su carga histórica es tan grande, que en la Constitución los mexicanos recrean la herencia ideológica de nuestros sacudimientos sociales, los avances que logró el movimiento revolucionario —en el siglo xx— y los principios que rigen a la sociedad civil en el presente.[9]

[9] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8ª ed., México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2012, p.110.

Los citados autores igualmente destacan que la Constitución mexicana de 1917 se ha vuelto símbolo tanto de estabilidad política como de unidad nacional, en torno a la cual los partidos, grupos políticos y los ciudadanos han desenvuelto las actividades que les son propias.

Este sentimiento cívico que irradia la Constitución de Querétaro, al llegar a sus cien años de existencia, se presenta tan acendrado que hace necesario que este sentimiento cívico se mantenga y se acreciente, ya porque se enraíza en la historia viva de un país, ya por su influencia determinante para vislumbrar un destino común.

6. La Constitución de 1929 y los derechos económicos y sociales[10]

Es a partir de la Constitución de 1929 que el Ecuador instaura, propiamente, los nuevos derechos económicos, sociales y culturales: complemento indispensable de los derechos civiles y políticos y a los cuales dan sentido y real concreción. Esta regulación de los derechos fundamentales, por su contenido y extensión, supera a lo establecido en las anteriores constituciones: a más de los derechos civiles y políticos que habían venido incrementándose desde la fundación del Estado ecuatoriano, ahora se incorporan otros para cuya concreción —reiteramos— el Estado debe necesariamente intervenir con miras a implantar la justicia social.

El catálogo de los nuevos derechos aparece en la "*Parte Segunda, Título XIII*" y son agrupados —en lo esencial— en un solo artículo, el 151, en treinta numerales. Esta reunión de disposiciones bajo un único artículo no ha sido común. La Constitución tiene un total de 169 artículos y 14 disposiciones transitorias. La Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Quito el 9 de octubre de 1928 y promulgó la nueva ley suprema el 16 de marzo de 1929, es decir, se la elaboró en cinco meses. Entre los constituyentes hay conservadores, liberales y socialistas, la ideología de estos últimos se integraba a la vida política del Estado.

Como punto común con la norma constitucional de México, vale destacar que los derechos eran garantizados a todos los habitantes del Ecuador y no solamente a los nacionales, cuestión que hoy está fuera de discusión. El esquema constitucional de los derechos sociales y económicos es el siguiente:

[10] Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, 4ª ed., Quito, Ediciones Legales, pp. 92-93.

- Protección al trabajo y al trabajador;
  Dispuso que la ley fije: la duración de las jornadas de trabajo, los salarios mínimos con su carácter inembargable, el descanso semanal obligatorio, los seguros sociales, la salubridad y seguridad de establecimientos industriales, el trabajo de mujeres y niños, la regulación de huelgas y paros;[11]
- Obligatoriedad de indemnizar los accidentes de trabajo;
- Derecho de obreros y patronos a formar sindicatos o asociaciones profesionales;
- Derecho de propiedad, limitada por su función social;
- Propiedad del Estado sobre el subsuelo;
- Prohibición de los monopolios no autorizados por la ley;
- Intervención del Estado para la construcción de vivienda barata en pro de los trabajadores obreros y campesinos;
- Derecho a la asistencia, higiene y salubridad públicas;
- Libertad de educación y de enseñanza, cuyo presupuesto se incrementará hasta el veinte por ciento de las rentas estatales;
- Protección al matrimonio, a la familia y al haber familiar; la ley protegerá la maternidad y la infancia;
- Protección al niño, que contará con una partida presupuestaria especial;
- Derecho de los hijos ilegítimos a ser criados y educados por sus padres, a heredarles en la proporción que señale la ley, a investigar la paternidad.

Respecto de este último punto, años después, la Constitución de 1945 establecerá que los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos respecto de la crianza, educación y herencia (art. 142).

En el amplio mundo del trabajo, que por mandato constitucional será objeto de especial protección por parte del Estado, se incluye de modo expreso para dicha finalidad al obrero y al campesino; se dispone que el Estado "legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimun de bienestar, compatible con la dignidad humana." (art. 151, num. 18, inc. tercero).

Adicionalmente se prescribe que la ley fije la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal obligatorio, la forma de determinar los salarios mínimos y establezca los seguros sociales; que la ley reglamente lo relativo

[11] Antes y después de esta Constitución se dieron diversas leyes laborales que serán reunidas en el *Código de Trabajo,* promulgado en noviembre de 1938. Para conocer la evolución de las diversas áreas de la seguridad social, puede consultarse la interesante obra colectiva dirigida por el doctor Jorge Núñez: *Historia del Seguro Social Ecuatoriano,* Quito, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 1984.

a huelgas y paros, las condiciones de salubridad y de seguridad de los establecimientos industriales. Se declara obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo, la cual también será materia de regulación legal, y de modo especial se regulará lo referente al trabajo de las mujeres y de los niños (incs. finales del num. 18 del art. 151).

La norma constitucional declara al salario mínimo libre de embargo, compensación o descuento; por otro lado, reconoce a los obreros y patronos el derecho de asociarse en defensa de sus intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales. "Para la solución de los conflictos del capital y el trabajo" se dispone la conformación de tribunales de conciliación y arbitraje. (art. 151, num. 24).

En materia de derechos civiles, la Constitución de 1929 agregó nuevas disposiciones:

- El "derecho de *habeas corpus*" (propiamente es una garantía) para proteger la libertad física;
- La extradición se concederá en virtud de una ley o de un tratado, pero nunca por infracciones políticas;
- En concurrencia de dos leyes penales se aplicará la menos rigurosa, aun si fuere posterior, y
- Proclamó que la enumeración de derechos y garantías que hace la Constitución no es limitativa ni excluyente de otros derechos.

Todos estos mandatos constitucionales encierran un profundo contenido y trascendencia, y para la época constituye un significativo avance. Para México, como conocemos, el *habeas corpus* está configurado dentro de la institución del amparo y lo desarrollaron tempranamente. En el Ecuador, es a fines del siglo XIX que aparece y en 1929 alcanza el nivel constitucional (art. 151, num. 8).

La garantía fundamental del *habeas corpus* irá perfeccionándose hasta llegar a la actual Constitución de 2008, la cual, además de disponer el tradicional procedimiento rápido y expedito, enriquece su contenido convirtiéndole en un instrumento de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad; de protección contra cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante; y, además, puede brindar protección en aquellos casos de presunta desaparición forzada (arts. 89 y 90).[12]

El último punto relativo a no limitar ni excluir otros derechos que no consten en la Constitución, como se sabe, es un importante principio de la

[12] En este tema, la Constitución ecuatoriana 2008 se orientó por la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, construida sobre casos dolorosos de víctimas o de sus familiares que acudieron a reclamar justicia en el Sistema Interamericano.

doctrina de los derechos humanos proclamada por los tratados y convenios internacionales en esta materia, el principio de norma o cláusula abierta, que hoy, de modo general, consta en las constituciones.

En lo relativo a los derechos políticos que permiten la participación ciudadana, también se presentan avances significativos en la Constitución de 1929. Téngase presente que a través de esta participación el pueblo ejerce la soberanía y elige a sus representantes. Por ello, el sufragio y los órganos electorales constituyen una institución básica de toda democracia.

En el Ecuador también se instituyó el sufragio restringido, deficiencia que trajo el constitucionalismo clásico y que sería corregido por el constitucionalismo social, el cual afectaba radicalmente al gobierno que debía ser representativo, y esto no obstante la eliminación dada por la Constitución de 1861 de la capacidad económica para ser ciudadano —sufragio censitario— y de ser introducido —allí mismo— el sufragio de carácter directo —sin grandes electores—. Sin embargo, hubo que esperar la ley fundamental de 1929 para hablar de sufragio universal, cuando la mujer se incorpora a los derechos políticos y la carta política de 1978-1979 que elimina el último rezago de saber leer y escribir para ser ciudadano.

Establecer en 1929 el voto femenino es otro punto que entraña un avance incuestionable para la época que pone de manifiesto que el constitucionalismo ecuatoriano tiene conquistas respetables en el concierto de naciones. Igual comentario haría respecto del órgano de control constitucional concentrado, el Tribunal de Garantías Constitucionales creado en la Constitución de 1945, en este caso, la inestabilidad política destruyó prontamente a esta construcción institucional, como ha ocurrido en otras ocasiones —en tales casos me pregunto si nuestros políticos ¿practican el anarquismo o son nihilistas?—.

En la esfera electoral se abrió paso a la representación de las minorías en las elecciones pluripersonales y se elaboró una regulación para dar a esta representación de minorías un carácter proporcional.

Si bien la Constitución de 1929, llamada a reemplazar a la liberal de 1906, toma una feliz iniciativa en el campo de los derechos sociales y económicos, de situarse en el camino del sufragio universal, de tratar de establecer una función electoral autónoma, además de otras innovaciones; sin embargo, hay que señalar que incurre también en graves desaciertos al introducir, en forma aislada, algunos elementos que son propios del régimen parlamentario.

Entre esos elementos del parlamentarismo están el Consejo de Ministros con atribuciones específicas, la responsabilidad solidaria, el voto de desconfianza, los cuales, por un lado, debilitan al presidente de la República

en sus atribuciones y, por otro, fortalecen al Congreso que con un voto de desconfianza puede destituir al Consejo de Ministros —es decir, a todo el gabinete presidencial— sin tener en contrapartida la disolución del legislativo. Y esto es lo que sucedió en los años posteriores en la presidencia del doctor Martínez Mera, en 1933, su gabinete de ministros fue destituido por el Congreso por siete ocasiones y concluyó con la declaratoria de vacante de la Presidencia.[13]

En suma, la adopción de elementos del régimen parlamentario, de manera aislada, fue negativa. A la postre, acaban desarticulando al sistema presidencial. Y lamentablemente, estos aspectos, unidos a factores socioeconómicos y políticos de la época, determinaron la breve vigencia de la Constitución de 1929 que abrió camino al constitucionalismo social en el Ecuador.

7. La institución del amparo en México y Ecuador

Por último, haré referencia a la institución del amparo que México ha desarrollado en alto grado y ha buscado reformarla para que cumpla con sus objetivos. En cuestión tan importante, el constitucionalismo ecuatoriano quedó rezagado por un tiempo, pues como se vio, la carta política de 1929 no incluyó al amparo, si bien elevó a rango constitucional al *habeas corpus*. Se desconocen las razones de los constituyentes para pasar por alto este mecanismo esencial para la protección de los derechos fundamentales. Si tal vez lo identificaron con el *habeas corpus,* cometieron un error.

La Constitución codificada de 1998 desarrolló con amplitud la acción de amparo, igual lo haría la actual de 2008, pero prefirieron sus constituyentes tomar la denominación de "protección", de la misma manera que la Constitución chilena de 1980 lo hiciera bajo el régimen del general Pinochet. ¿Qué motivo hubo para cambiar un *nomen iuris* reconocido a nivel internacional? Además, su antigüedad, avalada por México desde la Colonia, le confiere una jerarquía mayor al instrumento que se llama amparo; el cual, en mi entender, comparte con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos la finalidad de garantizar los derechos fundamentales.

Un comentario más sobre el amparo, tan caro a México y conocido como "acción de protección" por la Constitución ecuatoriana actual. Se afirmó que esta desarrolla al amparo con igual o mayor contenido que la codificación constitucional anterior (de 1998). Sin embargo, debo señalar con disgusto que la respectiva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, de manera abiertamente inconstitucional,

[13] Pareja Diezcanseco, Alfredo, *op. cit.,* pp. 370-371.

restringe la acción llamada de protección (o amparo) a los casos en que no existe otro mecanismo de defensa judicial, es decir, transforma al amparo en una acción residual en contraposición a la ley suprema, que no la concibió de esta manera.

Lo dicho consta en los artículos 40, numeral 3, y 42, numeral 4 de la referida ley, y la Constitución lo contiene en el artículo 88. Es inconcebible que una ley orgánica viole la ley suprema y que existan seudojuristas que transiten por este camino. Este es un caso más de la desvalorización de la Constitución (tema recurrente de mis últimos trabajos).

8. A manera de conclusión

Como se dijo, la Constitución de Querétaro, promulgada el 5 de febrero de 1917, es producto de una revolución institucionalizada por la vía del derecho, cuyo objetivo máximo es la conquista de la justicia social. La normativa constitucional alcanzó tal objetivo, en especial mediante la reivindicación de los derechos del trabajo y de sus diversos componentes, de la previsión social y de la salud, de expandir la educación y ponerla al alcance de los estratos sociales menos favorecidos. La regulación de la propiedad —sobre todo la agraria— también fue normada.

Este reconocimiento de los nuevos derechos, de incidencia económica, daba inicio a un amplio sistema social de protección, al tiempo que se situaban a muchos derechos dentro del orden público con su carácter de irrenunciables, como los derechos laborales esenciales, los de familia, la propiedad social, etcétera.

De esta manera, se cristaliza en Latinoamérica —y también en Europa— el denominado constitucionalismo social que, en mi concepto, revitaliza al constitucionalismo clásico al corregir sus deficiencias. Todos conocemos los antecedentes ideológico-doctrinarios y políticos que, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, impulsan a la sociedad y a sus representantes a buscar nuevas fórmulas de gobierno que reduzcan —al menos— la profunda desigualdad de los diferentes estratos sociales.

El Ecuador recibió la influencia de la Constitución mexicana de 1917 y entre los avatares propios de la inestabilidad política e institucional alcanzó a introducir el constitucionalismo social —en sus aspectos básicos— en la ley fundamental de 1929 y, quizá, lo que es más importante —dado que las constituciones ecuatorianas son efímeras en su duración—, pudimos plasmar en las instituciones políticas del Estado los nuevos conceptos de justicia social, especialmente en lo concerniente al trabajo y a la previsión social, en un plano menor se atendió la salud y la educación.

Como colofón, quisiera recoger la lección que la historia nos deja a los ecuatorianos. No es suficiente que nuestros constituyentes nos entreguen magníficos catálogos de derechos humanos, como ocurrió en 1929, después en 1945 y recientemente en 2008. Es imperativo que nuestra Constitución tenga una vigencia real y concreta. Tal parece que nos acompaña la denuncia que en 1843 hiciera Vicente Rocafuerte de crear una Constitución de papel, el mismo Rocafuerte que supo servir con patriotismo a México y al Ecuador.

9. Bibliografía

Calzada Padrón, Feliciano, *Derecho constitucional*, México, Harla-UNAM, 1990.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de* 1917, 7ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1986.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8ª ed., México, Porrúa- IIJ-UNAM, 2012.

Marx, Carlos y Engels, Federico, *Manifiesto del Partido Comunista,* 1848.

Núñez, Jorge y otros, *Historia del Seguro Social Ecuatoriano,* Quito, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 1984.

Reyes, Oscar Efrén, *Breve historia general del Ecuador*, 16ª ed., Quito, Imprenta "Don Bosco", sin fecha.

Robalino Dávila, Luis, *El 9 de Julio de 1925*, Quito, Editorial "La Unión", 1973.

Pareja Diezcanseco, Alfredo, *Ecuador. La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979.

Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, 4ª ed., Quito, Ediciones Legales.

Control difuso de constitucionalidad-convencionalidad. Evolución jurisprudencial a cien años de la Constitución mexicana de 1917

*Luis Gerardo Samaniego Santamaría**

Sumario: 1. Introducción. 2. El control constitucional difuso en México. 3. La reforma de 1934. 4. Evolución de la interpretación del artículo 133 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 5. La reforma constitucional de 2011 y la nueva interpretación del artículo 133. 6. El expediente Varios 912/2010 y los nuevos criterios del ejercicio del control convencional difuso *ex officio* en México. 7. Evolución jurisprudencial del Control constitucional-convencional difuso después de 2011. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

La Constitución mexicana de 1917, contempló desde su promulgación en el artículo 133 el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad —ahora convencionalidad—, sin embargo, su aplicación ha variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país desde una exégesis literal, pasando a una interpretación de restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en su sistema de control constitucional, sino también en su articulación.

En el centenario de la Constitución del 17, resulta oportuno reflexionar sobre la evolución que ha tenido el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad en nuestro país y los grandes retos que representa en el futuro la articulación de su ejercicio en la defensa de los derechos humanos y en la construcción interpretativa a cargo de los jueces nacionales y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España; profesor-investigador de Carrera de la Universidad de Quintana Roo, México; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo México-Quintana Roo; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT).

En el centenario de la Constitución mexicana de 1917, resulta importante reflexionar sobre los grandes aportes que su texto nos ha otorgado para la construcción y fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho. Su vigencia ha permitido sentar las bases de las instituciones democráticas de nuestro país. Como es de sobra conocido, la Constitución mexicana tiene como nota característica no solo el ser una de las Constituciones más longevas en la actualidad, sino también por haber sido la primera Constitución en el mundo en haber reconocido los derechos de tipo social, producto de las demandas sociales de la Revolución Mexicana iniciada en 1910, cuyos ideales se cristalizaron en el texto aprobado por el constituyente de Querétaro y publicada el 5 de febrero de 1917, por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, el General Venustiano Carranza.[1] En la actualidad el texto fundamental mexicano si bien ha sido el reflejo de luchas sociales y de la suma de los factores reales de poder traducidos en el pacto social de los mexicanos a lo largo de un siglo, también se ha venido transformando en un texto que poco se parece al aprobado originalmente, producto de las aproximadamente setecientas reformas que ha sufrido a través de los doscientos veintinueve decretos aprobados por el Poder de Reforma (Congreso de la Unión y Legislaturas de los Estados), lo que la ha convertido actualmente en una Constitución tres veces más extensa que el texto original y mucho mas desordenada con contenidos de corte muy reglamentarios y a veces contradictorios.[2]

No obstante, las múltiples reformas que ha sufrido la Constitución del 17, uno de los principios básicos que se mantienen como parte de nuestra tradición constitucional, es sin duda el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos humanos los cuales se extienden a los contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano; y por supuesto los mecanismos de defensa para hacerlos efectivos.

Nuestro país adoptó en la Constitución del 17 un sistema mixto o híbrido de control constitucional, al encomendarle el control constitucional al poder judicial de la federación a través de diversos medios de control constitucional y a los jueces de los estados cuya obligación es preferir la norma constitucional federal sobre las disposiciones en contrario previstas en las leyes y constituciones de los Estados. No obstante de existir una disposición expresa en la Constitución del 17, durante gran parte de su vigencia en el

[1] El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, t. V, 4ª época, núm. 30, lunes 5 de febrero de 1917, pp. 149-161.

[2] Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*, México, IIJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, 2015.

siglo pasado e inicios del presente, el ejercicio del control constitucional se fue monopolizando por el Poder Judicial Federal a través de sus jurisprudencias obligatorias, prohibiendo a los jueces ordinarios realizar control difuso de la constitucionalidad o convencionalidad respecto de las leyes de los estados aplicables a cada caso concreto.

En la actualidad, las reformas ocurridas en 2011 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco* replantearon jurisprudencialmente el sistema de control constitucional en México, ya que además del complejo sistema de control constitucional a cargo del Poder Judicial Federal, se adoptó "nuevamente" el control difuso de la convencionalidad-convencionalidad a cargo de todos los jueces y tribunales del país. Desde su incorporación, los jueces nacionales han venido realizando una construcción interpretativa muy amplia, la cual no ha venido exenta de omisiones, contradicciones o resistencias. En el diálogo jurisprudencial sostenido entre los jueces nacionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y a su vez esta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han presentado diversos acuerdos y resistencias propios de cualquier diálogo. En la actualidad la evolución interpretativa del control difuso de constitucionalidad convencionalidad nos dan una muestra clara de los grandes avances y retrocesos que hemos tenido a lo largo de un siglo de vigencia constitucional y a su vez los grandes retos que representa el ejercicio del citado control para la defensa efectiva de los derechos humanos. Por ello, en el marco del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta oportuno reflexionar sobre uno de temas que más ha cobrado vigencia en los últimos años en la defensa de los derechos humanos como lo es el denominado *"control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad"*.

2. El control constitucional difuso en México

El control constitucional difuso no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano[3] ya que si bien la Constitución de 1824 no señaló nada al respecto, la Constitución de 1857 ya lo contemplaba en su artículo 126, mismo que aunque no fue incluido en el proyecto original enviado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente, [4] posteriormente fue incorporado en el transcurso de los debates ocurridos entre 1916-1917 por la Comisión de

[3] Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 31-32.

[4] *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, t. XII, 2000, pp. 1192-1193.

Constitución, para aprobarse y pasar prácticamente inalterado su texto en el artículo 133 de la vigente Constitución de 1917, que entre otras cosas contempla la supremacía de la Constitución federal, las Leyes que de ella emanen y Tratados firmados por el Presidente de la República con aprobación del Senado;[5] y el ejercicio del control constitucional-convencional difuso que autoriza a los jueces a observar la Constitución Federal, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Leyes y Constituciones de los Estados.[6] Cabe destacar que el citado artículo 126 de la Constitución de 1857 y el 133 de la Constitución de 1917, tuvo una fuerte inspiración —casi idéntica—, en el contenido del artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.[7]

El artículo 133 fue aprobado por unanimidad de 154 votos en la sesión número 62 de la asamblea constituyente, celebrada el 25 de enero de 1917, con el siguiente texto:

> […] Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y de todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.[8]

3. La reforma de 1934

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, dicho artículo solamente ha sufrido en cien años una reforma ocurrida el 18 de enero de 1934,[9] en el sentido de que los tratados internacionales para ser ley su-

[5] Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año II, núm. 4, 1969, pp. 7-8.

[6] Véase Sánchez Gil, Rubén Antonio, "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002, en Cuestiones Constitucionales", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2004, pp. 199-229.

[7] El art. VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, establece: "… Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado…".

[8] Véase *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917* disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf*

[9] *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1934, pp. 206-208.

prema deberán estar conforme a la Constitución y que aquellos celebrados por el Presidente de la República deberán ser ratificados únicamente por la Cámara de Senadores y ya no por el Congreso, tal y como lo contemplaba el texto aprobado en 1917. Lo anterior, ya que el texto del artículo 133 fue transcrito literalmente de la Constitución de 1857, que contemplaba un sistema unicameral hasta 1875.

4. Evolución de la interpretación del artículo 133 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

A lo largo de la vigencia de nuestro texto constitucional, la interpretación del artículo 133 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), respecto del ejercicio del control constitucional difuso ha variado desde una perspectiva amplia a una restringida. Cabe destacar que aunque para efectos del presente trabajo se ha clasificado en dos periodos, lo cierto es que en la primera etapa de la vigencia constitucional del artículo 133 existieron visiones muy contradictorias respecto del ejercicio del control constitucional difuso.

4.1. Periodo visión amplia

En los primeros años de vigencia del artículo 133, la SCJN al interpretar de manera literal el citado artículo constitucional, fijó una postura amplia y a favor del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces del país, tal y como se observa en el Amparo penal en revisión 2814/24, resuelto en el año 1926 en donde la SCJN estableció una tesis bajo el rubro: "Constitución Federal", señalando que aún cuando los Estados tienen la libertad para legislar en lo que concierne a su régimen interior, en ningún caso pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución Federal, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.[10] Asimismo, la SCJN al resolver en el año 1935, el Amparo en revisión en materia del trabajo 5172/35, estableció la tesis de jurisprudencia bajo el rubro: "Leyes, Facultad de las Autoridades para Declararlas Anticons-

[10] Quinta Época, 282436, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIX, 20 de julio de 1926, p. 117.

titucionales, Cuarta Sala",[11] donde señaló que tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas.

Posteriormente en el año 1942, la SCJN al resolver el Amparo administrativo en revisión 1908/41, estableció la tesis: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS. SEGUNDA SALA",[12] estableciendo que las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación al resolver las cuestiones de su competencia pueden decidir conforme al artículo 133 de la Carta Magna, si la ley que apoya los actos impugnados es o no constitucional, ya que ningún ordenamiento secundario y ningún acto de autoridad, pueden prevalecer contra la Constitución.

Asimismo, en la doctrina constitucional mexicana desde los años 40s podemos encontrar posturas a favor del control constitucional difuso en México derivado del artículo 133. Martínez Báez consideraba que

> […] la esencia misma de la actividad jurisdiccional estriba en la función definidora del derecho aplicable al caso concreto, luego todo juez y en todo proceso aplicará la norma que juzgue adecuada y en el lance de que ese precepto resulte anticonstitucional no lo debe cumplir, pues debe dar preferencia, primacía y prioridad a la ley fundamental. Para que los jueces locales no pudieran examinar la constitucionalidad de una ley, necesario sería texto expreso al respecto, pero no solo no existe, sino que encontramos disposición que obliga al juez local a respetar la Constitución y no aplicar leyes que la contraríen o que se le opongan. Sí se le negare al juez local la facultad para realizar dicha valoración, se le estaría negando algo que va contra la función misma de juzgar, se desvirtuaría la labor de quienes forman parte de la voz viva del derecho. Y la unidad de la interpretación constitucional no se afecta, porque la exposición del juez local es susceptible de reclamarse ante la justicia federal mediante el juicio de amparo.[13]

Periodo visión restringida

Con el paso de los años la SCJN la postura restrictiva fue fortaleciéndose poco a poco al grado de prohibirles a los jueces ordinarios realizar control constitucional difuso. De esta forma, la Tercera Sala de la SCJN al resolver

[11] Quinta Época, Cuarta Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVI, 5 de noviembre de 1935, p. 2966.

[12] Quinta Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLXXII, 27 de abril de 1942, p. 2570.

[13] Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. IV, núm. 15, 1942, pp. 245-248.

en el año 1960 el Amparo Directo 6098/55, estableció la tesis bajo el rubro: "Constitución. Su aplicación por parte de los jueces del fuero común cuando se encuentra controvertida por una ley ordinaria",[14] señalando que si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, sí están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente yd e modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal.

Esta tendencia interpretativa de la SCJN respecto de la restricción del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces nacionales, se fortaleció en 1968 al resolver el Amparo Directo 1355/67, monopolizando completamente el ejercicio del control constitucional por parte del Poder Judicial Federal, al considerar que solo este Poder estaba facultado para hacer declaratorias de inconstitucionalidad, tal y como se observa de la tesis bajo el rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN",[15] bajo el argumento que no existía jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que impusiera a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente se había llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientaban en el sentido de considerar que solo el Poder Judicial de la Federación podía calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.

Con esta visión que restrictiva del contenido del artículo 133, la SCJN monopolizó el ejercicio del control constitucional al grado de establecer finalmente en el año 1999, dos jurisprudencias que resultaban obligatorias para las autoridades judiciales mexicanas, bajo el rubro: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN",[16] y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN".[17]

---

14 Sexta Época, 270762, Tercera Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. LX, 22 de febrero de 1960, p. 177.

15 Sexta Época, 260162, Tercera Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CXXXV, 30 de septiembre de 1968, p. 37.

16 Novena Época, 73/99, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 18.

17 Novena Época, 74/99, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5.

Con ambos criterio jurisprudenciales se termino por restringir el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces de los estados, ya que consideró que de la interpretación de diversos artículos constitucionales (103, 105, 107, y 124), se llegaba a la conclusión que el único facultado para ejercer el control constitucional de manera exclusiva era el Poder Judicial Federal, por lo que el contenido del artículo 133 que otorga a los jueces de los Estados a ejercer el control constitucional difuso, debía interpretarse a la luz de los demás artículos constitucionales que de acuerdo con la SCJN, indicaban la exclusividad del control constitucional al poder judicial federal a través de su competencia en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad. Esta postura restrictiva prevaleció por más de una década después hasta las reformas constitucionales del año 2011 a diversos artículos de la Constitución en materia de derechos humanos, que modificarían su sentido.

5. La reforma constitucional de 2011 y la nueva interpretación del artículo 133

Como es de sobra conocido uno de los cambios más significativos que sufrió la Constitución de 1917, a través de sus múltiples reformas fueron las ocurridas el 6 y 10 de junio de 2011, relativas al replanteamiento de los derechos humanos dentro del texto constitucional. No solo cambió el término de "Garantías Individuales" por el de "Derechos Humanos y sus Garantías", sino que incluyó dentro del mismo rango de jerarquía normativa a los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (*bloque de constitucionalidad-convencionalidad*). Asimismo, incorporó la obligación de todas las autoridades de promoverlos, respetarlos y garantizarlos bajo los principios *pro persona, interpretación conforme* y aquellos del derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien dicha reforma no alteró el contenido del artículo 133, si modificó diversos artículos de la Constitución que ya hacían insostenibles los criterios jurisprudenciales restrictivos de la SCJN respecto del ejercicio del control constitucional difuso a cargo de los jueces de los estados. Aunado a lo anterior, la Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en contra del Estado mexicano en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, estableció la obligación a todas las autoridades jurisdiccionales del país a realizar de oficio un ejercicio denominado *Control convencional difuso*, consistente en realizar un contraste entre la norma aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento y los derechos humanos contenidos en las normas convencionales aplicables en el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos e inaplicando, en caso extremo,

las normas nacionales que sean contrarias o restrictivas de aquellos derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México es parte, bajo los principios *pro persona* e *interpretación conforme*, so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado mexicano.[18]

Si bien la obligación de los jueces a realizar el control convencional difuso *ex officio* surgió aparentemente a partir de 2011, lo cierto es que ya se había comenzado su construcción interpretativa muchos años antes con la resolución de algunos casos por parte de diversos tribunales del país utilizando los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH o tomando como parámetro los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aunado a lo anterior, la construcción de las reglas del diálogo para la adopción de criterios jurisprudenciales interamericanos, comenzó en nuestro país cuando la SCJN al dar cumplimiento a la Sentencia condenatoria de la Corte IDH en el Caso *Rosendo Radilla vs México* del año 2009, decidió abrir un expediente denominado Varios 912/2010, en donde se reconoció la obligación de los jueces nacionales de ejercer el citado control convencional difuso *ex officio*. De esta forma, se adoptó el criterio de que cualquier autoridad jurisdiccional dentro del ámbito de sus respectivas competencias tienen la obligación de:

1) Velar por los derechos humanos contenidos en bloque de constitucionalidad-convencionalidad;[19]
2) Ejercer dicho control convencional, de manera oficiosa, utilizando los principios de interpretación conforme y pro persona, y[20]
3) Al aplicar el principio pro persona, deberá preferir por un lado la protección más amplia de los derechos humanos independientemente de su fuente nacional o interamericana, y por otro, preferir la norma o interpretación que menos restrinja el derecho humano.

6. El expediente Varios 912/2010 y los nuevos criterios del ejercicio del control convencional difuso ex officio en México

Como se señalo en el apartado anterior, al resolver la consulta a trámite relativa al cumplimiento de la Sentencia del Caso Rosendo Radilla Pacheco,

18 Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 182.

19 Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial,* México, Porrúa, 2012, p. 76.

20 Figueroa Mejía Giovanni, Azael, "La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano", en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina,* México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 240-242.

la SCJN decidió abrir el expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011 y dejando en consecuencia sin efecto las jurisprudencias 73/99 y 74/99, que prohibían a los jueces y tribunales ordinarios realizar el llamado control difuso a pesar del contenido expreso del artículo 133 de la Constitución del 17.

Como resultado se emitieron diversas tesis que delinearon las bases del ejercicio del citado control convencional difuso, tales como: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD",[21] en donde la SCJN señaló que de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate. Estos mandatos deben interpretarse junto con el artículo 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Del mismo modo, se emitieron las siguientes tesis bajo el rubro: "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS";[22] y "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS".[23]

Con la adopción de dichos criterios la SCJN, reconoció:

1) La sujeción de México a la jurisdicción interamericana y la obligatoriedad de su jurisprudencia para todas las autoridades del Estado mexicano;
2) Admitió por fin el Control Convencional Difuso en México, y
3) Fijo algunos parámetros y pasos a seguir en el ejercicio de dicho control a cargo de los jueces nacionales.

Con ello se otorgó una nueva interpretación al artículo 133 restableciendo el llamado control difuso en México que durante muchos años dejo de realizarse por criterios jurisprudenciales, lo que permitió que rápidamente los jueces nacionales comenzaron a ejercerlo, realizando un ejercicio de contraste entre la norma aplicable a los casos concretos y las normas convencionales.

---

21 Novena Época, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LXVII/2011, diciembre de 2011, p. 535.

22 Décima Época, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, diciembre de 2011, p. 551.

23 Décima Época, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LXVII/2011, diciembre de 2011, p. 552.

A pesar del avance significativo que representó la admisión jurisprudencial del control convencional-constitucional difuso en México, su ejercicio no ha estado exento de dificultades y resistencias al interior del país, ya que si bien la recepción de los criterios interamericanos por parte de los jueces nacionales en sus respectivas resoluciones ha tenido una gran aceptación, también ha presentado dificultades en el diálogo jurisprudencial internamente tanto con otros jueces nacionales como con la SCJN, y esta a su vez, con la Corte IDH. Lo anterior, ya que bajo los criterios interpretativos emitidos por la SCJN después de la reforma de 2011, comenzó un diálogo judicial en sede nacional donde los jueces nacionales comenzaron a adoptar una serie de criterios interpretativos que en muchas ocasiones resultaron contradictorios, llevando al conocimiento del máximo tribunal mexicano a resolver los cuestionamientos sobre la articulación de los criterios en conflicto, moldeando jurisprudencialmente su ejercicio.

7. Evolución jurisprudencial del Control constitucional-convencional difuso después de 2011

Desde la Sentencia del Expediente Varios 912/2010, la evolución hermenéutica del tribunal constitucional mexicano ha venido moldeando los acuerdos y resistencias en el diálogo jurisprudencial con la Corte IDH (visión dualista *vs* visión monista), y con los jueces nacionales, pasando por las contradicciones de tesis 293/2011 (restricción de derechos humanos), y 299/2013 (límites al ejercicio del control convencional difuso sobre la jurisprudencia de la SCJN), hasta llegar recientemente, entre otras, a la sentencia del Expediente Varios 1396/2011 relativas a las obligaciones del poder judicial respecto de las sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano en los Casos *Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega* (restricción de derechos humanos).[24]

Lo anterior, ya que inicialmente la recepción del *ius commune* interamericano de protección de derechos humanos tuvo una gran aceptación,[25]

[24] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)", en *Ius Constitutionale Commune en* Bogdandy, Armin von *et al.*, *América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 329-382. Asimismo véase Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano,* México, IIJ-UNAM, 2012, pp. 244-248.

[25] Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo trasformador", en *Revista Derecho del Estado,* núm. 34, 2015, pp. 17-19.

sin embargo en la construcción hermenéutica poco a poco comenzaron a presentarse algunas resistencias basadas estrictamente en los principios de soberanía nacional, supremacía constitucional y la jerarquía absoluta de la SCJN frente al resto de jueces nacionales considerados de grado inferior.

7.1. La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las normas convencionales

La SCJN al resolver la Contradicción de Tesis (en lo sucesivo CT) 293/2011, estableció de forma obligatoria en su jurisprudencia: 1) La no distinción de la fuente, ya sea constitucional o convencional, por la cual derivan los derechos humanos; 2) El reconocimiento de rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional; 3) La armonización a través del principio *pro persona* de las normas nacionales e internacionales; 4) La prevalencia de la Constitución cuando esta prevea expresamente una restricción al ejercicio de Derechos Humanos; y 5) La obligatoriedad de toda la jurisprudencia de la Corte IDH para los jueces mexicanos, siempre que la misma resulte más favorable para la persona.

De esta forma la SCJN al resolver la CT 293/2011, estableció la jurisprudencia P/J 20/2014, bajo el rubro: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL", señalando que de manera obligatoria todos los jueces nacionales en el ejercicio del control convencional difuso *ex officio* deberán observar la prevalencia de las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos, por encima de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, sin hacer más exámenes de ponderación que el solo hecho de encontrarse la restricción de derechos humanos contenida en el texto constitucional.[26]

Este criterio se reforzó con la jurisprudencia 56/2014, bajo el rubro: "PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL". [27]

[26] Décima Época, 20/2014, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

[27] Décima Época, 56/2014, Segunda Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. 6, t. II, mayo de 2014, p. 772.

En este sentido, la SCJN no solo confirmó la supremacía de la Constitución y los derechos humanos en ella contenidos y en los tratados internacionales de los que México es parte, sino que estableció en la jerarquía normativa por encima a las restricciones constitucionales dejando por debajo cualquier otra norma de derecho interno e incluso las contenidas en los Tratados internacionales que contengan o no derechos humanos.

7.2. La jurisprudencia de la SCJN como límite al ejercicio del control convencional difuso

Los jueces ordinarios al ejercer el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad adquieren un papel de suma importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Esto obliga a la SCJN a mantener un diálogo jurisprudencial constante con el Tribunal internacional, puesto que ambos tienen la misma finalidad de proteger los derechos humanos, por lo que la relación entre la SCJN como el resto de Cortes Supremas de los Estados de las Américas debe entenderse en términos de cooperación y colaboración,[28] esto es, la armonización de los estándares nacionales con aquellos fijados a nivel internacional, permiten que a través del diálogo jurisprudencial no solo se enriquezca la jurisprudencia nacional, sino también la protección de los derechos humanos. En consecuencia, la SCJN como los jueces nacionales deben contribuir a la recepción en el espacio de sus facultades de los criterios interamericanos del *ius commune* de derechos humanos, sin tratar de evadir el cumplimiento de los compromisos internacionales contenidos en la Convención Americana.

Una de las tensiones que ha provocado la recepción de los criterios interamericanos en las decisiones de los jueces estatales con la SCJN, ha sido con el contraste que éstos comenzaban a realizar entre la jurisprudencia emitida por el Alto tribunal con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y. En este sentido se han establecido algunos criterios para la articulación del diálogo entre los jueces nacionales inferiores con la SCJN, respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la CorteIDH, señalando que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH por los jueces ordinarios debe hacerse en clave de "colaboración" y no de "contradicción" con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente implique una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho

[28] García Ramírez, Sergio, "La navegación americana de los derechos humanos: hacia un ius commune", en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 488-489.

específico deberán ser resueltos en términos de cooperación con base en el principio *pro persona*.

La contradicción de criterios utilizados por dos tribunales colegiados de circuito sobre la posibilidad de que los jueces ordinarios en el ejercicio del control convencional difuso, puedan someter a su análisis de confrontación no solo los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia de la SCJN, fue el objeto de debate de la CT 299/2013. Por un lado, uno de los tribunales considero que los jueces nacionales no están facultados para realizar dicho examen de convencionalidad sobre la jurisprudencia de la SCJN, ya que esta les resulta de observancia obligatoria a todos los jueces del país; en tanto que por su parte el otro Tribunal consideró que dicho control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales, se extiende no solo a los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia cuando esta resulte inconvencional.

Con base en ambos criterios contradictorios la SCJN resolvió el 14 de octubre de 2014, la CT 299/2013, tras formularse la siguiente pregunta: ¿La jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución mexicana o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte? Ante este cuestionamiento, la SCJN señaló que "[…] aún al margen de la posibilidad de que los jueces nacionales estén facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la SCJN transgrede o no una norma convencional…".[29] argumentando que la jurisprudencia de la SCJN es de aplicación y observancia obligatoria para todos los jueces nacionales y que éstos no están autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por el máximo tribunal. Lo más que pueden hacer los tribunales —argumenta la SCJN—, es decidir si la jurisprudencia de la SCJN es aplicable o no al caso concreto, debiendo hacer un análisis para que ese nuevo estudio del derecho humano planteado no afecte lo ya definido por el Alto Tribunal. [30]

Derivado de lo anterior, la SCJN emitió la jurisprudencia 64/2014 bajo el rubro: "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES

[29] Véase engrose de Contradicción de tesis 299/2013 SCJN.

[30] Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto, "¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, jul-dic, 2015, pp. 193-228.

DE MENOR JERARQUÍA",[31] señalando que la obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio,* no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales, de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Ahora bien, en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios previstos en la Ley de Amparo para que se subsane ese aspecto. Por lo que aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia de la SCJN pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio,* porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

7.3. La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las Sentencias condenatorias de la Corte IDH

Las resistencias de la SCJN en el diálogo jurisprudencial con la Corte IDH, respecto de la prevalencia de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución sobre cualquier otra norma convencional, se agudizaron en la sentencia del Expediente Varios 1396/2011, relativo a las obligaciones del Poder Judicial derivadas de las sentencias condenatorias contra México en los Casos de *Inés Fernández Ortega* y *Valentina Rosendo Cantú*. Al resolver el citado expediente, la SCJN emitió la Tesis aislada XVI/2015, bajo el rubro: "SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES"[32] en donde no solo ratificó el criterio adoptado al resolver la contradicción de tesis 293/2011, relativa a que los jueces nacionales deberán observar las restricciones de los derechos huma-

[31] Décima Época, 64/2014, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. 13, t. I, diciembre de 2014, p. 8.

[32] Décima Época, Pleno, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI/2015, 25 de septiembre de 2015, p. 552.

nos contenidas en la Constitución, sin importar que un tratado internacional sea más favorecedor o menos restrictivo de los derechos de las personas (*negación del principio pro persona*), sino que inclusive amplió la jerarquía de las restricciones constitucionales de derechos humanos, señalando que sí en uno de los sentidos del fallo de una sentencia de la Corte IDH contra del Estado mexicano implica el desconocimiento de una restricción constitucional, los jueces nacionales deberán optar por la restricción constitucional y desatender el fallo del Tribunal Internacional, en términos de la jurisprudencia 20/2014.

Con ello la Corte mexicana reafirmó su postura de otorgar una jerarquía superior a las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos sobre las normas convencionales e incluso sobre las sentencias de la Corte IDH, contradiciendo el carácter obligatorio y vinculante para todas las autoridades del Estado mexicano en su conjunto incluida la SCJN.

7.4. Control convencional difuso *ex officio* o a petición de parte?

Una de las características del Control convencional es su carácter oficioso. Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* se estableció que la obligación de ejercer el control convencional difuso por parte de los jueces nacionales debía de realizarse de manera oficiosa, esto es, sin esperar que las partes lo invoquen al juzgador ya que este tiene como obligación constitucional y convencional salvaguardar los derechos humanos de las personas.

Si bien en nuestro país aunque el ejercicio del control convencional difuso realizado por los jueces nacionales se ha venido llevando a cabo de manera oficiosa, también en algunos casos diversos órganos jurisdiccionales han omitido su ejercicio a pesar de que el justiciable ha invocado el ejercicio del citado control a su favor. Al respecto, la primera sala de la SCJN estableció la jurisprudencia 36/2015 bajo el rubro: "AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL",[33] estableciendo la procedencia del amparo directo en revisión siempre y cuando el quejoso se duela de la omisión de dicho control difuso en su demanda de amparo, vinculada con normas específicas de la ley secundaria; sea que ese planteamiento se analice o se omita por el tribunal de amparo.

[33] Décima Época, 36/2015, Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. 18, t. I, mayo de 2015, p. 166.

No obstante el anterior criterio, los tribunales colegiados de circuito recientemente han emitido una jurisprudencia que resulta contradictoria con el carácter oficioso del citado control difuso. Así, la jurisprudencia XXVII, 3° J/11 bajo el rubro: "CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NI EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO CORRESPONDIENTE",[34] señala que si bien el control difuso de constitucionalidad —convencionalidad—, que se ejerce en la modalidad *ex officio*, no está limitado a las manifestaciones o actos de las partes, cuando se solicita su ejercicio deben señalarse claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante, ya que fuera del cumplimiento del principio *iura novit curia*, el juzgador no está obligado a emprender un estudio "expreso" oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que genéricamente se invoquen como pertenecientes al sistema.

Lo anterior resulta por demás contradictorio con el carácter oficioso del control convencional difuso, ya que al determinar la inoperancia de la petición del ejercicio del control difuso de constitucionalidad convencionalidad, cuando no se señale claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, no solo invalida esa característica, sino que al exigir que en la petición se señalen claramente los derechos vulnerados con las normas a contrastar y los agravios, en realidad está imponiendo que su ejercicio sea a petición de parte, lo cual evidentemente no señalan ni las disposiciones constitucionales, ni mucho menos los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH.

Como se observa a pesar de que el texto del artículo 133 de la Constitución centenaria, contemplo desde su promulgación el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad —ahora convencionalidad—, su aplicación y sentido han variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país, pasando de una aceptación literal, a una restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en sus sistemas de control constitucional, sino también en su articulación.

[34] Décima época, XXVII, 3°, J/11, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, L. 15, t. III, febrero de 2015, p. 2241.

8. Conclusiones

El control constitucional difuso no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano, su adopción en el artículo 126 de la Constitución de 1857, tuvo una fuerte inspiración en la fórmula empleada en el artículo VI. 2 de la Constitución norteamericana de 1787. La adopción del artículo 133 en el texto centenario de la Constitución de 1917, paso prácticamente inalterado del texto de 1857. A pesar de que la Constitución Mexicana en la actualidad tiene casi setecientas reformas que la han transformado al grado de parecerse muy poco al texto original, el texto del artículo 133, ha permanecido casi inalterado durante un siglo, ya que solo se ha reformado en una ocasión en 1934.

Como se observa a pesar de que el texto del artículo 133 de la Constitución centenaria, contempló desde su promulgación el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad —ahora convencionalidad—, su aplicación y sentido han variado significativamente a lo largo de un siglo a través de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país, pasando desde una aceptación literal, a una restricción absoluta de su ejercicio a cargo de los jueces ordinarios, hasta su reciente admisión y su posterior modulación. A lo largo de un siglo de vigencia de la constitución mexicana de 1917, la defensa de los derechos humanos continúa moldeándose no solo en su sistema de control constitucional, sino también en su articulación con los medios de control constitucional y el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria para una adecuada protección de los derechos humanos en nuestro país.

9. Bibliografía

AAVV, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5ª ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. XII.

Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado,* ene-jun, Bogotá, 2015.

Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial,* México, Porrúa, 2012.

Carpizo, Jorge, *"La interpretación del artículo 133 constitucional",* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* ene-abr, UNAM, México, 1969.

____, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2000.

Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto, "¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* jul-dic, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2013. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons.

____, "Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)", en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Ius Constitutionale Commune. Rasgos, potencialidades y desafíos en América Latina,* México, UNAM, 2014.

Figueroa Mejía, Giovanni Azael, "La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano", en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina,* México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*, México, IIJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, 2015.

García Ramírez, Sergio, "La «navegación americana» de los derechos humanos: hacia un *ius commune",* en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014.

Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2005.

Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* núm. 15, ene-jun, 1942.

Sánchez Gil, Rubén A., "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales,* núm. 11, jul-dic, 2004.

Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano,* México, IIJ-UNAM, 2012.

Reseña de algunas opiniones académicas sobre el amparo-casación en México

*José María Serna de la Garza**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Héctor Fix-Zamudio. 3. Juventino V. Castro. 4. José Ramón Cossío. 5. Julio Patiño Rodríguez. 6. Héctor Fix-Fierro 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. Introducción[1]

Hoy en día se debate sobre la pertinencia o la inconveniencia de conservar el llamado amparo-casación o de legalidad en México. El debate no es nuevo. De hecho, desde su mismo nacimiento, esta institución, que es pieza fundamental del sistema de justicia mexicano, ha estado sometida a una discusión en la que han participado las mentes más brillantes de la ciencia y la práctica jurídicas de nuestro país. En el presente ensayo haremos una revisión del debate académico en voz de algunos de los más destacados especialistas en la materia constitucional y procesal, a efecto de identificar los argumentos que en pro y en contra se han desarrollado sobre esta vertiente del amparo. Con base en dicho estudio histórico, estaremos en posibilidad de sopesar los distintos argumentos y así avanzar en el diseño de posibles alternativas de evolución normativa e institucional.

2. Héctor Fix-Zamudio

En un trabajo dedicado a examinar el tema del federalismo y el poder judicial en México, el doctor Héctor Fix-Zamudio comienza por recordar que el artículo 160 de la Constitución de 1824 decía: "El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

1 El presente ensayo ha sido escrito con base en materiales que en extenso se pueden encontrar en mi libro *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Porrúa, 2009.

estos tribunales, serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia".[2]

Asimismo, señala este autor que la Constitución de 1857 también adoptó formalmente el régimen de doble jurisdicción según el paradigma norteamericano. Pero que esto se modificó cuando la Corte admitió, a partir del amparo solicitado por Manuel Vega contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, según resolución de 29 de abril de 1869, la procedencia del amparo contra las sentencias judiciales de todos los jueces y tribunales del país, con apoyo "en una interpretación artificiosa del artículo 14 de dicha Carta Fundamental".[3]

Posteriormente, afirma que con el amparo por "inexacta" (en realidad, errónea) aplicación de la ley, se desvirtuó el régimen de doble jurisdicción, "ya que subordinó los tribunales locales a los de carácter federal y privó a los primeros de la autonomía que les habían otorgado las cartas federales de 1824 y 1857".[4]

De esta manera, apunta el doctor Fix-Zamudio que el sistema terminó por consolidarse con la Constitución de 1917 y que, ante la "imposible tarea de la Corte" se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito:

> Al enviarse a los Tribunales Colegiados el conocimiento en única o segunda instancia de los juicios de amparo en los cuales se discuten cuestiones estrictas de legalidad, se los ha convertido en tribunales regionales de casación, ya que contra sus resoluciones no procede recurso alguno, salvo los casos en los cuales decidan en un solo grado sobre la constitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Carta Fundamental, ya que entonces dichos fallos pueden impugnarse ante la Suprema Corte.[5]

Asimismo, aclara el profesor Fix-Zamudio que en el debate actual, algunos pugnan por devolver la autonomía a los tribunales locales, reformando el artículo 14 constitucional; mientras que otros están inconformes con la supresión de la competencia de la Corte en materia de casación, y "sostienen que existe una verdadera anarquía en los diversos criterios establecidos por los Tribunales Colegiados, y que son difíciles de resolver por el más alto tribunal del país".[6]

---

2 Fix-Zamudio, Héctor, "El poder judicial y el federalismo mexicano", en Faya Viesca, Jacinto (coord.), *Revista AMEINAPE*, Impulso al nuevo federalismo mexicano, núm. 1, México, 1996, p. 135.

3 *Ibidem,* p. 136.

4 *Idem.*

5 *Ibidem,* p. 137.

6 *Idem.*

Debido a lo anterior, Fix-Zamudio fija su posición en los siguientes términos:

> Debemos partir de la base de que la subordinación de los tribunales locales a los federales no es contrario al régimen federal, si tomamos como ejemplo la organización judicial de regímenes federales con un alto grado de autonomía local, como Canadá, Alemania y Austria, en los cuales los jueces de menor jerarquía son los locales y los asuntos judiciales se someten en su última instancia ante tribunales federales, que son los de mayor jerarquía. Es decir, en estos países existe una jurisdicción unificada, frente a la doble jurisdicción del modelo estadounidense que en nuestro continente todavía conservan Argentina y Brasil, en los cuales los tribunales provinciales o estatales resuelven definitivamente los asuntos locales, los que no pueden trasladarse a los organismos judiciales federales, a no ser que se plantee un "caso federal", es decir, una contradicción entre las disposiciones legislativas locales y las normas constitucionales (recurso extraordinario).[7]

Según del doctor Fix, el dilema actual que hay que decidir en México consiste en determinar si se continúa con el régimen actual según el cual los tribunales locales están subordinados a los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de casación, inclusive en cuanto a la jurisprudencia obligatoria de estos últimos, que según el artículo 94 constitucional es vinculatoria también respecto de disposiciones legislativas de carácter local, o bien se modifica este régimen para volver al sistema histórico de doble jurisdicción. Y concluye: "Esto último no es sencillo, debido a más de un siglo de centralización judicial, como lo demuestra el fracaso de los intentos que se han hecho para rescatar la autonomía de los tribunales locales".[8]

Por otro lado, para el doctor Fix-Zamudio, la situación que invocó Carranza en su proyecto de Constitución ha cambiado. Los tribunales superiores se han fortalecido y tienen los atributos para resolver con eficacia las controversias sobre aplicación de las leyes locales: "El dilema actual no radica en la superioridad técnica y profesional de los tribunales federales sobre los de carácter local, como se señaló en el Constituyente de Querétaro".[9]

Además, en opinión del doctor Fix-Zamudio "...la cuestión tiene ahora diverso planteamiento. Si se eligiera la decisión final por parte de los tribunales locales de los asuntos sobre aplicación de leyes de las respectivas entidades federativas, se debe tener la conciencia de que cada Suprema Corte local tendría su propia jurisprudencia y sería muy amplia la diversidad de criterios, como existe en los ordenamientos de doble jurisdicción. Esta

[7] *Ibidem,* p. 138.

[8] *Idem.*

[9] *Idem.*

diversidad no podría superarse debido a la autonomía judicial local, ya que sería responsabilidad de cada entidad federativa interpretar sus propias normas, como lo señalaba el artículo 160 de la Constitución de 1824".

En tanto que si al contrario

> ...se conserva el sistema actual de la jerarquía superior de los Tribunales Colegiados de Circuito, este criterio tampoco está exento de dificultades, puesto que al ser tan numerosos en la actualidad, producen tesis contradictorias sobre las mismas cuestiones jurídicas, que no se pueden unificar en forma expedita por nuestra Suprema Corte de Justicia. Con todos sus defectos, considero preferible esta segunda alternativa, si se toma en consideración que si bien de acuerdo con nuestro régimen federal cada entidad federativa puede expedir códigos sustantivos y procesales en materias civil, penal y administrativa, dichos ordenamientos poseen muchos elementos comunes, como reiteradamente se lo ha puesto de relieve su examen comparativo y por ello pueden admitir una interpretación uniforme como se ha demostrado en la jurisprudencia de nuestros tribunales federales.

Y propone de manera concreta lo siguiente:

> En consecuencia debe encontrarse una solución que permita superar la situación actual, pero con la permanencia de los Tribunales Colegiados. Para ello debe pensarse en la posibilidad de establecer una Sala Superior de los citados tribunales, de acuerdo con la experiencia que ya existe en algunos organismos judiciales especializados, Sala que tenga a su cargo la unificación de la jurisprudencia al resolver de manera rápida las contradicciones de tesis de los propios organismos jurisdiccionales federales. Es cierto que esta función armonizadora ha estado a cargo y todavía pertenece a nuestra Suprema Corte de Justicia, pero lo que no se ha reflexionado es que al transformarse en un tribunal constitucional, inclusive en su estructura y funcionamiento en virtud de las reformas constitucionales de diciembre de 1994, ya no le corresponde dicha atribución, pues basta pasar revista a los diversos tribunales especializados en materia constitucional, varios de los cuales se han establecido en América Latina, para constatar que ninguno de ellos tiene a su cargo esa labor, que se ha mantenido en las cortes o tribunales supremos de carácter ordinario.[10]

Por último, traemos a colación un último argumento esgrimido por el doctor Fix-Zamudio a favor del amparo-casación en otro trabajo, según el cual los argumentos de los que están contra el amparo directo pueden ser rebatidos, si se ve en el amparo una institución procesal, cuya función política no consiste exclusivamente en la tutela de los derechos fundamentales del individuo y la pureza del régimen federal, sino en la protección de las

[10] *Ibidem,* p. 139.

normas constitucionales a través del agravio individual: se trata de una garantía de la Constitución.

3. Juventino V. Castro

En su libro sobre el amparo, el exministro de la Suprema Corte, don Juventino V. Castro, comienza por aclarar que la casación (y por supuesto, aquí alude al amparo-casación) es protectora de todo el derecho objetivo, y no solo de la ley, ya que cuando no existe norma legal exactamente aplicable al caso, el juez debe decidir conforme a la interpretación de la ley, y a falta de ley, conforme a los principios generales de derecho.[11]

En segundo lugar, identifica como un hecho incontrovertible, que el artículo 14 constitucional en su actual redacción ha enraizado profundamente en México nosotros; y señala incluso que provocaría un verdadero malestar pensar que el amparo-casación pueda ser tocado.[12]

En tercer lugar, nos recuerda que el razonamiento generalmente invocado en favor de la casación (en el sentido de que sirve para unificar la jurisprudencia), no puede aplicarse sin más al amparo judicial en nuestro país. La casación-afirma- normalmente existe en países centralistas con legislación común en todo el territorio nacional, lo cual en estricto sentido no es el caso del amparo-casación, porque en materia penal y civil, los Estados son libres y soberanos para expedir sus leyes, y así lo hacen, en cuya virtud no se puede unificar lo diverso. Es verdad —señala— que con ligereza se afirma que todos los Códigos Civiles y Penales de la República se ajustan al del Distrito Federal, y que por tanto sí se puede unificar criterios interpretativos de disposiciones que, si bien se refieren a códigos diversos, tienen el mismo contenido.

No obstante, afirma Castro y Casto que aun suponiendo que esto fuera verdad en muchos casos —y no lo es a la vista de Códigos de Estados que son fundamentalmente distintos—, parece que más bien se trata de *justificar* que de *fundamentar* el intento por *entrar a saco*, como decía el maestro Olea y Leyva, en las sentencias de los Tribunales de los Estados soberanos.

Para don Juventino V. Castro, es bien clara la invasión, por parte de los tribunales federales, de la soberanía de los Estados miembros, cuyas leyes finalmente son interpretadas y aplicadas por aquellos, además de que la jurisprudencia que establezcan obliga a los tribunales locales. Este autor llega incluso a mencionar que "los esfuerzos de equilibrio que realiza la Corte para *unificar* las leyes locales a través de esa jurisprudencia" son de natu-

[11] Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Porrúa, 1993, p. 55.

[12] *Ibidem,* p. 57.

raleza "ilegal".[13] Pero hace la aclaración de que el amparo-casación sí puede establecer auténtica jurisprudencia unificadora formada por sus ejecutorias, cuando se trata de la aplicación de leyes federales.

Siguiendo a Calamandrei, apunta Castro que la casación persigue dos finalidades: una negativa y otra positiva. La negativa —que Calamandrei denomina *nomofilaquia*— busca impedir que los jueces dejen de observar la Constitución al aplicar la ley. La positiva, consiste en asegurar la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, y creando, por otra parte, la jurisprudencia, para integrar el derecho objetivo, al revisar y seleccionar de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica la que debe ser seguida en el futuro.

En cuanto a la primera, y en relación con el federalismo mexicano, afirma Castro y Castro que "difícilmente podemos aceptar que esta meta se alcanza mayoritariamente con el amparo-casación. Siendo la estructura de nuestro sistema político la Federación —sin que valgan aquí digresiones en relación a si es un federalismo falso, o un centralismo vergonzante—, resulta contradictorio pensar que el amparo-casación logrará unificar e igualar las disposiciones penales, civiles y administrativas, que expiden las legislaturas locales en el libre ejercicio de su soberanía de Estados federales, con tal de que no violen el pacto federal".[14]

En opinión de Castro, la jurisprudencia que interpreta las disposiciones legales locales correspondería:

> [...] establecerla a los Tribunales Superiores de cada Estado, y no a los federales, porque en caso contrario estarían invadiendo el campo de atribuciones que constitucionalmente les está vedado. Y la jurisprudencia que interpreta la Constitución, tratados y leyes federales, no se logra a través del amparo-casación sino del amparo contra leyes, del protector de garantías individuales y de las soberanías.[15]

En cuanto a la finalidad negativa de la casación, y en relación con el amparo judicial, afirma Castro y Castro que "sí puede obtenerse mediante

---

13 *Ibidem,* pp. 62-63.

14 "Afirmar lo contrario equivaldría a pensar en la *magia del amparo*, que logra hacer coincidir las voluntades de todas las legislaturas locales; o haciendo sospechar, por el contrario, en caso de obtenerse tal unicidad, en la imposición arbitraria de la voluntad de las autoridades federales". [...] "Como consecuencia natural: si las legislaciones son soberanamente diversas, la jurisprudencia no puede existir, porque *los Tribunales Federales no pueden integrar lo cualitativamente diferente*". *Ibidem,* p. 68.

15 *Idem*.

el amparo, aun tratándose de negocios judiciales, pero si esta finalidad está referida como lo hace el maestro italiano [Calamandrei] a tratar de evitar el abuso del poder, por sustraerse el juez de la norma fundamental, definitivamente se puede obtener mediante el uso del amparo-garantías y no precisamente del amparo-casación."[16]

En el fondo, señala Castro, lo que realmente existe es la desconfianza de los particulares hacia las sentencias de los tribunales locales, "...que los hace desembocar en la esperanza de que los Tribunales Federales —más lejanos y por ello más imparciales—, sabrán impartir una justicia de la cual carecen en su entidad." Y este —señala— es un argumento más político que jurídico, que merece un estudio psicosocial. [17]

De alguna manera regresa a los términos del debate como había sido enfocado por Emilio Rabasa, al plantear lo siguiente:

> [...] así podríamos preguntarnos: ¿Los Tribunales Federales deben intervenir y revisar los fallos de los tribunales locales, para examinar su legalidad, porque estos últimos no tienen la suficiente imparcialidad y prestigio que requiere la judicatura; o la imparcialidad y el prestigio de los tribunales locales no existe, porque los Tribunales Federales los han despojado de su autoridad, de su responsabilidad y de su dignidad, al invadir calculadamente una jurisdicción que no les corresponde?[18]

Por otro lado, en opinión de Castro, el amparo-casación, como ahora se regula y como opera en la práctica, ahoga las funciones más altas de la justicia constitucional —control de leyes y actos de autoridad que contradicen las garantías consagradas en la Constitución—. Su propuesta apunta a que la Corte se dedique solamente al control de constitucionalidad. En atención a esta circunstancia propone la creación de Tribunales o Salas de Casación —a nivel federal—, para aliviar el inmenso recargo que tienen los Tribunales Federales en el manejo del amparo judicial. Sin embargo, admite que esta solución dejaría totalmente vivo el problema de la invasión de la soberanía local por parte de los tribunales federales.

Lo anterior le lleva e a afirmar que:

> Si atendemos con toda simplicidad al problema creado por el amparo-casación, *pretendiendo respetar y responsabilizar totalmente a las entidades locales para que vigilen la legalidad de las resoluciones dictadas por sus autoridades judiciales*, tendríamos que concluir por recomendar vigorosamente la casación local; es decir, el establecimiento de Tribunales estaduales de Casación, en donde se

16 *Ibidem,* pp. 68-69.

17 *Idem.*

18 *Ibidem,* p. 69.

> interpongan recursos extraordinarios de esa naturaleza, contra las sentencias definitivas dictadas por sus respectivos Tribunales Superiores, por incorrecta aplicación de las leyes locales, comprendiendo los fallos errores tanto *in iudicando* como *in procedendo*.[19]

Sin embargo, hay un momento en el discurso de Castro y Castro en donde da un viraje y contrargumenta en favor del amparo-casación. En este sentido, afirma que permitir que tribunales locales de casación se encarguen del control de la legalidad local, equivaldría a "decretar la muerte del amparo-casación. Y se haría algo más: *retroceder en vez de avanzar*".

En esta misma línea, afirma Castro y Castro que no debe olvidarse, por un lado, que el amparo es un proceso constitucional (y más aun, que es un *proceso constitucional federal*). Por otro lado, recuerda que la finalidad del amparo-casación es proteger las garantías contenidas en el texto mismo, incluyendo las establecidas en los artículos 14 y 16 que precisamente establecen las *garantías de legalidad*.

Además, señala Castro y Castro que propugnar por la casación local sería un retroceso, porque ya se ha visto que en un tiempo existió dicha institución en México, y que tuvo una vida precaria. Recuerda este autor que la casación descentralizada se intentó en nuestro país, y que la práctica la desechó.

No nos queda, entonces, según Castro, sino aceptar el amparo-casación, que nació por necesidades del pueblo, y ha tenido una fecunda y exuberante vida nacional, a pesar de inconvenientes y defectos:

> No es por tradición, sino por una necesidad de nuestra idiosincracia, el que solamente exista un Supremo Tribunal que examine las violaciones a las garantías constitucionales. Entendemos que no es posible la coexistencia de una Suprema Corte de Justicia de la Nación y un Tribunal Federal de Casación.

Además, si se diera esa duplicidad de órganos, habría problemas de competencia, sin que hubiese órgano jurisdiccional alguno que los resolviera.[20]

Por último, plantea su propuesta en los siguientes términos:

> Dentro de la Suprema Corte deben existir las Salas de Casación que resulten necesarias, a la vista de un estudio adecuado que permita fijar su número. Coexistirían con las otras Salas de Amparo que conocerán de los otros procesos de amparo que ya hemos examinado [...] Todas las salas, dentro de sus atribuciones, y de acuerdo con las disposiciones legales precedentes, fijarán su jurisprudencia obligatoria, pero la que se refiera a las Salas de Casación deben ser cuidadosa-

[19] *Ibidem,* p. 73.

[20] *Ibidem,* p. 74.

> mente normadas, siendo indudable sus atribuciones respecto a la interpretación de las leyes federales, y *limitada* en lo que respecta a las leyes locales, que en nuestro concepto debe dirigirse a la *auténtica garantía constitucional del debido proceso legal*, y al respecto a las formalidades esenciales del procedimiento, *que deben ser constitucionalmente enunciadas en forma limitativa*.[21]

En el contexto de su propuesta, apunta Castro que es posible que lleguen a coincidir en la impugnación de una sentencia definitiva, el amparo contra leyes y el amparo-garantías, por un lado, con el amparo-casación, por otro lado. En dicha circunstancia, afirma este autor, tendría preeminencia el estudio del aspecto constitucional sobre el de legalidad.[22] Según esta propuesta, todo problema de competencia y de tesis contradictorias entre las Salas de Amparo y las Salas de Casación, sería resuelto por el Pleno de la Suprema Corte. Asimismo, señala que nada impediría que los Tribunales Colegiados de Circuito también funcionaran de manera especializada en Tribunales de Amparo y Tribunales de Casación, con el fin de auxiliar a la Suprema Corte de Justicia. Y termina su argumentación con el siguiente razonamiento:

> Podría objetarse que el rezago real no disminuiría, por dividirse la jurisdicción federal en Tribunales de Amparo y Tribunales de Casación, pero es evidente que si se señalan con toda concreción cuáles son las violaciones a la legalidad que sí admiten el examen constitucional mediante la acción de amparo-casación, y cuáles corresponden únicamente a la jurisdicción local, toda esta sistematización procesal y constitucional permitiría disminuir el número de asuntos del conocimiento de la jurisdicción federal.[23]

4. José Ramón Cossío

En una obra cuyo principal objeto de análisis son los tribunales mexicanos,[24] José Ramón Cossío hace referencia a dos manifestaciones relativamente re-

---

21 *Ibidem,* p. 75.

22 "[...] es decir, que si dentro de una sentencia definitiva aparecen dos violaciones sustancialmente diversas, la primera en el sentido de resolver el juicio ordinario mediante la aplicación de una ley que se considera inconstitucional; y la segunda —aceptando que no es inconstitucional la ley—, la inexacta o incorrecta aplicación de esta; y bajo el supuesto de una nueva estructura del Poder Judicial Federal en la forma propuesta, habría la obligación de impugnar la sentencia planteando, primero la inconstitucionalidad de la ley, y —en el evento de desecharse esta supuesta violación—, se estaría en oportunidad de examinar en amparo directo —o sea amparo-casación—, la inexacta aplicación de la ley ya declarada constitucional". *Idem*.

23 *Ibidem,* pp. 76-77.

24 Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, Col. Ensayos Jurídicos, México, Themis, 1998.

cientes por un federalismo judicial nuevo: la primera, fue la llamada "Declaración de Querétaro", suscrita el 10 de noviembre de 1994 por los presidentes de los tribunales superiores de justicia de la totalidad de las entidades federativas y del DF; la segunda, tuvo lugar el 30 de julio de 1996, cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit aprobó por unanimidad de votos un acuerdo mediante el que se prohibió a los juzgados estatales conocer de asuntos de carácter mercantil en los siguientes términos: "Primero, a partir del día 31 de julio de 1996, los juzgados estatales que conozcan de la materia mercantil se abstendrán de recibir demandas, donde se plantean acciones de esa naturaleza, hasta en tanto los juzgados federales con jurisdicción en el Estado de Nayarit, compartan las cargas de trabajo derivadas de la concurrencia en la materia mercantil, contenida en el mandato constitucional: o hasta que este cuerpo colegiado revoque el presente acuerdo, una vez que se recupere la capacidad de respuesta. Segundo, se recomienda al H. Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado. …la adopción del presente acuerdo para el mejoramiento de la administración e impartición de justicia. Tercero, para el cumplimiento del primer punto del presente acuerdo, la Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia, deberá instruir a los titulares de los juzgados correspondientes para su debida observancia, y comunicar formalmente al Consejo de la Judicatura la recomendación contenida en el punto segundo".[25]

Destaca este autor que la "Declaración de Querétaro" de 1994 se propone que las funciones de control constitucional que hoy en día ejercen los tribunales colegiados de circuito, se atribuyan por completo a los tribunales locales. En opinión de Cossío, este punto llevaría a la fragmentación de lo que hoy en día constituye una de las atribuciones más importantes del poder judicial federal, o sea, el control de la constitucionalidad. Por ello, señala este autor, "…la pretensión de transferir esta materia en los términos propuestos por los presidentes de los tribunales superiores, constituye uno de los más delicados planteamientos que se han hecho en materia de federalismo, sobre todo si se toma en cuanta que aquella proviene de las propias instituciones del Estado".[26]

En cuanto a lo sucedido en Nayarit, apunta Cossío que es de llamar la atención el hecho de que lo que el Tribunal Superior de Justicia de Nayarit reclama, no es el activismo de los tribunales federales, sino precisamente la falta del mismo. Es decir, se pide una mayor intervención de los tribunales federales, para conocer de los juicios mercantiles que tanta carga de trabajo imponen a los tribunales de Nayarit. Como es bien sabido, esta situación

[25] *Ibidem*, pp. 228-229.

[26] Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, Col. Ensayos Jurídicos, México, Themis, 1998, p. 230.

se da, en primer lugar, porque el artículo 104 constitucional permite la llamada "jurisdicción concurrente", por la los juicios en que solo se afecten intereses de particulares, quien promueva el juicio puede elegir entre llevar el juicio a un tribunal federal o local. Y en segundo lugar, debido a que los tribunales federales han constituido la práctica de no conocer de asuntos propios de la jurisdicción concurrente, utilizando para ello mecanismos o vías no formales.[27]

Por otro lado, y en descargo de los tribunales federales, señala Cossío que los juzgados de distrito de Nayarit (y del resto del país), se encuentran igualmente congestionados por los asuntos de que conocen, primordialmente juicios de amparo y procesos penales federales. Y apunta que es difícil suponer que los juzgados de distrito mantengan el ritmo vertiginoso de crecimiento que han tenido desde 1983 (siete por año), en razón del gran costo en términos humanos y materiales que tal expansión habría de tener.

Finalmente, Cossío fija su posición sobre el amparo-casación en su relación con el tema del federalismo, en los siguientes términos:

> La vieja polémica por la soberanía de los estados frente al totalizador y homogeneizador amparo judicial, por una parte, y la existencia de recursos humanos y materiales limitados para mantener el acelerado crecimiento de los órganos jurisdiccionales locales y federales, por el otro, parecen ser los extremos más visibles de la disputa por las competencias en materia judicial. Esta disputa no se reduce a una cuestión técnico-jurídica puesto que, como acontece siempre con el derecho, a ella subyacen, finalmente, al menos dos concepciones sobre las modalidades que debe tener el ejercicio del poder público. Mantener el amparo judicial y la jurisdicción concurrente en las condiciones actuales, equivale a sustentar un control sobre las decisiones e interpretaciones normativas de los órganos locales, y a exigirles que soporten los altos costos de resolver en exclusiva lo que debía ser concurrente. Admitir de plano la solución propuesta por los tribunales superiores para la creación de cortes estatales de control de constitucionalidad, significa romper con la unidad del control constitucional, y dar cabida, por ende, a la posibilidad de que la Constitución adquiera tantos sentidos como cortes locales existan, o simplemente a denegar justicia en aras de alcanzar una más justa "comprensión" federal.[28]

---

[27] "Así las cosas, desde el momento en que los tribunales federales no participan en el conocimiento y tramitación de los asuntos mercantiles, los juzgados locales deben ocuparse en exclusiva de ellos, lo cual puede llegar a constituir, si creemos lo sostenido por el tribunal de Nayarit en el tercer considerando de su acuerdo, hasta el 53% de la carga de trabajo total de los propios juzgados.", *ibidem,* pp. 230-231.

[28] *Ibidem,* pp. 231-232.

5. Julio Patiño Rodríguez

En su calidad de presidente de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, el licenciado Julio Patiño Rodríguez —a la sazón presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz—, planteó una serie de propuestas sobre el tema del federalismo judicial, en el marco del foro nacional "Hacia un auténtico federalismo".[29] Basado en las líneas fundamentales de la "Declaración de Querétaro" arriba aludida, los puntos de vista de Patiño Rodríguez podrían resumirse en los siguientes puntos:

A. En el federalismo judicial los asuntos locales se iniciarían localmente, se tramitarían localmente y serían resueltos en última instancia por la autoridad judicial local. No debe existir subordinación de los estados hacia la Federación. Los estados deben recuperar su soberanía judicial. Resulta incongruente que a un magistrado de un Tribunal Colegiado, sin ser originario de los estados de su adscripción, le corresponda resolver y aplicar la legislación local de dichas entidades federativas.
B. La intención de la propuesta no es "de gabinete", sino que se busca solucionar una problemática grave que actualmente confronta la administración de justicia del fuero común. El objetivo es lograr una mejor impartición de justicia.
C. Se propone, en primer lugar, transferir el control de la legalidad que ejercen los tribunales colegiados de circuito y los juzgados de distrito, a los poderes judiciales de los estados y del DF.
D. En segundo lugar, se propone la creación de supremas cortes de Justicia de los estados y de juzgados de amparo locales.
E. Dentro de la propuesta anterior, se prevén dos etapas:
    a. En la primera etapa, se dividiría en dos partes la competencia de los juzgados de distrito y de los tribunales de Circuito. Una parte se dedicaría a resolver los asuntos de carácter federal. La otra parte, dejaría de formar parte del poder judicial federal, trasladándose al ámbito local, para resolver asuntos locales, aplicando en esta primera etapa los mismos ordenamientos legales y procedimientos que están vigentes en materia de amparo de legalidad.[30]

[29] Memoria. *Foro Nacional Hacia un auténtico federalismo*, 29, 30 y 31 de marzo de 1995, Guadalajara, Jalisco, México.

[30] De aceptarse la propuesta, al partirse en dos estos tribunales federales un auto de formal prisión dictado por un juez local de primera instancia, por ejemplo, podría ser impugnado en apelación al Tribunal Superior "[...] y ante esta resolución cabría la posibilidad de combatirla ante un Juzgado de Amparo Local, que sería la parte que se sustrajo del Juzgado de distrito, aplicando la misma Ley de Amparo Federal y el mismo procedimiento y, en su caso, la jurisprudencia que fuera aplicable. Frente a la resolución de este juzgado

Cabe aclarar que bajo este esquema, se buscaría transferir recursos humanos y materiales a los poderes judiciales de los estados y "...en esa virtud, si a los funcionarios judiciales federales sí les tienen confianza, con el nuevo federalismo es viable que cambien de camiseta, que sigan impartiendo justicia, pero ya como autoridades locales, es decir, con la redistribución de los tribunales colegiados. Crear en cada entidad federativa y en el Distrito Federal una Suprema Corte local, y ellos serían los integrantes de estas cortes, con excepción de los magistrados que desearan permanecer en el nivel federal para atender los asuntos federales".[31]

b. En la segunda etapa, se trataría de expedir una Ley de Amparo para cada entidad federativa.

F. En apoyo de su propuesta, señala Patiño datos estadísticos de 1992: de los asuntos que llegaron al nivel federal, solo 11% se resolvieron modificando el criterio de la autoridad judicial local; el 12% se decidió confirmando la resolución del fuero común, y la gran mayoría de los juicios de amparo en todo el país, es decir, 77% el amparo fue sobreseído, lo cual pone de manifiesto que la justicia federal casi nunca entra al fondo de los asuntos.

G. Por otra parte, los poderes judiciales locales no son auxiliares, sino subordinados de la justicia federal. El 55% del trabajo de los tribunales locales proviene del trámite de juicios mercantiles derivados de la jurisdicción concurrente, que en principio debiera al menos ser compartida entre la justicia federal y local. Propone entonces suprimir la jurisdicción concurrente, para que sean los tribunales federales los que conozcan de los juicios mercantiles. El 104 tuvo razón de ser cuando no había suficientes tribunales federales en el país, situación que no se da en la actualidad.

H. Finalmente, propone una serie de medidas para mejorar la justicia local, como el establecimiento de un porcentaje fijo en los presupuestos de egresos de las entidades federativas, que correspondería anualmente al poder judicial local; y el establecimiento de auténticas reglas de una carrera judicial local.

---

de Amparo Local cabría la impugnación ante la Suprema Corte de Justicia estatal, que estaría estructurada con la otra mitad del Tribunal Colegiado". En materia civil, "[...] la resolución de la sala del Tribunal Superior sería impugnada mediante el juicio de amparo local directo ante la Suprema Corte Estatal. Con ello desaparecería para los habitantes de los estados de Quintana Roo y Campeche el tener que litigar en materia de Amparo en Yucatán, lo mismo para los vecinos del sur de mi estado, Veracruz, que tienen que acudir con el mismo propósito a Tabasco, y de igual manera los habitantes de Querétaro e Hidalgo, de Nayarit y Baja California, que ventilan sus asuntos en Sinaloa. Los de Colima vienen a Jalisco". Patiño, Rodríguez, Julio, "El federalismo judicial", en *Ibidem,* pp. 396-398.

[31] *Ibidem,* pp. 398-399.

6. Héctor Fix-Fierro

Para este autor, las grandes transformaciones en las que ha estado inmerso el país en los últimos años han reabierto el debate sobre el amparo-casación. Así, después de señalar el inusitado crecimiento que entre 1995 y 2000 han tenido los tribunales colegiados de circuito, así como la preocupación sobre si esta tasa de crecimiento es sostenible o no en el largo plazo, Fix-Fierro examina las distintas soluciones que se vislumbran en la discusión nacional, a saber: el mantenimiento del *statu quo*; la limitación de la procedencia del amparo judicial; la creación de supremas cortes o tribunales de casación locales; y el cambio radical del modelo de organización judicial.[32]

La primera opción (mantenimiento del *statu quo*), no es vista como viable por el referido autor, en razón de que, por un lado, las mejoras notables en el desempeño de la justicia local hacen imposible desatender la demanda de los poderes judiciales de las entidades federativas en el sentido de gozar de mayor autonomía respecto de la justicia federal; y por otro lado, debido a que el ritmo de crecimiento de los tribunales colegiados de circuito y las distorsiones que esto ha generado en la estructura del poder judicial federal son insostenibles en el largo plazo.[33]

Respecto de la segunda propuesta, que es la que al parecer se ve con mejores ojos desde el Poder Judicial Federal, consiste en establecer ciertos filtros para limitar la procedencia del amparo judicial.[34] Sin embargo, el problema que Fix-Fierro ve en esta propuesta, consiste en que no funcionaría si no va acompañada de otras estrategias que ataquen los factores de fondo que propician la situación actual, es decir, los fuertes intereses económicos y las inercias profesionales que, desde su perspectiva, combatirían todo intento que pueda ser calificado por ellos como "denegación de justicia".[35]

En cuanto a la propuesta de crear supremas cortes o tribunales de casación locales, señala Fix-Fierro que se trata de la opción preferida por los poderes judiciales locales, y consiste en la creación a nivel local de órganos que se encargarían de ejercer el control de legalidad que ahora desempeñan los Tribunales Colegiados de Circuito. No obstante, el problema que el doctor

---

[32] Fix-Fierro, Héctor, "El futuro del amparo judicial", *Bien Común y Gobierno*, año 7, núm. 81, sep 2001, pp. 5-16.

[33] *Ibidem,* pp. 11-12.

[34] Por ejemplo, "[...] a favor de quien realmente reclame una violación de la garantía de legalidad, desechándose discrecionalmente, por el magistrado ponente o por el presidente del TCC, los amparos que únicamente tengan por fin retardar la ejecución de los fallos". [...] p. 12.

[35] *Idem*.

Fix-Fierro ve en esta propuesta, radica en la circunstancia de que el establecimiento de dicho tipo de órganos no sería óbice para que sus sentencias fuesen impugnadas ante autoridades judiciales federales, en virtud de que la puerta quedaría abierta por la vía de tres principios: la organización federal, la supremacía constitucional y los principios del proceso consagrados constitucionalmente, tal y como sucede en otros Estados compuestos.[36]

Finalmente, en relación con la opción de cambiar radicalmente el modelo de organización judicial, tomando como modelos los ejemplos de países como Venezuela, Alemania y Canadá, sugiere Fix-Fierro que las características y circunstancias políticas e institucionales de dichos países en comparación con México son tan distintas, que difícilmente podría pensarse en que nuestro país pudiera darse un cambio en el sentido marcado por aquellas experiencias.

A final de cuentas, el estudio de Héctor Fix-Fierro concluye lo siguiente:

> Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que conviene llevar a cabo aquellas estrategias que no implican una modificación estructural del modelo de organización judicial y de los principios del juicio de amparo: mejorar la eficiencia y calidad de los tribunales ordinarios (locales y federales), así como mejorar la calidad de la formación y desempeño profesional de los abogados. Con el tiempo, es posible que ambas estrategias preparen el terreno para una reforma de mayores alcances, como pueden ser la limitación de la procedencia del amparo judicial y la creación de tribunales de casación locales.[37]

7. Conclusión

Para concluir este trabajo, hemos se señalar que la reseña que hemos realizado dista mucho de ser exhaustiva. El debate sobre el amparo-casación es de los temas que más han preocupado e interesado tanto a juristas académicos como a jueces, litigantes, asociaciones de abogados y otros sectores interesados en la reforma del sistema de justicia existente en México.[38] Sin

---

36 *Ibidem,* pp. 13 y 14.

37 *Ibidem,* p. 16.

38 *El Libro blanco de la reforma judicial,* preparado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2006, incluye una referencia al debate sobre el amparo directo en los siguientes términos:
Tema central del debate en torno a cómo deberá ahondarse el proceso de reforma judicial lo constituye el del amparo directo, sobre todo por sus repercusiones para la configuración del federalismo judicial. En los extremos del debate se encuentran quienes en forma radical sugieren su supresión, y aquellos que estiman que debe prevalecer en su forma actual. En el sector medio del espectro se encuentra una masa crítica convencida de la

duda, no todas las opiniones se han incorporado, pero sí muchas de las más ilustrativas, que nos han permitido condensar los argumentos en pro y en contra de la institución aquí analizada, para efectos de proceder a su revisión crítica.

8. Bibliografía

Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, Porrúa, 1993.

Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, Col. Ensayos Jurídicos, México, Themis, 1998.

Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, Col. Ensayos Jurídicos, México, Themis, 1998.

Fix-Fierro, Héctor, "El futuro del amparo judicial", *Bien Común y Gobierno*, año 7, núm. 81, sep 2001.

Fix-Zamudio, Héctor, "El poder judicial y el federalismo mexicano", en Faya Viesca, Jacinto (coord.), *Revista AMEINAPE*, Impulso al nuevo federalismo mexicano, núm. 1, México, 1996.

Memoria. *Foro Nacional Hacia un auténtico federalismo*, 29, 30 y 31 de marzo de 1995, Guadalajara, Jalisco, México.

Patiño Rodríguez, Julio, "El federalismo judicial", en *Foro Nacional Hacia un auténtico federalismo*, 29, 30 y 31 de marzo de 1995, Guadalajara, Jalisco, México.

Serna de la Garza, José Ma., *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Porrúa, 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial, Una agenda para la justicia en México*, México, 2006, p. 90.

necesidad de limitarlo, y para este efecto surgen diversas opciones, ya que mientras algunos apoyan una reforma a la Ley de Amparo para restringir su procedencia, otros sugieren armonizar las legislaciones adjetivas locales con el amparo directo y limitar éste mediante acciones reglamentarias al interior del Poder Judicial de la Federación.

Uno de los aspectos que concitan mayor coincidencia es el de acotar las resoluciones para efectos en el amparo-casación, sea mediante la explicitación de sus efectos o su restricción como una deferencia hacia la justicia local. Incluso hay quienes propugnan por su eliminación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial, Una agenda para la justicia en México*, México, 2006, p. 90.

Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

*Fernando Silva García**

Sumario: 1. Introducción. 2. México y los inicios del control de convencionalidad. 3. Transformaciones: El nacimiento del control de convencionalidad en México en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJN). 4. Desafíos: La modulación del control de convencionalidad por parte de la SCJN. 5. Algunas conclusiones.

1. Introducción

Agradezco la invitación de la UPF, en especial de Alejandro Saiz Arnaiz, quien fue el director de mi tesis de doctorado de 2002 a 2004, hace 15 años ya, en coordinación con Pablo Pérez Tremps y Luis López Guerra.

Desde el punto de vista teórico en algún momento resultaba pacífica la idea consistente en que las sentencias internacionales eran solamente declarativas. Sin embargo, en América y ahora también en Europa, las sentencias regionales sobre derechos humanos conllevan un deber de reparación adecuada. Este deber de reparación adecuada en beneficio ha generado que la sentencia internacional reclame un impacto normativo en el orden jurídico nacional. Así, por ejemplo, nos hemos preguntado hasta qué punto la emisión de una sentencia internacional sobre derechos humanos crea o no una nueva verdad jurídica para el derecho nacional respectivo, utilizando esta terminología procesal que todos conocemos. Y es aquí en donde empiezan las tensiones.

Las paradojas comienzan porque, actualmente, la concepción del Estado nacional como ente soberano coexiste con la noción de un Estado nacional condicionado por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Y por ello vemos como frente a la posición consistente en que las sentencias internacionales son susceptibles de producir reparaciones sustantivas y normativas en el plano nacional; existe un pensamiento jurídico opuesto, que entiende que las sentencias internacionales solamente generan orientacio-

* Juez de Distrito en México; doctor de Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid; profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (2008 y 2016).

nes jurídicas, y en todo caso, un deber de indemnización en beneficio de las víctimas, o inclusive esta idea de que la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional puede modularse y matizarse por los jueces nacionales.

Al respecto, hay una diversidad de escenarios problemáticos. Se me ocurren 4 escenarios problemáticos, aunque podrían apuntarse otros tantos:

Primer escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado por causa del contenido de su Constitución nacional, se actualizan, como ya vimos, las tradicionales tensiones entre soberanía y derecho internacional de los derechos humanos.

Segundo escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado y directa o indirectamente se desautoriza una sentencia nacional firme, se desencadenan las tensiones entre la eficacia de la sentencia internacional frente a la eficacia de la cosa juzgada nacional.

Tercer escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado por causa del contenido de una ley nacional —que resulta inconvencional—, se generan tensiones que suelen impactar en el modelo de justicia constitucional y con la llamada objeción contramayoritaria que opera en esos temas.

Cuarto escenario. Cuando en una sentencia internacional se desautoriza el contenido de una jurisprudencia constitucional, se producen tensiones relacionadas con el estatus de los tribunales constitucionales nacionales, que de alguna forma entran en disputa por la supremacía interpretativa de los derechos fundamentales.

En suma, la incorporación de los sistemas regionales de derechos humanos es el germen de una obligada reordenación del derecho nacional. Como veremos en seguida, todas estas tensiones han estado presentes en México en relación con el tema que comentamos.

2. México y los inicios del control de convencionalidad

Prácticamente al inicio de la llamada transición democrática, en el año de 1981, México se incorporó al sistema interamericano de derechos humanos, aunque reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana hasta diciembre de 1998.

Bajo este panorama, no debe extrañarnos que el estreno de las relaciones con el sistema interamericano se haya actualizado en temas de la democracia y la política electoral.

En el año de 1990, la Comisión Interamericana de DH resolvió tres asuntos en materia electoral, en relación con el cuestionamiento de distintas

elecciones locales de Chihuahua y Durango celebradas en 1986, todo ello a la luz de los artículos 23 y 25 de la Convención Americana.

En la Resolución 01/90, la Comisión Interamericana resolvió que en México no existen recursos efectivos para resolver conflictos electorales en forma independiente e imparcial (en esa etapa, los conflictos electorales se resolvían mediante "concertacesiones" del presidente de la República y los políticos implicados).

Luego de esta resolución internacional, y como parte de la transición democrática, en abril de 1990 se aprobaron una serie de reformas constitucionales precisamente para incorporar un recurso en materia electoral a través de la creación del Tribunal Federal Electoral; órgano jurisdiccional que en forma gradual fue conquistando cada vez más competencias.

Ahora bien, a pesar de la llamada transición democrática, en los últimos 10 años, el Estado Mexicano ha recibido prácticamente 7 condenas por parte de la Corte IDH.

La primera sentencia condenatoria se dictó en el Caso *Castañeda* (2008) en atención a la ausencia de un control judicial de las leyes en materia electoral; situación que fue reparada también a través de una reforma constitucional.

La segunda sentencia contra México es El caso *Campo Algodonero (2009) s*obre los feminicidios en Ciudad Juárez.

La tercera sentencia es el Caso *Radilla Pacheco* (2009) sobre la desaparición forzada de personas durante la llamada guerra sucia en México en los años setentas.

La cuarta y quinta sentencia son las dictadas en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú (2010),* sobre la violación sexual de mujeres indígenas por militares.

La sexta sentencia es el caso *Cabrera García y Montiel Flores (2010)*, sobre debido proceso penal en relación con actos de tortura.

Y la séptima resolución es el caso García Cruz y Sánchez Silvestre (2013) en el que México reconoció la responsabilidad del Estado, ante la ausencia de protocolos judiciales para combatir la tortura en procesos penales.

3. Transformaciones: El nacimiento del control de convencionalidad en México en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJN)

En el año de 2011, luego de la emisión de la mayoría de dichas sentencias condenatorias y en el contexto de la llamada guerra contra el narcotráfico,

durante el sexenio del presidente Felipe Calderón, se aprobó la llamada reforma constitucional de derechos humanos.

En especial el caso Radilla,[1] que contiene un deber de reparación dirigido al Poder Judicial, junto con la reforma constitucional de 2011, dieron lugar a una serie de transformaciones en el derecho constitucional mexicano.

La jurisprudencia de la SCJN reconoció cinco transformaciones centrales en materia de DH, a partir de la reforma constitucional de 2011, que ya apuntamos en forma abundante en el Curso de Verano en San Sebastián (2014).

1. Primera transformación: La SCJN ha reconocido en su jurisprudencia que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional de toda la actuación pública, tal como se establece en el criterio jurisprudencial siguiente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación

[1] Dicha consulta a trámite dio lugar al "Expediente Varios 489/2010". La determinación del Tribunal Pleno contenida en su resolución pronunciada el siete de septiembre de dos mil diez en el Expediente "Varios" 489/10, obligó a que se analizara en el Expediente "Varios" 912/2010, el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para posteriormente establecer cuáles son la obligaciones concretas que resultan para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano.

> del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.[2]

2. Segunda transformación: La SCJN ha reconocido que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el Estado mexicano. Así se plasmó en la siguiente tesis aislada del Pleno de Nuestro Máximo Tribunal:

> SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquel. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no solo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.[3]

3. Tercera transformación: La SCJN ha reconocido en una votación muy cerrada que no solamente las sentencias contra México, sino toda la jurisprudencia interamericana es vinculante para todos los poderes públicos dentro del Estado, tal como se desprende de la siguiente jurisprudencia del Pleno:

---

[2] Décima Época, 2006224, Pleno, Tesis de Jurisprudencia. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a), p. 202.

[3] Décima Época, 160482, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro III, diciembre de 2011, t. 1, Constitucional, Tesis: P. LXV/2011 (9a), p. 556.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.[4]

4. Cuarta transformación. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución incorpora los principios pro persona y de interpretación del derecho nacional conforme al derecho internacional de los derechos humanos, según se determinó en la siguiente jurisprudencia y tesis aislada emitidas por la Primera Sala de la SCJN:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-,

[4] Décima Época, 2006225, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, t. I, Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a), p. 204.

atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.[5]

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios pro homine e in dubio pro actione, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en estos permitidos o recursos intentados.[6]

5. Quinta transformación: Antes de la reforma constitucional de 2011, en México operaba un modelo de control constitucional concentrado en los jueces del Poder Judicial Federal. A partir de 2011, la SCJN redefinió el modelo de justicia constitucional y ha interpretado que todos los jueces, tanto

[5] Décima Época, 2002000, Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, Constitucional, Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), p. 799.

[6] Décima Época, 2007064, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 9, agosto de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: 1ª CCXCI/2014 (10a), p. 536

locales como federales, están facultados, de oficio, para inaplicar las leyes violatorias de DH en el caso concreto, tal como se desprende de la siguiente tesis aislada y jurisprudencia, respectivamente, emitidas por el Pleno y la Primera Sala:

> PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.[7]
>
> CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces

[7] Décima Época, 160526, Pleno, , Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro III, diciembre de 2011, t. 1, Constitucional, Tesis: P. LXVIII/2011 (9a), p. 551.

> constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano solo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos."[8]

Estas transformaciones generaron que en diciembre de 2013 la ONU emitiera un premio en materia de derechos humanos para la SCJN.[9]

4. Desafíos: la modulación del control de convencionalidad por parte de la SCJN

Resulta muy importante precisar que esas 5 transformaciones coexisten con una diversidad de jurisprudencias que han venido a descafeinar ese nuevo paradigma constitucional. Desde cierta perspectiva, todo este neoconstitucionalismo en alguna medida se ha ido desconstitucionalizando por la jurisprudencia nacional, que en clave de modulaciones y matices ha reinterpretado en cada nueva oportunidad la reforma constitucional de 2011. Vamos a mencionar cinco ejemplos de estas paradojas:

1. Primera modulación: Frente a la idea de que el parámetro de validez constitucional debe complementarse con los tratados sobre derechos humanos; la Segunda Sala de la SCJN emitió una jurisprudencia (obligatoria) en el sentido de que los operadores jurídicos pueden acudir a los tratados siempre y cuando la Constitución no regule en forma suficiente el tema materia de la litis.

Esto ha generado una especie de zona de confort judicial. Si el juez encuentra que la Constitución regula de una determinada forma determinados alcances de una libertad o de un derecho, bueno pues ya ni siquiera voltea a ver a los tratados o a la jurisprudencia internacional aplicable para resolver el caso, máxime que la jurisprudencia nacional da cobertura a esa actuación. En esos términos, la Segunda Sala pronunció la siguiente tesis de jurisprudencia:

> DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

[8] Décima Época, 2002264. Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, Común, Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a), p. 420.

[9] El entonces presidente de la SCJN, el ministro Juan N. Silva Meza, recibió en Nueva York el premio de la ONU otorgado a la Suprema Corte. *http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2013/impreso/da-onu-a-corte-premio-por-dh-211531.html*

> EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.[10]

Además, esta idea de la autosuficiencia de la Constitución frente a la Convención es inexacta. Como se sabe, en las materias de prisión vitalicia, prisión preventiva incluido el arraigo penal, detención, presunción de inocencia, tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, derechos de las víctimas (en materia penal y administrativa), protección de los DH frente a particulares, protección de los derechos frente a omisiones legislativas, y en materia de reparaciones, la jurisprudencia interamericana es ampliamente más profunda y evolucionada que la jurisprudencia constitucional.

2. Segunda modulación: Hemos dicho que las sentencias y la jurisprudencia internacional es obligatoria para el Estado mexicano. Sin embargo, la SCJN ha emitido una jurisprudencia obligatoria en la que prohíbe a todos los operadores jurídicos realizar un control de convencionalidad de la jurisprudencia de la SCJN e incluso ha presentado denuncias disciplinarias frente a los magistrados que han dado preferencia aplicativa a la Convención frente a la jurisprudencia constitucional.

Dicha situación ha generado que el diálogo judicial sea relativo. Es decir, cuando la SCJN se pronuncia jurisprudencialmente sobre algún tema en concreto, esa aproximación resulta inmune y sustraída de la deliberación judicial, a pesar de que –en teoría- los operadores jurídicos de acuerdo a la propia jurisprudencia nacional se encuentran vinculados –no solo por la jurisprudencia de la SCJN- sino también por los tratados y por la jurisprudencia interamericana de DH. Tal como se señaló por el Pleno en la siguiente jurisprudencia:

> JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JE-

[10] Décima Época, 2002747, Segunda Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XVII, febrero de 2013, t. 2, Constitucional, Tesis: 2a./J. 172/2012 (10a), p. 1049.

> RARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.[11]

3. Tercera modulación: Hemos dicho que la jurisprudencia ha incorporado el llamado control de convencionalidad de las leyes. Sin embargo, en una votación posterior muy cerrada, el Pleno de la SCJN determinó que los tribunales colegiados (que son tribunales federales de segunda instancia) no tienen facultades para ejercer el control de convencionalidad de las leyes sustantivas aplicadas por el juez natural, sino que solamente pueden ejercer el control de convencionalidad de las leyes procesales que regulan sus funciones.

Por un lado, este criterio choca frontalmente con el nuevo modelo de justicia constitucional/convencional de la propia SCJN. Asimismo, este criterio en la práctica ha generado un mensaje inhibitorio para todos los tribunales federales de segunda instancia, pues no es tan claro qué leyes pueden o no ser objeto del control judicial y tampoco está clara la razón para hacer esta división entre leyes sustantivas y adjetivas para efectuarlo. Tal como se estableció en las siguientes tesis aisladas emitidas por el Pleno:

> CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE

[11] Décima Época, 2008148, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 13, diciembre de 2014, t. I, Común, Tesis: P./J. 64/2014 (10a), p. 8.

NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN. No corresponde al Tribunal Colegiado de Circuito examinar, de oficio, la inconstitucionalidad de los preceptos que rigen en los procedimientos o juicios de los que deriva el acto reclamado, ya que tal asignación corresponde, en su caso, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación (autoridades administrativas, jueces, salas de instancia, etcétera), pues sostener lo contrario, es decir, que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden, mediante un control difuso de regularidad constitucional declarar, en amparo directo, la inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en leyes que rigen el procedimiento o juicio de origen generaría inseguridad jurídica para las partes, quienes parten de la base de que en el juicio han operado instituciones como la de preclusión, por virtud de la cual han ejercido los derechos procesales que les corresponden en torno a las decisiones emitidas por el juzgador, sin que deba soslayarse que el cumplimiento al imperativo prescrito en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que obliga a toda autoridad, en el ámbito de su competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, no implica que puedan dejar de observarse los mecanismos jurisdiccionales previstos en el orden interno de los Estados para impugnar los actos de autoridad que pudieran considerarse violatorios de derechos humanos. Ahora, esta manera de ordenar el sistema no significa que se impongan límites a los tribunales de la Federación que por disposición constitucional tienen a su cargo el conocimiento de los mecanismos para la protección de la Norma Fundamental, para cumplir con el imperativo que esta ordena ni que se desconozcan las obligaciones adquiridas en diversos tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano en el sentido de proteger en todo momento los derechos humanos de los justiciables, pues los órganos federales encargados de ejercer el control de regularidad constitucional concentrado cuentan con las herramientas necesarias para cumplir con ese mandato, en cuya labor deben observar las reglas que tradicionalmente han normado las instituciones que tienen a su cargo, de manera que, en ejercicio de este control concentrado, pueden emprender el análisis sobre la constitucionalidad de una norma a partir de lo siguiente: (i) en respuesta a la pretensión formulada por el quejoso; (ii) por virtud de la causa de pedir advertida en el planteamiento de los conceptos de violación o en agravios; o bien, (iii) con motivo de la utilización de la institución de la suplencia de la queja deficiente, en términos de la Ley de Amparo que, en ciertas materias, permite ese análisis aun ante la ausencia total de conceptos de violación o de agravios. En las circunstancias apuntadas, no es que los órganos de control concentrado estén exentos de ejercer un control difuso, sino que solo pueden hacerlo en los términos que la propia Constitución les faculta."[12]

CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SOLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA. Por imperativo del artículo 1o., en relación con el diverso 133, ambos

[12] Décima Época, 2009817, Pleno, , Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 21, agosto de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. X/2015 (10a), p. 356.

> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, deben garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, para lo cual cuentan con la facultad de ejercer un control de regularidad constitucional difuso o ex *officio,* que corresponde a un sistema que confía a cualquier autoridad, sin importar su fuero, la regularidad constitucional de las leyes y por virtud del cual toda autoridad debe, ante un caso concreto que verse sobre cualquier materia, inaplicar la norma que debería fundar su acto, si esta es violatoria de un derecho humano contenido en la Carta Fundamental o en un tratado internacional. Ahora bien, cuando se habla del control *ex officio* debe tenerse presente que dicha expresión significa que ese tipo de examen pueden hacerlo, por virtud de su cargo de Jueces, aun cuando: 1) no sean de control constitucional; y 2) no exista una solicitud expresa de las partes, pues la propia Norma Fundamental los faculta a inaplicar una norma cuando adviertan que viola derechos humanos, de manera que el control difuso no constituye un proceso constitucional sino solo una técnica al alcance del Juez para que pueda ejercer un control de constitucionalidad en un proceso, sea este constitucional o de cualquier otra naturaleza y cuyo ejercicio da lugar al dictado de una resolución con efectos entre las partes. En estas circunstancias, se concluye que los Tribunales Colegiados de Circuito, como órganos del Poder Judicial de la Federación, deben ejercer el control difuso de regularidad constitucional ante la violación de derechos humanos, con la observación de que solo pueden hacerlo en el ámbito de su competencia, es decir, respecto de las disposiciones que ellos mismos están facultados para aplicar, específicamente, las contenidas en los ordenamientos que rigen el procedimiento del juicio de amparo, esto es, la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de aquella.[13]

4. Cuarta modulación: Hemos dicho que la reforma constitucional introdujo el principio pro persona como un criterio de resolución de conflictos. La SCJN tiene dos aproximaciones opuestas con respecto a dicho principio: Por un lado, la Segunda Sala ha llegado a establecer, en algunos casos, que este principio pro persona no cambia en nada los presupuestos procesales y las reglas de procedencia de los procesos judiciales, de manera que el operador jurídico debe continuar aplicando de la misma forma estas reglas, tal como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

> DERECHO DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. SU APLICACIÓN RESPECTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Si bien los artículos 1o. y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el diverso 25 de la Convención Americana sobre Derechos

[13] Décima Época, 2009816, Pleno, , Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 21, agosto de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. IX/2015 (10a), p. 355.

> Humanos, reconocen el derecho de acceso a la impartición de justicia -acceso a una tutela judicial efectiva-, lo cierto es que tal circunstancia no tiene el alcance de soslayar los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de las vías jurisdiccionales que los gobernados tengan a su alcance, pues tal proceder equivaldría a que los Tribunales dejaran de observar los demás principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional, provocando con ello un estado de incertidumbre en los destinatarios de esa función, pues se desconocería la forma de proceder de esos órganos, además de trastocarse las condiciones procesales de las partes en el juicio.[14]

En cambio, la Primera Sala de la SCJN ha dado la pauta para que los presupuestos procesales y las reglas de procedencia de los juicios se interpreten respetando el principio *pro actione* como una manifestación del principio *pro persona*. Lo anterior conforme a los criterios emitidos que se enuncian a continuación, la primera tesis aislada y las siguientes de jurisprudencia:

> TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios pro homine e in dubio pro actione, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en estos permitidos o recursos intentados.[15]

---

[14] Décima Época, 2007621, Segunda Sala, , Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 11, octubre de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: 2a./J. 98/2014 (10a), p. 909.

[15] Décima Época, 1080/2014, Primera Sala, Amparo directo en revisión, Héctor Javier Liñan García, 28 de mayo de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García

5. Quinta modulación: El artículo 1 constitucional establece literalmente que: *"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"*.

La SCJN determinó en una votación muy dividida que en caso de conflicto entre una norma sobre derechos humanos de fuente internacional y una norma constitucional que contenga una restricción expresa a los derechos humanos debe estarse a lo que establece la Norma Constitucional, lo cual quedó plasmado en la siguiente jurisprudencia del Pleno de la SCJN:

> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.[16]

Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.

[16] Décima Época, 2006224, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a), p. 202.

Asimismo, siguiendo esa lógica, el Pleno de la SCJN en un criterio aislado (que no constituye jurisprudencia obligatoria), determinó que si bien las sentencias de la Corte IDH contra México son obligatorias, sin embargo, si alguno de los deberes del fallo internacional implica desconocer una restricción constitucional a los derechos humanos, esta última deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 antes apuntada. Dicho criterio señala:

> SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por este, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unímoda y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, esta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (*).[17]

El Ministro José Ramón Cossío puso de manifiesto una paradoja de esas tesis en los términos siguientes: O las normas sobre derechos humanos de fuente internacional son parte de la Constitución, y por ende, deben utilizarse como parámetro de validez de todo el conjunto; o bien, en caso de que las restricciones constitucionales prevalezcan en términos absolutos, tendría que reconocerse que las normas de fuente internacional no son en realidad parte de la Constitución.

El tema de los derechos humanos y las restricciones constitucionales es muy inquietante. Es conocida la técnica del constitucionalismo consistente

[17] Décima Época, 2010000, Pleno, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 22, septiembre de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. XVI/2015 (10a), p. 237.

en elevar a rango constitucional los derechos y libertades para dotarlos de esta eficacia reforzada frente al legislador. Ahora bien, en el constitucionalismo mexicano se da una situación paradójica muy especial. La técnica del constitucionalismo se ha llegado a utilizar para introducir en el texto constitucional figuras esencialmente autoritarias para que sean inmunes al control judicial.

Ese estado de cosas puede ejemplificarse a través de la figura del arraigo en materia penal. El arraigo es una manifestación o una especie de prisión preventiva que faculta al Estado a *detener* a una persona de 40 a 80 días *para después investigarla*. Es decir el arraigo permite detener a una persona sin datos objetivos que razonablemente permitan inferir su participación en el delito respectivo. Se ha intentado justificar esta figura a partir de los derechos de las víctimas en materia penal. Sin embargo es muy cuestionable si las víctimas tienen un derecho a la detención del inocente o del falso culpable o de una persona respecto de la cual no obran en ese momento datos objetivos de su participación en el delito.

Pues bien, en un primer momento, el arraigo se introdujo en una ley secundaria y la SCJN en su momento declaró que esta figura viola la libertad personal, en ese sentido el Pleno señaló lo siguiente en la siguiente tesis aislada:

> ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y esta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive

> en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y este determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.[18]

Años después el Poder de Reforma, en su momento, incorporó la figura del arraigo dentro del artículo 16 de la Constitución para que resultara inmune al control judicial. Partiendo de dicha premisa, el Pleno de la SCJN resolvió en sesión de 14 de abril de 2015, por mayoría de seis votos, el juicio de amparo directo en revisión 1250/2012, en el que determinó que es válido el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales que prevé el arraigo penal, al considerar, en esencia, lo siguiente:

> En efecto, el Constituyente permanente realizó una enmienda constitucional de gran alcance al capítulo penal de la Constitución Federal, la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho.
>
> Dicha reforma abarcó cambios a los artículos 16 a 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, apartado B; esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que dicha reforma "fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues estableció un nuevo modelo de justicia penal que transformó el sistema mixto en acusatorio u oral"; igualmente se "introdujo la figura del arraigo a través del cual se permite limitar la libertad personal tratándose de delitos de delincuencia organizada, bajo ciertos requisitos que la propia Constitución Federal señala. Es así, que a partir de esa fecha el referido artículo 16 reguló constitucionalmente la procedencia del arraigo, reservándola para delitos de delincuencia organizada, respecto de los cuales por disposición expresa del diverso precepto 73, fracción XXI, corresponde legislar en exclusiva al Congreso de la Unión. [22]
>
> Por tanto, al preverse en la norma constitucional al arraigo como una institución apta para restringir la libertad de las personas de forma provisional, ya que fue introducida en el artículo 16 constitucional, por tanto, no cabe declarar

[18] Novena Época, 176030, Pleno, Tesis: Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* febrero de 2006, t. XXIII, Constitucional, Penal, Tesis: P. XXII/2006, p. 1170.

> su inconstitucionalidad por la simple razón de ser una institución extraña a la Constitución Federal. (…)
>
> Por tanto, debe concluirse que el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, porque, debe insistirse, los artículos 16 y décimo primero transitorio de la Constitución Federal establecen al arraigo como una restricción expresa al derecho de libertad, ya que permite que las personas sean detenidas y privadas de su libertad domiciliariamente, lo que antes del dos mil ocho no se preveía (…).

Parte de la doctrina académica se ha preguntado si es posible constitucionalizar figuras autoritarias. Cuando una figura autoritaria se introduce en la Constitución, ¿qué garantías judiciales ofrece el sistema?

En la sentencia antes referida, el Pleno de la SCJN, dejando de lado el principio pro persona del artículo 1º constitucional y el art. 29 del Pacto de San José, ha establecido que las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre los DH de fuente internacional, según se desprende, además, de la jurisprudencia a que hicimos alusión líneas arriba, de rubro:

> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Sin embargo, dicho tema tiene otras posibles soluciones. Como una bocanada de aire fresco, en fechas recientes, la Segunda Sala de la SCJN bajo la ponencia del Ministro Pérez Dayán ha determinado que si bien en caso de conflicto las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre las normas internacionales sobre derechos humanos, dichas normas constitucionales restrictivas deben ser interpretadas de la manera más favorable a las personas, según se advierte en la tesis siguiente:

> RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011 (*), las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la

> propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, esta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.[19]

En ese orden de ideas, podríamos pensar que, llegado el caso que una figura autoritaria se introduzca en la Constitución, los principios pro persona y de interpretación conforme, de acuerdo al artículo 29 de la Convención, podrían operar como una especie de control judicial (interpretativo) del propio orden jurídico primario constitucional.

5. Algunas conclusiones

Desde cierta óptica, las reinterpretaciones y modulaciones de la reforma constitucional de derechos humanos han generado diversas paradojas transversales que afectan la claridad y la certeza de las relaciones que aquí analizamos. Es verdad que resulta comprensible un mínimo grado de imprecisión en la uniformidad de la jurisprudencia, sobre todo ante una reforma novedosa. Sin embargo, cuando coexisten posturas jurisprudenciales diametralmente opuestas existe el peligro de relativizar el valor y la eficacia que tienen los derechos humanos dentro del Estado constitucional.

Como hemos visto, tenemos una Constitución que es pro persona y al mismo tiempo tenemos una Constitución que es pro restricciones a los DH, lo que podría dar lugar a una especie de *constitucionalismo líquido* en el terreno de los derechos humanos, tomando prestadas las aportaciones de Bauman.

En suma en México, como en muchos otros Estados, no han sido sencillas las relaciones entre el sistema interamericano de DH y el derecho nacional. De acuerdo a lo expuesto, la reforma constitucional de 2011 y

[19] Décima Época, 2010287, Segunda Sala, ,Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 23, octubre de 2015, t. II, Común, Tesis: 2a CXXI/2015 (10a), p. 2096. Amparo directo en revisión 583/2015, Citlali Griselda Godínez Téllez, 9 de septiembre de 2015, Unanimidad de cuatro votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretarios: Jorge Jannu Lizárraga Delgado y Jorge Antonio Medina Gaona.

sus transformaciones continúan enfrentándose a toda una diversidad de desafíos

A pesar de dichas dificultades, lo cierto es que la reforma constitucional de 2011 y la incorporación del control de convencionalidad en México han abierto nuevas rutas de exploración en el terreno de la aplicación judicial del Derecho. La apertura e incorporación que hace el artículo 1 constitucional a los tratados sobre derechos humanos es el germen de una obligada reordenación y reinterpretación del sistema jurídico mexicano. Los motores centrales que pueden ser capaces de generar la articulación entre los derechos humanos de fuente nacional e internacional lo constituyen el *deber de motivación adecuada* y la *interpretación sistemática* de la jurisprudencia constitucional e internacional sobre derechos humanos; dichas herramientas podrían ser los vehículos susceptibles de incorporar los estándares de protección exigidos internacionalmente en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación jurídica de las sentencias nacionales.

A pesar de la jurisprudencia de la SCJN que ha privilegiado las restricciones constitucionales sobre las normas convencionales, lo cierto es que, como se ha expuesto, por un lado, allí en donde no hay una restricción expresa el operador judicial debe resolver los asuntos de su conocimiento haciendo realidad el control de convencionalidad a la luz del principio pro persona; por otro lado, en el terreno de las restricciones constitucionales expresas, la Segunda Sala de la SCJN, en sintonía con la perspectiva garantista de la Primera Sala, ha establecido que el operador jurídico debe interpretarlas de la manera más favorable a las personas.

Siguiendo esa lógica, podríamos pensar que para la Constitución y para la Convención Americana, el juez nacional es ahora también juez internacional; en otras palabras, la jurisprudencia interamericana es ahora también jurisprudencia mexicana; los jueces nacionales deben ahora garantizar los nuevos derechos humanos que el entendimiento armónico y complementario de los sistemas nacional e internacional reconocen en beneficio de los justiciables dentro del Estado mexicano.

Perspectivas sobre las transformaciones de la justicia constitucional en el Estado federal mexicano

*Enrique Uribe Arzate**
*Alejandra Flores Martínez***
*Isaac de Paz González****

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Lo constitucional y los derechos humanos. 3. Soberanía y control del poder. 4. Mecanismos y jurisdicciones. 5. El modelo federal y la convergencia de ámbitos competenciales. 6. Las entidades federativas y sus constituciones. 7. Desafíos y dilemas de la justicia constitucional. 8. Reflexiones finales. 9. Bibliografía.

1. A modo de introducción

La cuestión que nos ocupa es por fortuna un tema cuya pertinencia poco se discute. El proceso de aproximación de las jurisdicciones domésticas y la internacional, particularmente por lo que hace a la protección de los derechos humanos, es un asunto vital para los seres humanos.

Constitucionalidad y *convencionalidad* son hoy dos términos que al entrelazarse convergen en un solo propósito: la protección de los derechos esenciales de los seres humanos. La necesidad de la existencia de Tribunales Constitucionales en los Estados forma parte del acervo jurídico de nuestros días, como puede constatarse con la abundante bibliografía que cada día se va sumando a la ya existente y, en este sentido, la fuerza e impacto de la actuación de los Tribunales y Cortes Internacionales, muestra su pertinencia y oportunidad.

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; profesor investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Investigador Nacional Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España; profesora investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Investigadora Nacional Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT.

*** Doctor en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas *Cum laude* por la Universidad de Castilla-La Mancha, Becario CONACYT.

Varias consideraciones permiten afianzar esta idea, entre otras, las siguientes:

1. El cambio de paradigma en la concepción de *lo constitucional*.
2. El lugar preminente que ocupan los derechos humanos.
3. La necesidad inmanente de la sociedad de controlar el ejercicio del poder y a quienes ejercen las potestades; aquí se referencia una de las características consustanciales a la soberanía popular: los mandantes no pueden renunciar a su derecho a pedir cuentas a sus mandatarios e incluso sancionar sus conductas.
4. El modelo de Estado constitucional, asiento y posibilidad de realización de la vida humana digna —la única que debe ser vivida—.
5. Los mecanismos de control constitucional insuficiente y fuertemente centralizado; *ergo*, la evidente incapacidad de los instrumentos "federales" para hacer viable, asequible y eficaz la protección integral de los derechos fundamentales.[1]
6. La emergencia —el proceso ascendente— de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, que cada vez más se extiende a los ámbitos domésticos; en este sentido, a la obligación primaria de procurar la defensa de los "contenidos" de las Constituciones, se suma la relevante función de las Cortes y Tribunales Internacionales, que deben ir en la misma senda, aun cuando sus tareas y proyección todavía están en construcción.[2]

2. Lo constitucional y los derechos humanos

El cambio de paradigma en la concepción de *lo constitucional,* afirma la necesidad de esgrimir nuevos argumentos que permitan aprehender lo constitucional como una dimensión superior de los textos normativos, rígidos, enmohecidos.

[1] De sumo interés sobre el particular, resultan los estudios sobre la jurisdicción constitucional local que en países como México, ha tenido un pronto desarrollo a raíz de la problemática que se ha gestado en la evidente incapacidad de la jurisdicción constitucional federal para garantizar a plenitud los derechos fundamentales. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho procesal constitucional local, nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos, una guía práctica*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

[2] Al respecto puede verse Calogero, Pizzolo, "Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional", en Uribe Arzate, Enrique y Flores Martínez, Alejandra (coords.), *Retos y desafíos para el Estado constitucional en la globalización*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-Plaza y Valdés Editores, 2014.

La condición dinámica de lo constitucional, nos fuerza a considerar la necesidad de ampliar el radio de acción de las instancias y mecanismos de protección de los derechos esenciales, vaciados y previstos en las cartas constitucionales. Esto requiere además, la configuración de los alcances y los modos de operación de los tribunales domésticos y las cortes internacionales para la garantía de los derechos humanos; por ello, la convergencia de sus propósitos es incontestable.

Lo constitucional como norma y fenómeno, amerita además, vías de interpretación para saber qué debe ser incorporado a la Constitución y cómo será posible dar paso a la homeostásis[3] y adopción de principios, valores y derechos que la mayoría de las Constituciones no incorporaron al ser promulgadas, pero que hoy, la naturaleza dinámica de las sociedades, exige reconocer e incorporar a la *lex legum*.

En adición a esto, el lugar preminente que ocupan los derechos humanos aquí y en todos lados, demanda no solo su reconocimiento formal, sino además y quizá, principalmente, su garantía. Por eso resulta vital y congruente la exigencia mínima de combatir la incesante actividad legislativa y de firma y ratificación de tratados internacionales que solamente sirven para reconocer derechos humanos de papel, si no se les acompaña del instrumental y la estructura que permitan su viabilidad y eficacia.

Esta es la crisis de nuestro tiempo; innumerables derechos de todo tipo, sacralizados en los más elevados instrumentos jurídicos, situados en medio de una realidad mundial de guerras y todo tipo de miserias que anula cualquier alegato a favor de los derechos humanos que requieren como condición esencial, los contextos idóneos para su materialización en la vida de todos los días.

El Estado constitucional y el escenario mundial —también constitucional— son la respuesta a semejante contradicción.

3. Soberanía y control del poder

La situación arriba descrita, viene de la mano con otras dos cuestiones que igualmente jalonan y determinan la intensidad de las transformaciones del

[3] Esta idea proveniente de la teoría de sistemas, es de gran utilidad en la novedosa comprensión del sistema jurídico-constitucional, naturalmente imperfecto, temporalmente mudable y necesariamente permeable a los cambios, necesidades y exigencias imbíbitas en la *natura* de las sociedades humanas. Sobre el particular, puede verse Uribe Arzate, Enrique y González de Paz, Isaac, "The Constitutional Permeability Principle: Guidelines towards a Constructive Constitutional Theory in Mexico", en *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 5, núm. 6, jun 2015, Center for Promoting Ideas, Estados Unidos.

Estado en medio de la globalización. Son estas, el debate sobre la pervivencia y alcances de la soberanía, reducto final del Estado y capacidad esencial de los pueblos para definir su rumbo, y la necesidad inmanente de ejercer un control eficaz sobre los detentadores del poder público. Soberanía del pueblo y sus naturales vasos comunicantes —como son la democracia y la legitimidad de los gobernantes— por un lado, y la fortaleza de las instituciones que hacen permeable la exigencia popular de someter a juicio y sancionar a quienes abusan del poder, por otro, constituyen los mecanismos de articulación entre estos dos elementos infaltables en el nuevo diseño constitucional y democrático del Estado.

Es evidente que solo una concepción de tal envergadura puede propiciar las condiciones necesarias para que los derechos humanos florezcan en nuestras sociedades.

El reconocimiento de la soberanía y el mantenimiento de esta idea esencial en la globalización, es un asunto que ni la mayor fuerza metaestatal puede reducir ni siquiera bajo el alegato del respeto a los derechos humanos; pues es, justamente esta facultad inherente a los pueblos, lo que dará mayor impulso a la garantía de los referidos derechos vitales.

Como natural consecuencia de este principio, el control del poder retoma su importancia de primer nivel en lo que estamos tratando. Si falta este, ni las sentencias de la Corte Interamericana ni las recomendaciones en materia de derechos humanos serán atendibles. Ahí donde no hay fuerza, tampoco se aplica el derecho. Al interior del Estado, los habitantes poco pueden exigir, si la impunidad se enseñorea en las instituciones y, particularmente, en los órganos de justicia.

De manera tal que las tendencias de lo constitucional en la globalización, representan una de las más importantes transformaciones de los últimos años. Ahora falta lo que sin duda se advierte como el mayor reto de este proceso que no es otro, sino la adecuación del caduco modelo de Estado de derecho a las condiciones y exigencias del mundo globalizado.

Nos parece que en este proceso de reacomodo, la soberanía tiene que seguir siendo el centro gravitacional de la actividad de los pueblos y el fiel de la balanza en el espinoso asunto del control del poder. De no hacerlo así, la proyección metaestatal de los derechos humanos quedará en la nebulosa concepción de lo ideal y tal vez prescriptivo, pero inviable e ineficaz.

En el corolario de todas estas reflexiones, el modelo de Estado constitucional es el único asiento y la posibilidad más cercana de realización de la vida humana digna, la única que debe ser vivida.

4. Mecanismos y jurisdicciones

Otra cuestión de igual calado, se refiere a los mecanismos de control constitucional que hoy lamentablemente son insuficientes, debido a su pobre diseño y a la fuerte centralización de la justicia constitucional que desplaza a los jueces locales y a la fragilidad inherente a la justicia constitucional local de las entidades federativas.

Así las cosas, la globalización que absorbe y atrae, debe vivir un proceso de adopción, conciliación y ajuste por parte de los Estados para hacer viable, asequible y eficaz la protección integral de los derechos fundamentales. En esto, el diseño de un sistema de justicia constitucional tendrá que tomar en consideración las condiciones y el contexto particular de cada sociedad, pues no es posible adoptar instituciones ni prácticas jurídicas, alejadas de la realidad de cada pueblo.

En el caso de México, tenemos tres ámbitos competenciales visibles desde la dimensión vertical —federación, entidades federativas, municipios— y, por ello, resulta indispensable escudriñar los mecanismos de ejercicio de las potestades e idear los escenarios de mayor pertinencia para llevar a cabo su control eficaz.

Baste con decir en este punto que el poder del Estado es uno solo. Por evidente, esta afirmación parecería estar descontextualizada; sin embargo, a partir de la dualidad normativa que percibimos en la coexistencia de los dos planos constitucionales primeramente señalados —el federal y los locales—, esta afirmación cobra fuerza y nos permite adelantar una conclusión: el control constitucional en el Estado mexicano es un control de doble vía: un camino conduce al control de los *contenidos esenciales* de la carta magna; el otro, se identifica en la defensa de lo que las Constituciones locales han incorporado a su texto. Esta dualidad no está reñida; por el contrario, ofrece mayor fortalece en la pluralidad que representa cada entidad federativa.

Uno y otro de estos dos controles convergen en una idea central: mantener inalterados los principios constitucionales que perfilan el ser y esencia del Estado mexicano; *i. e.*, proteger sus *decisiones políticas fundamentales* de todo ataque —consciente o no— proveniente de cualquier centro de poder público o privado que atente contra el texto de las Constituciones.

Por eso, el control del poder es la raíz de todo este entramado.

El punto central de cualquier esfuerzo teórico, en este sentido, tiene que aterrizar en la premisa helleriana de que el gobernante "tiene poder en el Estado, no el poder del Estado". Así, en el hilo argumentativo que nos sirve para bordar nuestra perspectiva, podemos decir que al final del ciclo

que se construye desde el ejercicio del poder, tenemos que arribar a la conclusión de que el sistema de justicia constitucional de México debe contar con un sistema de responsabilidades, de fácil acceso para los ciudadanos y de efectos tangibles.

Esto es lo que hemos denominado *el ciclo constitucional garantista*[4] que está integrado por tres momentos insustituibles e inseparables:

Derecho-sustancia ⟶ Derecho-configuración para la democracia ⟶ Estado constitucional ⟶

Este diseño inicial, ha sido enriquecido con la fuerte referencia a la democracia y el sistema de justicia constitucional.

Democracia ⟶ Estado constitucional ⟶ Sistema de justicia constitucional ⟶

Un ejercicio hermenéutico nos lleva a sostener que en el primer apartado, la democracia es la expresión esencial del poder del pueblo. Aquí se ubica el *quid* del poder; luego viene su conversión en potestad.

En segundo lugar, identificamos al Estado constitucional cuya construcción está en proceso. Aquí, nuestro modelo identifica dos cuestiones esenciales: el respeto irrestricto de los derechos de los habitantes y el ejercicio de los ámbitos competenciales sujeto a lo que expresamente manda la Constitución —el control del poder ya señalado—.

En la tercera parte de este ciclo —que podría ser la primera o la segunda—, se ubica todo lo concerniente a los escenarios y mecanismos para el control del poder y para la vigencia sin cortapisas de la Constitución y su*s contenidos*. Aquí podemos situar el subsistema de responsabilidades que no debe faltar en todo sistema de justicia constitucional.

Como podemos ver, el asunto del poder —fuente y raíz—, marca en todo momento la pertinencia de llevar a cabo un control diáfano que potencie y posibilite el *ciclo constitucional garantista*, indispensable para alimentar el Estado constitucional —escenario y garante de la justicia constitucional—.

[4] Esta construcción epistemológica puede verse en Uribe Arzate, Enrique, *La naturaleza constitucional dual del derecho a la información y su papel en la construcción del Estado constitucional en México*, Instituto de Acceso a la Información del Estado de México, 2010. Este trabajo obtuvo el primer lugar en la categoría de investigación, en el Premio Estatal de Transparencia de 2009, convocado por el Instituto referido

5. El modelo federal y la convergencia de ámbitos competenciales

Hemos señalado también que el ejercicio del poder se enmarca en el modelo de organización político territorial que cada Estado adopta para sí.

México se asentó en el modelo federal y aunque la realidad suele evidenciar la incongruencia entre lo que el texto constitucional dice y lo que la práctica cotidiana manda, no podemos dejar de mencionar que el federalismo mexicano tiene que ser analizado como un caso singular, pues incluso podría dar paso a la consideración de que se trata de un *federalismo centrípeto;* pero federalismo a fin de cuentas.

Aquí, lo que nos parece la cuestión más fina, tiene que ver con la manera en que esas dos fuerzas tensionantes entre las potestades de la federación y las potestades de tipo local, son capaces de convivir en el mismo ámbito espacial donde coinciden sus competencias.

El asunto es altamente técnico, y por eso, requiere un tratamiento especial. Nosotros solamente diremos que la existencia de un Estado de tipo federal, demanda el diseño de un sistema de *justicia constitucional dual*, donde las entidades federativas no pueden ser excluidas, a menos que el régimen federal sea solo discurso y tímidos esbozos por reconocer su capacidad jurídico-constitucional a los estados libres y soberanos que integran el Estado mexicano y la irreductible importancia de los municipios del país, paradójicamente algunos de ellos incluso con mayor capacidad e importancia económica que algunas entidades federativas. (*v. gr.* Naucalpan en el Estado de México, por solo citar un caso).

Es evidente entonces que los esfuerzos encaminados a la articulación de la justicia constitucional federal y local, debe poner especial énfasis en el modelo federal a partir del cual está organizado México.[5]

Aunque por principio, la protección de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un asunto de la competencia de los tribunales federales y específicamente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nosotros hemos considerado que nada impide la coexistencia de un Tribunal Constitucional federal y Cortes Constitucionales locales que deben ser incorporadas para el cumplimiento de una función dual: por un lado, la colaboración o coadyuvancia en la defensa de la Constitución federal; por el otro, la defensa de la Constitución local. Esto es lo que hemos llamado la

[5] Para una visión completa sobre el federalismo, sugerimos la consulta de Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, México, IIJ-UNAM, 2008.

jurisdicción dual o concurrente,[6] insustituible herramienta para la defensa de los *contenidos esenciales* de la Constitución federal y para la defensa simultánea de lo prescrito por la Constitución de cada entidad federativa.

6. Las entidades federativas y sus Constituciones

Aunada a la exigencia de que en un sistema federal las entidades federativas deben participar en las tareas de justicia constitucional, viene la cuestión que concierne a la existencia de Constituciones locales en cada estado libre y soberano.

Desde luego que este punto no es asunto menor, pues a partir de la postura teórica que se adopte, derivan una serie de consecuencias de gran calado.

La pregunta que tenemos que responder es si en el Estado federal los ordenamientos de tipo local se pueden concebir como Constituciones. Aunque este tópico ya ha sido estudiado por destacados colegas, según nuestra perspectiva, es imprescindible generar consenso en este punto, pues resulta esencial para la dirección que puede tomar el tema que nos ocupa.

¿Cuáles son las consecuencias que podemos identificar según la respuesta que se dé a esta pregunta?

Primero. Si las Constituciones locales[7] son "auténticas" Constituciones, luego, podemos sostener que cada Estado puede tener su propio sistema de justicia constitucional.

Segundo. Si las Constituciones en realidad no pasan de ser Estatutos para la organización interna de las entidades federativas, entonces la justicia constitucional tendría que entenderse inexorablemente centralizada.

Nos parece que estas disquisiciones deben retomarse, pues no obstante que la corriente de pensamiento va en el primer sentido, la construcción de un sistema integral de justicia constitucional no puede pasar por alto esta segunda idea de que las Constituciones locales no son Constituciones en sentido material.

---

6 *Cfr.* Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-Miguel Ángel Porrúa, 2006.

7 El caso del Distrito Federal es elocuente; ahora se le denomina Ciudad de México y ya tiene su propia Constitución Política. Por la facilidad con que se dio el "cambio constitucional", todo parece indicar que el asunto nominal no es lo más intrincado; ahora vienen los verdaderos problemas que se empiezan a hacer visibles en temas como la recaudación fiscal, el presupuesto y el inminente cambio de la condición jurídico-política de las otrora delegaciones —tan enormes y complejas— en alcaldías.

Aquí incluso vale la pena engarzar otro tema que tiene relación directa con lo que estamos tratando: nos referimos a la idea sobre las "atribuciones originarias" que casi todos aceptamos como expresión de lo que la carta magna establece como ámbito competencial de la federación y que de acuerdo con el artículo 124 deja a las entidades federativas todo lo demás que no esté expresamente atribuido a la propia federación.

¿Es correcto decir esto?; ¿en verdad se puede concebir un Estado federal —presumiblemente armado con estados libres y soberanos— ahí donde las atribuciones originarias no les pertenecen a ellos?

Nos parece que el sentido de estas preguntas apunta hacia la necesidad de abundar en el estudio de la coexistencia de dos ámbitos competenciales que requieren una protección constitucional adecuada.

La existencia irrebatible del espacio reservado para las entidades federativas y las prescripciones contenidas en sus Constituciones particulares, nos permiten señalar otro más de los elementos que deben formar parte de este entramado sobre el sistema de justicia constitucional en el Estado mexicano.

En este punto, nos atreveríamos a sostener la pertinencia de que el debate sobre los mejores escenarios para la defensa de la Constitución federal, parta de lo que es viable y atendible desde los propios espacios de las entidades federativas. Creemos que así tiene que otearse esta posibilidad y no en sentido inverso, pues como ya lo hemos podido constatar, la centralización del control constitucional ha impedido, o al menos limitado, el desarrollo de los ejercicios locales que en un sentido esencial y originario tendría que ser el espacio primario para la protección de la Constitución federal y concomitantemente, para la defensa de lo que cada Constitución local *contiene*.

7. Desafíos y dilemas de la justicia constitucional

¿Cómo estamos y qué tanto hemos avanzado?

Mucho se ha dicho acerca de los instrumentos jurídicos como las *controversias constitucionales* y las *acciones de inconstitucionalidad* que están forjando verdaderos límites al ejercicio del poder público, pero que todavía no acaban de consolidarse en nuestro entorno jurídico. Otros, ya tradicionales, pero ineficaces como el juicio político,[8] muestran su poca pertinencia en este campo.

[8] Sobre el particular es altamente recomendable el trabajo de Valdés, Clemente, *El juicio político: la impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*, México, Ediciones Coyoacán, 2000.

En sus diversas vertientes o modalidades, *el juicio de amparo* es hoy por hoy, el instrumento jurídico de naturaleza jurisdiccional que hace posible, de mejor manera, la realización de la justicia constitucional. Cabe agregar que su impronta cobra relieve a partir del reconocimiento —ya señalado— de que el Estado constitucional es el único posible y defendible,[9] lo cual da cuenta de la importancia que en la actualidad tienen los temas inherentes al control del poder, concretamente al control del ejercicio de la potestad estatal por quienes tienen atribuciones y competencia conferidos por la ley.

A partir de la idea de que *el control del poder*[10] *debe ser una actividad cotidiana y fundamental del Estado*, la justicia constitucional ha tenido que plantearse constantemente cuál es el mejor modelo o sistema[11] para verificar esta obligación estatal. En este sentido, son básicamente dos los sistemas existentes sobre el particular: El sistema de control por órgano político y el sistema de control por órgano jurisdiccional.

En México, hay una rara mixtura que nos ha llevado a la indefinición sobre la naturaleza de los variados instrumentos que al menos en el papel sirven para realizar la justicia constitucional. De esta forma, tenemos algunos instrumentos que deben desahogarse a través de los *órganos jurisdiccionales* y otros que todavía están a cargo de los órganos de naturaleza *política*. En el primer caso, hablamos nuevamente del juicio de amparo y de los procedimientos que aunque no tienen una naturaleza típicamente jurisdiccional, se desahogan ante órganos de esta calidad. Básicamente nos referimos a las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, al juicio constitucional electoral y el juicio para la defensa de los derechos político electorales.[12] En el segundo caso, este espacio está ocupado por el juicio político que se desarrolla ante el Congreso de la Unión.

La valoración que podemos hacer sobre estos instrumentos jurídicos, se expresa en su indebida desarticulación y la pertinencia de su modifica-

[9] Esta afirmación que podría estar afectada de intolerancia debe leerse con cuidado: el Estado de derecho es el único posible y defendible, pues es el Estado-tipo donde los derechos y las libertades son garantizados por la estructura estatal, la cual recibe de la Constitución sus atribuciones y sus límites.

[10] Esta idea forma parte central de los trabajos de Diego Valadés. Véase particularmente su libro *El control del poder*, México, IIJ-UNAM, 1998.

[11] Covián Andrade prefiere denominarlos "sistemas" en lugar de modelos; es evidente que el término sistema resulta más completo, por ello remitimos al lector a la obra del citado autor *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado,* Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, México, 2001, pp. 26 y 27, donde expone una interesante clasificación de estos sistemas.

[12] *Idem*.

ción. Esta afirmación explicada en otros trabajos,[13] nos permite subrayar la importancia de hacer el *análisis de la justicia constitucional en una doble vertiente: en su contexto actual y en la perspectiva deontoteleológica*.

Actualmente, la justicia constitucional reducida a las acciones propias del control constitucional *a posteriori*, se desarrolla frente a los órganos de naturaleza jurisdiccional identificados en la estructura del poder judicial federal —con excepción del caso de las entidades federativas que ya cuentan con un organismo especializado en esta materia y en los que es posible ensayar la jurisdiccional constitucional concurrente—. Solamente el caso del juicio político se refiere a un procedimiento de naturaleza *sui géneris* que debe desahogarse ante un órgano de naturaleza política; de cualquier forma, debe valorarse plenamente si a partir de su ineficacia, este juicio debe seguir enquistado en el campo de la justicia constitucional; a nosotros nos parece que no, a menos que sea reestructurado al nivel de un auténtico juicio de responsabilidad constitucional.[14]

En la otra vertiente, la justicia constitucional es atendible desde la dimensión temporal que refleja las *acciones de tipo preventivo* —inexistentes en México— y aquellas otras que se realizan después de que ha tenido lugar la violación constitucional, ya sea por la promulgación de normas jurídicas contrarias al texto de la *norma normarum* o por la realización de actos que vulneran el texto constitucional.

En México, los únicos mecanismos de justicia constitucional que existen —restringidos al ámbito del control constitucional— son los de *tipo correctivo*. Cabe decir que ni aún con esa clara definición jurisdiccional, el control constitucional es capaz de operar de manera eficaz. Posiblemente la dificultad reside en el hecho de que ni siquiera todos esos instrumentos jurídicos encaminados a la realización del control constitucional, tienen naturaleza eminentemente jurisdiccional; citemos el caso del llamado procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[15] que a pesar de ser realizado por encargo del máximo Tribunal del país, resulta indiscutiblemente un procedimiento carente de pertinencia y eficacia.

Por ello, se hace necesaria la construcción de una posición doctrinal que supere la visión incompleta que hemos destacado. Esta perspectiva debe

---

13 Remitimos al lector a nuestra obra *Mecanismos para la defensa de la Constitución en México,* México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2004.

14 Esta perspectiva ha sido analizada en la obra de nuestra autoría sobre *El Tribunal Constitucional,* México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2002. Véase especialmente el capítulo cuarto relativo a la estructura y atribuciones propuestas para el funcionamiento de un verdadero Tribunal Constitucional.

15 Art. 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

atender la importancia que tiene la temática de la defensa de la Constitución, para estar en posibilidades de armar un *constructo* teórico que nos permita afirmar que la justicia constitucional es una obligación de todos los órganos del Estado. Por eso, una visión completa nos ha permitido advertir las peligrosas fisuras que muestra la justicia constitucional mexicana, más aún, cuando el mismo órgano jurisdiccional ha asumido las dos grandes vertientes de la justicia aquí destacadas.[16]

La confusión que en México se advierte entre normas jurídicas para la aplicación de la justicia ordinaria y normas para la aplicación de la justicia constitucional, es otra de las grandes debilidades en la aplicación de la justicia constitucional que hasta ahora está limitada al control de la constitucionalidad. Si bien es cierto que en el escenario de la teoría del derecho la jerarquía del órgano no necesariamente define la jerarquía del ordenamiento jurídico aplicable, no hay que soslayar que por la alteza de los principios que salvaguarda*, la justicia constitucional debe concebirse como un espacio reservado para la aplicación de los corpus de contenido esencial y para la actuación de los órganos especializados*[17] *en la defensa de los "contenidos" de la Constitución y en el mantenimiento del orden jurídico nacido de la Constitución*.[18]

8. Reflexiones finales

Es evidente que la temática que nos ocupa es una de las más intrincadas de la ciencia jurídica, pues su estudio y su *praxis* lindan con la ciencia política y con otras disciplinas que no pertenecen al derecho.

---

16 "[…] la inclusión del Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial ha de ser considerada como muy desafortunada". Fernández, Francisco, "La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes,* Perú, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer, 1995, p. 87.

17 Aragón, Manuel, "Principios constitucionales", en *Temas básicos de derecho constitucional,* Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 40.

18 "La justicia constitucional asume generalmente, cualquiera que sea su organización, cuatro grandes tipos de misión: en primer término, el control de la regularidad de las elecciones y de las votaciones políticas, es decir, tanto de las elecciones legislativas y presidenciales, como de los referéndums; el respeto del equilibrio entre el Estado y las colectividades que aquel comprende, misión especialmente importante en un Estado Federal o cuasifederal, pero que —incluso en un Estado unitario como Francia— no está vacía de significado; por otra parte, la garantía del buen funcionamiento de los poderes públicos y de la distribución de poderes entre ellos; y por último, el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales". Favoreu, Louis, "Informe general introductorio", en Favoreu, Louis *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1984, pp. 22-23.

Como lo mencionamos al principio, el punto de partida está en el tema del poder —su origen y su ejercicio— y en las potestades —sus límites y sus controles— de los órganos del Estado.

El desiderátum de las Constituciones, su naturaleza jurídica especial, la obligación de procurar la defensa de sus "contenidos", la exigencia de sancionar a quienes transgreden el orden constitucional, son algunos de los elementos que deben ser considerados en el diseño de un sistema de justicia constitucional.

Esta cuestión escapa al mero análisis jurídico y, por su naturaleza especial, demanda una argumentación que supere la limitada perspectiva normativo-jurídica.

La justicia constitucional como un todo y la justicia constitucional particular de las entidades federativas muestran la importancia de armar una concepción adecuada sobre su significado, alcances y límites.

La justicia constitucional es algo distinto a la justicia ordinaria. Esta distinción va desde el tipo de interpretación y argumentación que debe construirse para explicar los fenómenos político-constitucionales, hasta la manera en que desde la *praxis* deben tener lugar los procedimientos especiales, propios de la justicia constitucional. Por eso, podemos señalar que la Suprema Corte no puede consolidarse como un Tribunal Constitucional, porque no es un órgano especializado en estas tareas. La justicia ordinaria y las funciones de casación, aún los procedimientos de revisión constitucional, no le permiten constituirse de este modo.

En las entidades federativas el asunto no es menos grave: en gran parte de los tribunales de justicia ordinaria de los estados libres y soberanos, existen "Salas Constitucionales" que no funcionan o que funcionan limitadamente.

Un problema central es que la Suprema Corte también tiene competencia en la mayoría de los casos para conocer los asuntos que podrían ventilarse en los Tribunales Superiores de Justicia de los estados.

Esta inconveniencia se ve agravada por la limitación de su competencia que incluso es un problema generalizado en el sistema de justicia constitucional de México: no son competentes la mayoría de las salas constitucionales para conocer *acciones de control preventivo* de la constitucionalidad de leyes locales; tampoco son competentes para emitir *opiniones consultivas* en los procesos de reforma constitucional o en la firma y suscripción de tratados internacionales. Así, las salas constitucionales no han acabado de echar raíces en el sistema jurídico mexicano.

Por ende, las entidades federativas tienen cancelada la posibilidad de participar en dos tareas consustanciales al control de la constitucionalidad:

el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y el control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales.[19] Aquí podemos situar otra reflexión: si las entidades federativas participan en los procesos de reforma constitucional[20] a través del llamado Constituyente Permanente, ¿no deberían participar igualmente en la defensa de la Constitución?

Otro problema es la falta de penetración cultural de los tribunales y salas constitucionales. Los habitantes no conocen la capacidad que tienen ya algunos de estos órganos para la defensa de sus derechos. Los abogados aun sabiendo esta capacidad de las salas constitucionales, en el menos malo de los escenarios, no tienen conocimientos en esta materia; en el peor de los casos, no tienen confianza en los noveles jueces constitucionales.

Estos son solo algunos de los problemas de la justicia constitucional local, que según nuestra perspectiva, deben ser tomados en cuenta para armar un *sistema integral de justicia constitucional federal-local* en México que se nutra de lo constitucional como fuente y proceso, y que se potencie desde la soberanía y el control del poder.

La protección de la Constitución y la defensa de sus contenidos esenciales es el punto de partida de esta cuestión.

Por nuestra parte, como mero ejercicio de exploración podemos resumirlo en los siguientes aspectos:

Primero. México vive inserto en una compleja realidad donde convergen las dimensiones *local-nacional-global*.

Cotidianamente, focalizamos nuestra atención en fenómenos que se dimensionan según sus alcances y proyección en nuestra vida cotidiana y en sus efectos más inmediatos. Así, la cuestión parece situarse entre dos formas de enfrentar nuestros problemas y, al mismo tiempo —en lo que aquí nos interesa—, en dos maneras de iniciar el abordaje de los estudios constitucionales: *la dimensión local y la dimensión global*.

---

19 Incluso podemos todavía agregar que tampoco tienen competencia para hacer que los órganos legislativos locales cumplan con su función esencial. Para mayor referencia sobre el particular, véase Samaniego Santamaría, Luis Gerardo, "Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* México, IIJ-UNAM, 2008, t. VIII.

20 Este proceso está previsto en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México".

En la línea de pensamiento de esta exposición, podemos decir que México ha centrado su atención en problemas inmediatos —tal vez los más sentidos— como la crisis económica y la inseguridad pública. Otros de no menor impacto, como los problemas del campo, la contaminación ambiental, etc., han merecido un grado de atención distinto, pues se han privilegiado aquellas cuestiones que se juzgan —por decir lo menos— de mayor apremio, cuando no de mayor importancia para el gobierno actual.

Ante este escenario, que nos parece mirado a través de una lente bastante limitada, el Estado mexicano ha dado una proyección doméstica a los problemas antes citados y a otros que aquí no mencionamos, pero que igualmente han sido atendidos bajo la misma óptica.

Esta situación ha frenado —en muchos sentidos— el desarrollo y las innovaciones constitucionales necesarias para construir un Estado constitucional, democrático, legítimo, con una Constitución abierta y permeable. Lo cierto es que México no ha llevado a cabo un proceso de tal envergadura, pues existen claros límites constitucionales y, por supuesto, fácticos que de suyo frenan y hacen nugatoria esta condición esencial para la *renovación constitucional integral*.

Segundo. Del modelo federal tantas veces citado, podemos extraer la afirmación de que México necesita la participación de las entidades federativas para armar un sistema de justicia constitucional integral, férreo y eficaz.

Un asunto que no podemos dejar de señalar es la evidente incapacidad de los instrumentos "federales" para hacer viable, asequible y eficaz la protección integral de la Constitución federal.

Más aún, en el caso de las entidades federativas, los mecanismos de protección son un asunto reciente y, por ello, es aconsejable que al evidenciar las insuficiencias del actual sistema de control de la constitucionalidad, pongamos una "fe razonable" en las potencialidades de la justicia constitucional local, pues según nuestra perspectiva, el modelo federal tiene que ser reforzado desde los estados.

En ánimo de no repetir todas las críticas que se pueden enderezar en contra de las limitaciones de los instrumentos que actualmente tenemos en México, dejamos esta parte subrayando la necesidad de que el Estado mexicano pueda diversificar tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas los procedimientos de la justicia constitucional.

Tercero. De este modo, destaca la pertinencia de que todas las cuestiones atinentes a los problemas vinculados con el ejercicio del poder y el consecuente control de la constitucionalidad, sean conocidas por un órgano jurisdiccional distinto a las cortes y tribunales ordinarios. Al respecto, es

suficiente con decir que *la justicia constitucional es algo distinto a las cuestiones que conocen y resuelven los tribunales ordinarios*. En nuestro caso, asumimos la postura de que nuestro máximo Tribunal en México no es un Tribunal Constitucional. Aun en el supuesto de que se logre demostrar que sus acciones van en ese sentido, lo cierto es que todavía la senda es incierta.

Cuarto. ¿Cómo construir un sistema de justicia constitucional eficaz en un estado federal? Tal es la cuestión. Según nuestro criterio, la justicia constitucional hasta aquí delineada necesita dos escenarios para su realización:

- Uno propiciado por los mecanismos *ad hoc* enmarcados en el diseño constitucional que ha generado un *estado compuesto de tipo federal;* en este sentido, los estados miembros deben participar en la justicia constitucional.
- Otro basado en los *instrumentos jurídicos* —y de preferencia jurisdiccionales— aplicables y eficaces para la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad que hemos identificado como los ámbitos estático y dinámico de la justicia constitucional.

En cuanto al primer escenario, baste con decir que es necesario contar con un *sistema de control constitucional dual* que dote de competencias en esta materia a las entidades federativas; existirá así la posibilidad de que en cada una de estas pueda constituirse un tribunal o corte constitucional —competente para dirimir controversias y resolver cuestiones directamente conectadas con la vigencia y respeto de la Constitución local—. Es importante que las acciones de tipo preventivo inicien desde las entidades federativas con el respeto irrestricto al texto de la Constitución local. Además, es aconsejable que el propio órgano de control constitucional local pueda realizar —en vía de jurisdicción dual o concurrente— funciones de *precontrol constitucional legislativo,* así como de *control a posteriori*, con respecto a preceptos de la Constitución federal.

Este diseño es congruente con la naturaleza del Estado federal, donde la justicia constitucional verdaderamente tangible y eficaz debe armarse desde la composición de los estados miembros; por eso, nos permitimos señalar que la competencia dual del órgano de control constitucional de las entidades federativas puede y debe ser extendida hacia el control de la constitucionalidad, desde los espacios propios de los estados miembros, a fin de no permitir que los órganos locales incurran en violaciones a los principios contenidos en la carta magna.

En cuanto al segundo escenario, nos parece que aquí se halla la cuestión de mayor relieve, pues para poder señalar cuáles deben ser los instrumentos jurídicos viables para la justicia constitucional, tenemos que tomar en consideración todo lo que incluimos al inicio de esta exposición: la

fuerza de *lo constitucional* en transformación que no puede ser explicada suficientemente desde el *corpus* y su articulado.

Esto significa que el mayor interés de los juristas, y en general de los operadores jurídicos, se debe focalizar en el discurso de la Constitución escrita y al mismo tiempo en *lo constitucional* que se puede otear en la dimensión metaestatal y en los fenómenos que desbordan la textura de las normas y los límites de la Constitución literal.

9. Bibliografía

Aragón, Manuel, "Principios constitucionales", en *Temas básicos de derecho constitucional,* Madrid, Civitas, 2001, t. I.

Calogero, Pizzolo, "Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional", en Uribe Arzate, Enrique y Flores Martínez, Alejandra (coords.), *Retos y desafíos para el Estado constitucional en la globalización*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-Plaza y Valdés Editores, 2014.

Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado,* México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2001.

Favoreu, Louis *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

Fernández, Francisco, "La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales, las experiencias recientes,* Perú, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer, 1995.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique (coords.), *Derecho procesal constitucional local, nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos, una guía práctica*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

Samaniego Santamaría, Luis Gerardo, "Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* México, IIJ-UNAM, 2008, t. VIII.

Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, México, IIJ-UNAM, 2008.

Uribe Arzate, Enrique, *Mecanismos para la defensa de la Constitución en México,* México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2004.

_____, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, 2006.

_____, *El Tribunal Constitucional,* Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

_____, *La naturaleza constitucional dual del derecho a la información y su papel en la construcción del Estado constitucional en México*, México, Instituto de Acceso a la Información del Estado de México, 2010.

_____ y González de Paz, Isaac, The Constitutional Permeability Principle: Guidelines towards a Constructive Constitutional Theory in Mexico", en *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 5, núm. 6, jun 2015, Center for Promoting Ideas, Estados Unidos.

Valadés, Diego, *El control del poder*, México, IIJ-UNAM, 1998.

Valdés, Clemente, *El juicio político: la impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*, México, Ediciones Coyoacán, 2000.

La justicia constitucional electoral en México. Evolución y perspectivas

Jaime Arturo Verdín Pérez[*]

Sumario: 1. Introducción. 2. La discusión de la incompetencia de origen y el *amparo Morelos* como referentes en la jurisdicción constitucional electoral. 3. Transición democrática en México. 4. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en materia electoral. 5. La consolidación de la justicia constitucional electoral en México. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

La evolución de la justicia electoral representa un paradigma en la avance de los derechos humanos, en virtud de que los pilares que sostienen el respeto y garantía de estos últimos se vinculan con el fortalecimiento de la democracia y la división de poderes como elementos indispensables para su ejercicio y efectividad.

Así, su importancia radica en gran medida en los constantes procesos de reformas que involucran diversos temas vinculados con un proceso de transformación política y jurídica en nuestro país, encabezados por una transición que se acentúa desde 1977 y que va acompañada del autoritarismo del dominio del partido único en el poder, hasta la creación de instituciones y sistemas políticos pluripartidistas.

La forma adecuada de lograr el real y efectivo control del poder constituye una piedra angular que permite la existencia de sistemas políticos justos y congruentes con sistemas normativos que permitan su valoración y aplicación exacta, lo que en nuestro tiempo significa la existencia de ver-

---

* Este artículo contempla algunos argumentos señalados en Verdín Pérez, Jaime Arturo, "El juicio de amparo en México contra actos en materia electoral", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (*coords*.), *El juicio de amparo en el Centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, IIJ-UNAM, 2017, t. II, pp. 245-256.

Doctor en Derecho por la UNAM; maestro en Derecho Constitucional y Amparo; profesor y académico especialista en materia electoral del Posgrado en Derecho de la UNAM.

daderos y legítimos regímenes democráticos capaces de promover, respetar y garantizar los derechos y libertades humanas.

Sin embargo, el tratamiento que por parte de la dogmática y especialmente de la función jurisdiccional se ha dado a los derechos político electorales, se ha constreñido de manera reiterada a separarlos de los otros derechos fundamentales en virtud de su propia naturaleza "política", dejando reservada esta materia a órganos de naturaleza especializada que cumplen y desempeñan tareas —en la fecha actual— desde la óptica de las magistraturas constitucionales de control judicial, pero que anteriormente encontraban limitadas precisiones procesales sobre todo relativas a los derechos humanos y al juicio de amparo.

De alguna forma, la Constitución que otorga plena vigencia y garantía a las libertades y derechos de las personas y que está cumpliendo su centenario, motivo del presente ensayo, identifica y analiza principios y reglas en la justicia electoral, cuyo tránsito como fenómeno social ha traído como consecuencia que diversas opiniones de juristas especializados rechazaran las ideas clásicas, como la de la incompetencia de origen propuesta por Ignacio L. Vallarta, desestimando con ello la procedencia del juicio de amparo en materia política.

Sin duda alguna, las implicaciones que trae consigo la garantía desde el ámbito procesal de los derechos político-electorales influiría notablemente para su respeto y efectividad, por lo que la existencia de las magistraturas y órganos judiciales encargados de limitar el ejercicio del poder desmedido en un sistema de derechos humanos tiene una plena vinculación con el tema político.

2. La discusión de la incompetencia de origen y el *amparo Morelos* como referentes en la jurisdicción constitucional electoral

Indudablemente, uno de los puntos de partida para el análisis y discusión de los derechos político-electorales y sus garantías lo constituye la clásica disputa Iglesias-Vallarta, sustentada en una época en que el poder judicial estaba desvinculado de la política, "en donde la causa de legitimidad constitucional implicaba, en algunos casos, hacer consideraciones en torno al origen de las autoridades estatales. En la controversia sobre las elecciones realizadas durante 1876, es necesario destacar que, al existir un gran número de entidades federativas en estado de sitio, estas no podían considerarse válidas".[1]

[1] Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, p. 34.

De este modo, el equilibrio y control del poder, motivado por la decisión en los casos de litigio derivados de las elecciones, resultó fundamental para un futuro en donde convenía delimitar y definir las controversias llevadas al ámbito de la jurisdicción, sobre todo en el pleno ejercicio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es determinante para el ejercicio y la interpretación de los derechos.

Así lo refiere al autor Moctezuma Barragán cuando indica que dicha discusión produjo polémica y en su momento provocó que la Corte redactara un escrito sobre *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*.[2]

Esta clásica discusión sobre la que se han esbozado diversos escritos ha sido fundamental para el entendimiento de los derechos políticos y sobre la justicia electoral en nuestro país, pero sobre todo para considerar como principio en el amparo la imposibilidad de su procedencia en esta materia.[3]

Señala Nieto Castillo que con antelación al proceso de transición democrática, la protección de los derechos político-electorales era bastante reducida por las características del régimen —autoritario—, la tradición jurídica —originada por los postulados de Ignacio L. Vallarta—, la posición del poder judicial —recordar los criterios de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la quinta y hasta la octava época en torno al tema—,[4] el papel del constituyente permanente —la reformas que han

---

[2] Iglesias, José María, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia,* México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, p. 84, cit. por, Moctezuma Barragán, Javier, *op.cit.*, p. 35.

[3] Ignacio L. Vallarta sostuvo por primera vez en nuestro país que la Corte no podía ni debía inmiscuirse en los asuntos de carácter político. Vallarta se preguntaba: *¿Qué garantía puede haber de que la pasión política no se introduzca a este tribunal al dictar fallos que solo la justicia debe inspirar? De nuestra Constitución —decía— no emana ello, sino que por el contrario, reprueba en muchos textos esta subordinación de todos los poderes a la* voluntad de la Corte", *cit.* por Ortiz Mayagoitia, Guillermo, "El control constitucional de las leyes electorales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1186.

[4] Octava Época, 211358, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, julio de 1994, p. 546, Común. "Derechos políticos, improcedencia del amparo. El derecho a desempeñar un empleo público, como lo son los cargos concejiles y de elección popular, es una función inherente a la ciudadanía, atento a lo dispuesto por los artículos 35, fracción II y 36, fracción V, de la Constitución General de la República, y por estos derechos jurídicamente debe entenderse toda acción que se encamine a la organización de los poderes públicos, a la conservación de los mismos, o a la de su funcionamiento, así, todo acto que tienda a establecer esos poderes, impedir su funcionamiento, o destruir su existencia, o funcionamiento, son actos que importan derechos políticos, respecto de los que es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto por la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo en relación con el diverso 1o. de la misma ley, interpretando este último precepto a contrario sentido, y con los citados artículos 35, fracción II y 36, fracción V constitucionales".

establecido un papel menor al poder judicial en su protección, como los hoy extintos procesos de facultad indagatoria y el recurso de reclamación de la reforma de 1977— y las reformas del poder legislativo —como la que estableció la improcedencia del amparo cuando se combatían actos o resoluciones de los órganos electorales—.[5]

Todo ello trajo como consecuencia un deslinde consciente y poco útil para el fortalecimiento de los derechos fundamentales políticos, que originaron que en 1869 se presentara en México un asunto político-jurídico complejo, conocido como la *Cuestión de Querétaro*, que trataba la injerencia de los poderes federales, en un conflicto suscitado en dicha entidad.

A decir de Moctezuma Barragán,

> […] el entonces gobernador de Querétaro se enfrentó seriamente con la legislatura local, rechazando un decreto sobre reformas a la administración de justicia, imposibilitando a la legislatura a iniciar su periodo de sesiones y la Diputación permanente, que sin mediar elecciones nombró funcionarios judiciales con carácter provisional. El diputado queretano. Próspero Vega, acusó al gobernador ante el Congreso local, entre otros motivos por usurpación del poder judicial.[6]

La legislatura local declaró culpable al gobernador Cervantes, lo cesó y designó a Mariano Vázquez como encargado del Poder Ejecutivo local. Cervantes, a su vez, fue representado por Ignacio Vallarta, quien interpuso amparo y obtuvo sentencia favorable para que pudiera continuar como gobernador.

No contento con la negativa, Vallarta exploró la posibilidad de presentar el caso ante la Suprema Corte, apoyado en los artículos 97, fracción I, 98 y 126 de la Constitución que señalaban:

> Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro y de aquellas en que la Unión fuere parte.

La legislatura estatal solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la revisión de la sentencia, negando esta última el amparo a Cervantes, con lo que se definió una postura inicial en materia política y judicial, que más tarde se vincularía en el *amparo Morelos* y cuya trascendencia es fundamental en el tema.

---

5 Nieto Castillo, Santiago, y Espíndola, Luis, *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*, Col. Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2012, pp. 2-10.

6 Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, *op.cit.* p. 65.

El caso del *amparo Morelos,* presentado en 1874, planteó la *litis* de varios hacendados del estado de Morelos que solicitaban amparo contra la ley de hacienda de 12 de octubre de 1873, señalando que, conforme al artículo 16 constitucional, el gobernador y la legislatura eran autoridades ilegítimas. Una Suprema Corte dividida concedió el amparo respecto del primero y lo negó en relación con la segunda.

El *amparo Morelos,* señala González Oropeza, "no solo inició la revolución del amparo, sino que presagió otra más profunda en el campo político: la transición de la República Restaurada al Porfiriato". El criterio que sostiene que la Suprema Corte debe mantenerse alejada de los asuntos políticos, entre los que se encuentran los relativos a la legitimidad de las autoridades.[7]

Desde este punto de vista, en la evolución política y judicial y la suerte que tuvo el amparo respecto de dicha situación procesal nos lleva al análisis de la dimensión objetiva protectora de la Constitución que tiene dicho mecanismo procesal y, desde luego, de la posición subjetiva que otorga la misma al proteger los derechos fundamentales. El debate así ha tenido un impacto mayúsculo en la esfera política, jurídica y procesal, si entendemos que la naturaleza primigenia del juicio procesal es proteger a las personas, incluidos los ciudadanos, cuando se cometen actos inconstitucionales que violentan los derechos y libertades y que a su vez la violentan como norma fundamental y que son los motivos idóneos para aplicar los criterios que hagan valer el sentido de la democracia como principio social.

3. Transición democrática en México

Para finales de 1977 se dio lo que podría denominarse la "Primera Reforma Política Nacional", promovida a instancias del entonces presidente de la República José López Portillo y que tuvo por objeto alentar el pluralismo democrático y la participación política en el país, permitiendo la representación de las fuerzas minoritarias, introduciendo además, el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones que el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados emitiese al calificar la elección de los aspirantes a formar parte de dicha Cámara.

Este modelo generó una evolución en los sistemas electoral y contencioso mexicanos, los cuales, atendiendo a los medios de impugnación contra

[7] González Oropeza, Manuel y Acevedo Velázquez, Eleael (coords.), *El amparo Morelos*, México, XLVIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Morelos-Instituto de Investigaciones Legislativas, 2002, p. 33.

los resultados de las contiendas, y en palabras de José de Jesús Orozco[8] son:

a) *Contenciosos político (1824-1987)*. Se adopta el sistema contencioso de carácter político, conocido como *autocalificación*, al reservar a las respectivas Cámaras del Congreso o una parte de sus miembros —los llamados colegios electorales— la facultad de juzgar, finalmente según el caso, la elección de los diputados o senadores; por otra parte, se confería al propio Congreso o generalmente a su Cámara de Diputados la facultad de calificar la elección presidencial —dando lugar en este último caso a una *heterocalificación* política—.
b) *Contencioso mixto jurisdiccional y político (1987-1993 y 1996)*. Con el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal en 1987, ocasión en que fue concebido legalmente como "órgano autónomo de carácter administrativo", se previeron los primeros medios de impugnación de naturaleza jurisdiccional —el llamado recurso de queja— contra los resultados de las elecciones de diputados y senadores, así como la presidencial.
c) *Contencioso jurisdiccional (1993 y 1996 a la fecha)*. En el año de 1993 se fortaleció al Tribunal Federal Electoral y se le definió constitucionalmente como "máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral", desapareciendo el sistema de autocalificación al eliminarse los colegios electorales. A partir de 1996, con la modificación de la Constitución, se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, confirmando la atribución de sus salas respectivas para resolver en forma definitiva e inatacable las impugnaciones contra los resultados de las elecciones de diputados y senadores, y confiere a su sala superior la facultad de realizar, una vez resueltas en su caso, las impugnaciones contra los resultados de la elección presidencial.

El tránsito de un sistema de impugnación político a uno de carácter jurisdiccional generó un paradigma en la protección y garantía de los derechos fundamentales de naturaleza política que habían estado a lo dispuesto por las viejas discusiones del siglo XIX.

Ligado a ello y reiterando lo que señala Irma Méndez de Hoyos, el sistema político en México ha experimentado cambios drásticos en las últimas dos décadas. La transición a la democracia significó el cambio de un sistema de partidos hegemónico que inicia su desmoronamiento en 1988 a un siste-

[8] Orozco Henríquez, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, pp. 15-17.

ma plural y competitivo, claramente desde 1994. Para 1997, México entra a la lista de democracias electorales, tras haber aprobado cambios sustantivos a las reglas electorales que significaron, entre otras cosas, la construcción de órganos electorales autónomos del gobierno en turno y formado fundamentalmente por ciudadanos sin filiación partidista. El sistema electoral federal logró pues ser transformado hasta garantizar en lo general elecciones libres, transparentes y justas.[9]

En esta evolución, sobresale el sentido funcional que dio característica al sistema político mexicano durante casi todo el siglo XX, un sentido funcional orientado a alcanzar la gobernabilidad del país y el fortalecimiento del Estado.

González Casanova al respecto señala:

> Este sentido funcional del Estado mexicano y el carácter funcional que tienen sus principales instrumentos parece más comprensible cuando se piensa en México como un país subdesarrollado y se observa que el régimen presidencialista sirvió para acabar con las conspiraciones del legislativo, del ejército y el clero, que el partido predominante sirvió para acabar con los caudillos y sus partidos de membrete, que el régimen centralista de hecho sirvió para acabar con los feudos regionales…[10]

En este esquema, en donde imperaba un solo partido en el poder, caracterizado por la falta de oposición política y donde el centralismo se ejercía de manera ordinaria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano judicial de cierre, jugó un papel determinante dentro del sistema político. Sin lugar a dudas fortalecido a partir de la reforma constitucional de 1994 —que le permitió el conocimiento y resolución de asuntos políticos por vía de las controversias constitucionales y del análisis de la constitucionalidad de las normas electorales por vía de las acciones abstractas— representó un eslabón para el tema de los derechos político-electorales, adquiriendo un nuevo matiz a partir de la citada reforma de 1994, cuando se introducen mecanismos originales y novedosos y se encamina la transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un verdadero Tribunal Constitucional con atribuciones concretas que cumplir en términos de legalidad, impartición de justicia, legitimación del poder e interpretación y definición de los derechos fundamentales.

---

[9] Méndez de Hoyos, Irma, "Transición y consolidación democrática en México ¿Es posible una regresión?", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, ene-jun 2007, México, UNAM, pp. 63-65.

[10] González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, 7ª ed., Serie Popular, núm. 4, México, Era, 1975.

4. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en materia electoral

La justicia electoral, como fenómeno jurídico en expansión vinculado con los límites del poder y el ejercicio de los derechos y libertades, refiere la existencia de estándares normativos indispensables de cumplir para alcanzar la eficacia que pretende y cuyo eje sustantivo es la democracia como valor último. De este modo, y a partir de la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional constitucionalizados a nuestro sistema formalmente a partir de 2011, resulta innegable el uso frecuente de instrumentos internacionales que permiten la interpretación y en su caso progresividad de los derechos político electorales.

De conformidad con ello, resulta necesario el cumplimento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipula en su artículo 23 diversas obligaciones de los Estados en la materia, mismas que se agrupan en tres componentes a cargo de los Estados:

1. Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1.a);
2. Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1.b), y
3. Acceder, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (art. 23.1.c).

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana, documento fundamental en el continente, nos indica la importancia de la participación ciudadana en todos los procesos electorales, por virtud de los cuales se toma parte de los asuntos políticos del país, así, estipula que "La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional" (art. 2). Todo ello configura un enfoque de expresión consensual que tiene relación directa con la interpretación y aplicación de una disposición amplia como la contenida en el artículo 23 de la Convención Americana. Desde luego, esta representación permanente se ve acompañada de otros derechos igualmente importantes para el desarrollo político y social de las personas.

La forma adecuada de conseguir un real y material control del poder —que evite los abusos de autoridad, vinculados con la transgresión— en muchos casos de los derechos fundamentales, solo se puede conseguir con la existencia de verdaderos y legítimos regímenes democráticos, en donde existan instituciones capaces de ser respetadas por la autoridad y, además, coexistan instrumentos normativos y procesales en virtud de

los cuales se pueden impugnar los actos que alteren o menoscaben dicho ejercicio.

Sin duda alguna, la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individual u organizadamente con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la administración de asuntos públicos, así como de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.[11]

En México, el autoritarismo ha tenido una trayectoria muy diferente. Su desmantelamiento ha sido un proceso largo, vinculado con espacios cada vez más amplios por parte de sectores disidentes, para conformar alternativas al poder hegemónico ejercido por un solo partido. La Constitución establecía reglas de separación de poderes, pero los poderes *metaconstitucionales* no permitieron gobernar conforme a los preceptos de la carta magna.[12]

Desde esta premisa, el poder se concentraba y ejercía por el presidente de la República, conferido desde atribuciones constitucionales otorgadas al ejecutivo federal apoyado en usos y costumbres del ejercicio del mismo. El empleo desmedido de sus facultades permitía la existencia de un partido único en el poder y una carencia preponderante de mecanismos de control horizontal que permitieran impugnar las decisiones que lesionaran la esfera jurídica del gobernado y fomentaran prácticas jerárquicas decisionales.

Este modelo resultó el panorama inmejorable que originara la primera sentencia condenatoria al Estado mexicano, vinculada con la materia electoral, curiosamente una materia discutida desde los siglos XIX y XX, durante los cuales existieron pronunciamientos que impedían a los quejosos la promoción del juicio de amparo como única vía en manos de los particulares que planteara la constitucionalidad de una ley o acto presumible como inconstitucional.

De esta manera, aquella vieja discusión planteada por Vallarta-Iglesias sería motivo de una nueva sesión, en donde una posición minoritaria para

---

11 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 147, p. 43, "Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos".

12 Häberle, Peter, "El control del poder en procesos de transición", en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo, *El control del poder. Homenaje a Diego,* serie Doctrina Jurídica, núm. 582, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 394 y 395.

el planteamiento de *Castañeda Gutman,* propuso la procedencia del juicio de amparo, considerando que en este caso en particular, el derecho a ser votado se vinculaba con diversas violaciones a derechos humanos, como el de asociación, igualdad y libertad se verían afectados.

Este asunto resultó relevante en la materia que nos ocupa, justamente porque motivó a nivel interno una discusión interesante que permitió que nuestro máximo Tribunal emitiera diversos criterios que confirmaran que la actuación del legislador electoral no es impugnable por los particulares, en defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática.[13]

La sentencia consideró que los derechos político-electorales son derechos humanos de los ciudadanos y que se vinculan con otros que se encuentran contenidos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales, para los cuales no es suficiente la expedición de regulaciones legales, sino la existencia de diversas condiciones que puedan convertirlos en una realidad.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva señalan que los derechos de participación ciudadana consisten en que los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

Así, indican que la Corte Interamericana parece haber establecido que los derechos de participación democrática son derechos de configuración legal, pues para su ejercicio la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones legales. A ese respecto, subrayó que los derechos políticos

> […] no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención […], si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, este sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.[14]

No obstante lo anterior, en el ejercicio del margen de apreciación del que gozan los Estados, la Corte Interamericana para este caso no se pronunció

[13] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, "La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano", en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B., *Homenaje al Doctor Emilio Rabasa*, México, UNAM, 2010, pp. 114-115.

[14] Corte IDH. *Caso Castañeda vs. México, supra,* párr. 159.

de manera específica por algún régimen o sistema electoral, permitiendo que los Estados definan su integración política, solo mencionando que las candidaturas independientes pueden fortalecer la democracia y el pluralismo político.

Por consiguiente, la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deban ser ejercidos. La Convención establece los estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, desde luego al tenor del control de convencionalidad, es decir que las normas generales al interior de los Estados cumplan con los requisitos de compatibilidad del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte Interamericana dispone, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, que el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.[15]

5. La consolidación de la justicia constitucional electoral en México

A lo largo del presente ensayo se ha manifestado la importancia de los derechos políticos y la evolución que han tenido en la experiencia mexicana, sobre todo a la luz de la interpretación de los órganos judiciales, la cual sin margen de duda, permite que el orden democrático contenido en las normas jurídicas y principios constituyan los pilares que rigen la observancia de elecciones justas, libres e informadas y el establecimiento de mecanismos idóneos para el ciudadano dentro del sistema de justicia constitucional que le permitan ejercer su derecho a votar, ser votado y libre asociación, entre otros.

Por lo anterior, consideramos de manera tajante que la consolidación de la justicia electoral en México se encuentra estrechamente vinculada con la existencia de órganos judiciales encargados de resolver controversias que lleven a cabo funciones de control constitucional, control de convencio-

[15] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 201.

nalidad e interpretación que coadyuven en la vigencia de los derechos de manera integral.

Así, tal como se ha reseñado en la presente investigación, la existencia de órganos independientes e imparciales que ejerzan atribuciones formales que delimiten los actos de autoridad, garantiza la posibilidad de impugnar actos y normas electorales con motivo de su aplicación, cuando redunden en perjuicio de tales prerrogativas.

Señala Nieto Castillo[16] que el siglo XIX fue la centuria del Estado de derecho legislativo, en donde una élite social, por conducto de las leyes emanadas de un Parlamento afín, dominaba el resto de la colectividad. El Estado de derecho decimonónico se caracteriza, según la concepción de Zagrebelsky,[17] por la supremacía de la ley sobre la subordinación a la ley y solo a la ley de los derechos de los ciudadanos y por la aplicación mecánica de la ley por parte de los jueces.

Actualmente, dicho Estado decimonónico no coexiste con un sistema de derechos humanos, pues estos últimos se erigen como frenos a los abusos de autoridad en donde su vigilancia permanente dentro del sistema de justicia constitucional recae en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como la máxima autoridad, que inclusive tiene atribuciones para inaplicar normas que se consideran inconstitucionales; que controla la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales que se emitan dentro de los procesos electorales federales y locales.[18]

Esto no fue así siempre, sobre todo si atendemos a las relaciones que han existido en la doctrina de lo político y lo judicial, motivando permisiones en su momento que han generado transgresiones al ejercicio de dichas libertades y que proclaman la necesidad de mecanismos emergentes capaces de examinar el ejercicio efectivo y respeto consagrado en el orden constitucional y convencional.

Fue entonces que a partir de 1996, con la modificación de la Constitución, el Tribunal Federal Electoral de 1990 fue incorporado al Poder Judicial de la Federación, denominándose Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, integrando modificaciones al sistema contencioso electoral de nuestro país, fortaleciendo sus atribuciones encaminadas a las de una

16 Nieto Castillo, Santiago, *La interpretación de los órganos electorales. Interpretación del derecho y criterios de interpretación en materia electoral,* Col. Fundap, México, FUNDAP, 2002, p. 33.

17 *Idem.*

18 Nieto Castillo, Santiago y Espíndola, Luis, *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: competencia de sala regional*, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, núm. 56, México, Porrúa, 2012, pp. 79-81.

jurisdicción especializada en la materia e integrado por cinco salas regionales que, con la reforma de 2007, se estableció que funcionarían de manera permanente, al igual que sus atribuciones, en lugar de hacerlo de forma temporal, como ocurría desde 1991, con facultades que solamente duraban en los procesos electorales federales.

Las sentencias dictadas por este Tribunal son concebidas como la creación de una norma particular a partir de la aplicación de la ley abstracta. Esta función de los fallos jurisdiccionales ha permitido equiparar esta jurisdicción a la de un verdadero Tribunal Constitucional Electoral, pues sus fallos permiten el orden legal, como cuando se determina la inconstitucionalidad de la ley, expulsándola del sistema o dejándola de aplicar, y examinan irregularidades que se gestan en perjuicios de los derechos electorales.

Precisamente, la reforma constitucional de 2007 le otorgó la posibilidad de que el control constitucional electoral fuera el objeto de análisis de dicho órgano judicial, expresándolo en el artículo 99 de la Constitución, que sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 105, las salas del Tribunal Electoral podrían resolver la no aplicación de leyes electorales cuando sean contrarias a la Constitución y que las resoluciones dictadas en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto.

A este respecto, señala César Astudillo

> […] se dio paso a la existencia de un nuevo tribunal constitucional especializado para acompañar a la Suprema Corte en el control de constitucionalidad. Desde entonces, el control de la ley al margen de su aplicación es competencia de la Corte a través de la acción de inconstitucionalidad y el control de la ley con motivo de su aplicación queda en manos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dentro de los diversos recursos sobre los cuales tiene competencia[…][19]

Para Lorenzo Córdova existieron tres razones que inspiraron esta reforma: la primera tiene que ver con la necesidad de adecuar el marco normativo e institucional electoral a una realidad política sumamente diferente de la que había inspirado los cambios una década atrás. La segunda responde a las exigencias derivadas del proceso electoral de 2006, el cual colocó a las normas, a los procedimientos y a las instituciones electorales en una situación límite sumamente compleja, disruptiva e incluso peligrosa. La tercera se refiere al papel que los medios electrónicos de comunicación —entendidos

[19] Astudillo, César, "Momentos de virtud y de vicio en la interpretación de la validez constitucional de las elecciones", en Báez Silva, Carlos y Ríos Vega, Luis Efrén, *Los derechos políticos en el siglo XXI. Un debate judicial. Memoria del III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 36 y 37.

como poderes *de facto*— llegaron a jugar en su relación —tensa y conflictiva— con la política y el Estado.[20]

Lo anterior motivó que en el año de 2008 se promulgara el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y que el 1 de julio del mismo año se adecuaran tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación como la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. La reforma constitucional ordenó también adecuaciones a las constituciones y a las leyes electorales de las entidades federativas.

Finalmente, el 10 de febrero de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformaban y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política-electoral. El objeto principal de dicha modificación se vinculaba con el régimen de gobierno, las autoridades electorales, el régimen de partidos, la fiscalización y rebase de tope de gastos de campaña y los instrumentos de participación ciudadana. Esta reforma contribuyó notablemente al fortalecimiento de la democracia y del ejercicio de los derechos políticos consagrados a nivel constitucional y convencional.

De esta manera, el propósito de la democratización social exige la atención y seguimiento de las libertades políticas, la existencia de medidas adecuadas que fomenten la participación ciudadana en igualdad de oportunidades, bajo la premisa de que la democracia tiene como presupuesto la interacción y el impulso de la participación de los ciudadanos en las mismas condiciones y motiva la franca expansión y garantía de otros derechos fundamentales.

6. Conclusiones

Es innegable que el desarrollo de la justicia constitucional en México ha sido significativo y determinante para la existencia y respeto de los otros derechos y libertades de las personas en el territorio mexicano. No obstante, ha existido una notable resistencia en el marco de su interpretación por parte del Poder Judicial Federal, también es cierto que se han dado pasos considerables en la consolidación de una jurisdicción especializada.

La democracia como institución y como principio involucra la existencia de un conjunto complejo de obligaciones, deberes y derechos a cargo de las diversas autoridades en el marco de sus respectivas funciones.[21]

---

[20] Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo,* México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 49.

[21] *Cfr*. Courtis Christian y Abramovich, Víctor, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación entre los

Así, vale la pena considerar un nuevo análisis de los derechos políticos a la luz del paradigma de los derechos humanos, formalizado en 2011 y en donde se involucran diversas obligaciones a cargo de los funcionarios jurisdiccionales, como la aplicación del principio *pro personae*, a través de la cual se da preferencia a la norma más favorable a la persona en un caso sujeto a resolución, el ejercicio del control de convencionalidad y la interpretación conforme como regla hermenéutica que permite que una norma sea interpretada de conformidad con el parámetro de regularidad que se integra por normas provenientes de cualquier fuente válida interna o internacional.

La democracia es incompatible con el gobierno absoluto, cualquiera que sea su titular, pero además es incompatible con un modelo de Estado de derecho, tal como señala Ferrajoli cuando indica

> […] el garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de [estricta legalidad], propio del Estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos […].[22]

De la misma forma ocurre en el plano social y de representatividad: la existencia de mecanismos por vía procesal o interpretativa garantiza evitar las dictaduras y el gobierno de una sola persona.

Las ideas generales y vagas expresadas en el presente documento plantean que las sociedades requieren para su desarrollo la existencia de principios constitucionales como el Estado de derecho, la división de poderes y la democracia, que permita la igualdad de oportunidades, el respeto de los derechos fundamentales y la participación de las personas en las decisiones públicas. Así, se requiere además de un sistema de pesos y contra pesos, donde la jurisdicción especializada en materia electoral sea independiente y permita la articulación en un modelo de legalidad de los diversos actores que integran al Estado.

Por lo anterior, es válido señalar que existen nuevos retos que asumir, entre los que destacan la gobernanza y rendición de cuentas como elementos de la democracia, las condiciones de participación igualitaria y el fortalecimiento y existencia de diversos mecanismos sustantivos y procesales

---

tribunales locales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, Junio de 2004.

[22] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 851-852.

que generen verdaderos límites al ejercicio desmedido del poder y permitan la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos de las minorías.

8. Bibliografía

Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, Junio de 2004

Báez Silva, Carlos y Ríos Vega, Luis Efrén, *Los derechos políticos en el siglo XXI. Un debate judicial. Memoria del III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B., *Homenaje al Doctor Emilio Rabasa*, México, UNAM, 2010.

Córdova Vianello, Lorenzo, y Salazar Ugarte, Pedro (coords.). *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

González Oropeza, Manuel y Acevedo Velázquez, Eleael (coords.), *El amparo Morelos*, México, XLVIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Morelos-Instituto de Investigaciones Legislativas, 2002.

Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo, *El control del poder. Homenaje a Diego,* Serie Doctrina Jurídica núm. 582, México, IIJ-UNAM, 2011.

Méndez de Hoyos, Irma, "Transición y consolidación democrática en México ¿es posible una regresión?", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, ene-jun 2007, México, UNAM.

Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994.

Nieto Castillo, Santiago, *La interpretación de los órganos electorales. Interpretación del derecho y criterios de interpretación en materia electoral,* Col. Fundap, Querétaro, Fundap, México, 2002.

Orozco Henríquez, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.

El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia*

*Arturo Zaldívar Lelo de Larrea***

Sumario: 1. Fallo de la mayoría. 2. Motivos del disenso.

En sesiones de nueve, trece y catorce de abril de dos mil quince, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió y resolvió el presente amparo directo en revisión en el que se abordó la constitucionalidad de la figura del arraigo prevista en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo al quejoso.

Voté en contra de dicha determinación, porque contrariamente a lo resuelto por el Pleno, a mi juicio el arraigo supone una restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia.

1. Fallo de la mayoría

El considerando noveno de la sentencia aborda la cuestión de si el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, al regular la figura del arraigo tratándose de delitos graves, constituye una restricción a la libertad personal no contemplada en la Constitución general.

La resolución del Tribunal Pleno da respuesta negativa al planteamiento, en esencia, porque mediante la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 se incorporó al artículo 16 de la Constitución general la procedencia del arraigo tratándose de delitos de delincuencia organizada. Asimismo, el artículo décimo primero transitorio de dicha reforma dispuso que hasta en tanto entrara en vigor el sistema procesal penal acusatorio, el Congreso de

* El presente texto reproduce el voto particular en torno a las consideraciones sustendadas en el Amparo Directo en Revisión 1250/2012.

** Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

la Unión podría regular el arraigo para hacerlo disponible para los jueces también tratándose de los delitos graves, con los requisitos establecidos en dicho transitorio, a saber, hasta por un máximo de cuarenta días y siempre que fuese necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o ante riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Por tanto, si el artículo impugnado reproduce los límites permitidos para la utilización del arraigo en términos del artículo décimo primero transitorio, ello demuestra que el Congreso de la Unión respetó la competencia otorgada constitucionalmente para ese fin.

El anterior planteamiento se estructura con base en el criterio derivado de la contradicción de tesis 293/2011, en el cual se determinó que los derechos humanos, tanto los de fuente constitucional como internacional, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, y que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

2. Motivos del disenso

Respetuosamente disiento del fallo, pues considero que la conclusión alcanzada por la mayoría de ministros parte de una incorrecta aplicación de los criterios derivados de la contradicción de tesis 293/2011, en los que el Pleno sustuvo, por un lado, que el parámetro de control de regularidad constitucional lo conforman los derechos humanos en su conjunto y que cuando haya una restricción expresa a su ejercicio, se deberá estar a lo que esta indique; y, por otra parte, que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona[1].

[1] "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de

En el caso, existió un consenso en reconocer que la figura del arraigo prevista en los artículos 16 constitucional y décimo primero transitorio de la reforma de 18 de junio de 2008 constituye una restricción constitucional a la libertad personal, por lo que en términos de la primera jurisprudencia de la contradicción de tesis 293/2011 debemos estar a esa restricción, lo que presentó ante el Pleno la problemática de determinar qué implica "estar a lo que establece el texto constitucional".

A este respecto, en el voto concurrente que acompañé a la contradicción de tesis mencionada sostuve, en lo que interesa, lo siguiente:

- Que las restricciones a los derechos humanos **no pueden ser interpretadas en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido.**

---

los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano."
[J]; Décima Época, P./J. 20/2014 (10a), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* lib. 5, t. I; abril de 2014, p. 202.

"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos."
[J]; Décima Época, P./J. 21/2014 (10a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 204.

- Que a la luz del nuevo paradigma constitucional todo el texto de la Constitución debe ser **reinterpretado de la manera más favorable a la persona,** maximizando el ámbito protector de los derechos y minimizando sus posibles restricciones.
- Que esta operación en ocasiones tendrá el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales **se desdibujen o desvanezcan** y, en otros, se apliquen cabalmente, en un análisis que deberá hacerse caso por caso.
- Que **existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales,** debido a que distintas normas constitucionales regulan de forma diferenciada un mismo derecho y que en tal supuesto debe aplicarse el principio pro persona en su vertiente de criterio de preferencia de normas, **de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia a las personas**.
- Que los alcances de la cláusula introducida en la primera tesis sobre "estar a lo que indica el texto constitucional" debían irse precisando caso por caso.

Siguiendo esta metodología, considero que la operación que debió realizar el Pleno –más allá del mero contraste material entre el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles– pasaba, en primer lugar, por buscar una interpretación de la figura del arraigo que fuera compatible con los derechos fundamentales y garantías penales que disciplinan el contenido de cualquier medida cautelar que afecte la libertad de las personas.

Esto es, previamente a contrastar el artículo impugnado contra el contenido constitucional era necesario interpretar este último de manera que la restricción autorizada no hiciera nugatorio o vaciara de contenido los derechos en juego y es dicha interpretación la que en todo caso debió servir como parámetro de validez del precepto impugnado, no su contenido literal.

En el caso, sin embargo, de la aplicación de esta metodología, llego a la conclusión —y así lo expuse durante la discusión del asunto— de que **no existe una interpretación posible de la figura del arraigo que sea compatible con las exigencias del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia.**

El artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que sirve de fundamento al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales,[2] establece lo siguiente:

[2] Cabe precisar que la regulación constitucional del arraigo establece dos regímenes en función del sistema penal en el que se aplicará la medida cautelar a nivel federal: **(1)** un

> **Artículo décimo primero.** En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.
>
> Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Dicho precepto prevé la posibilidad de restringir por orden judicial la libertad del indiciado en su domicilio, a petición del Ministerio Público, durante la fase de la investigación preliminar, con tres posibles finalidades: (i) asegurar el éxito de la investigación; (ii) asegurar la protección de personas o bienes jurídicos, o (iii) evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Esta medida permite entonces que una persona esté detenida en su domicilio hasta por 40 días, sin que pese sobre ella una acusación formal de haber cometido un delito, y sin que se precise siquiera cuál es el estándar probatorio mínimo exigible para decretarla.

Lo anterior obliga a determinar si el precepto que establece una medida con estas características puede ser interpretado de manera compatible con los contornos mínimos del derecho a la libertad personal contenidos en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de no ser así, lo procedente será aplicar el principio pro persona en su vertiente de criterio de preferencia de normas, de tal manera que se opte por la norma que favorezca la protección más amplia a las personas.

El citado precepto convencional señala:

> **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
> 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
> 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

---

régimen de transición contemplado en el artículo *décimo primero transitorio* de la reforma constitucional de junio de 2008 que regula el arraigo en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio; y **(2)** un *régimen ordinario* previsto en el artículo 16 constitucional que empezará a regir una vez que haya entrado en vigor el sistema acusatorio. Toda vez que cuando se decretó la medida de arraigo que se examina en el presente caso no había entrado en vigor el sistema acusatorio a nivel federal, resulta pacífico que **el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales debe contrastarse con la regulación constitucional del régimen transitorio del arraigo contemplado en el artículo transitorio décimo primero**.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y **notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.**
5. Toda persona detenida o retenida d**ebe ser llevada, sin demora, ante un juez** u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales **y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad**, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

De un simple ejercicio comparativo entre la regulación constitucional del arraigo y el precepto convencional citado, puede advertirse que el hecho de que una persona pueda permanecer arraigada hasta por 40 días sin que se ejerza en su contra la acción penal por considerársele probable responsable de un delito, plantea problemas a la luz de los numerales 7.4 y 7.5 los cuales prevén, respectivamente, que toda persona detenida o retenida debe ser notificada "sin demora" no solo de las razones de su detención sino también de "los cargos formulados contra ella" y que tendrá derecho a ser juzgada "dentro de un plazo razonable".

Las razones por las que la figura del arraigo entra en conflicto con estas exigencias son evidentes: por un lado, cuando una persona está arraigada aún no se ha formulado ningún cargo en contra de ella, entendiendo por "cargo", la acusación de esa persona ante un juez por la comisión de algún delito; por otro lado, la persona no puede en principio "ser juzgada" en un plazo razonable, puesto que aún no ha sido sometida a proceso.

Más aún, si bien la Constitución prevé que la orden de arraigo será emitida por autoridad judicial, no establece que el arraigado deba ser llevado ante un juez. Al respecto, en el caso *Tibi Vs. Ecuador* **(2004)** la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente: "[…] En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la

libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. **El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente […] no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ente el juez o autoridad competente** […]" (párr. 118).

En el caso del arraigo, no existe posibilidad de dar cumplimiento a esta exigencia. El hecho de que la orden sea girada por un juez de control no satisface el requisito de que el detenido sea llevado ante un juez o funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales y, en tal medida, es incompatible con la obligación contenida en el artículo 7.5 de la Convención.

De todo lo anterior advierto una dificultad para aplicar en su literalidad las garantías penales del artículo 7 de la Convención a las personas arraigadas, l**o cual no podría superarse mediante una simple interpretación del texto constitucional**, sino acaso mediante una manipulación del mismo a través de la cual se introdujeran otros contenidos, lo que si bien constituye una práctica que no es ajena a muchos tribunales constitucionales, ordinariamente se realiza respecto de textos legales y no respecto de constituciones.

Pero la mayor dificultad que presenta el arraigo a la luz de los derechos fundamentales y principios constitucionales en juego es en relación con el **principio de presunción de inocencia** el cual exige tratar como inocente, en la mayor medida posible, a una persona sujeta a investigación ministerial.[3]

[3] "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del Estado -sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la respuesta que pueda provenir de las demás partes involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el

resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras."
[TA]; Décima Época, 1a. CLXXVII/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XX, t. 1, Mayo de 2013, p. 563.

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato, en su vertiente extraprocesal, debe ser entendido como el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza. Asimismo, es necesario señalar que la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia puede emanar de cualquier agente del Estado, especialmente de las autoridades policiales. Dada la trascendencia de una acusación en materia penal, la Constitución otorga al imputado una serie de derechos fundamentales a fin de garantizar que se efectúe un juicio justo en su contra, sin embargo, de nada sirven estos derechos cuando las autoridades encargadas de investigar el delito realizan diversas acciones que tienen como finalidad exponer públicamente a alguien como responsable del hecho delictivo. Frente a estas acciones se corre el enorme riesgo de condenar al denunciado antes de tiempo, ya que el centro de gravedad que corresponde al proceso como tal, se puede desplazar a la imputación pública realizada por la policía."
[TA]; Décima Época, 1a. CLXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* lib. XX, t. 1, mayo de 2013, p. 564.

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE BUENA FE MINISTERIAL. Como ya lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad pública va de la mano, necesariamente, del respeto al orden constitucional. Asimismo, se ha reconocido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como regla de trato, exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada por todas las autoridades como inocente durante el trámite del procedimiento e incluso desde antes de que se inicie. En este sentido, el respeto de las autoridades policiales y ministeriales a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato, se encuentra exigido en nuestro ordenamiento jurídico, no solo en virtud del derecho a la presunción de inocencia, sino también atendiendo a lo establecido en el artículo 21 constitucional. Dicho artículo consagra el principio de buena fe ministerial, al establecer que: "la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución". En atención a este principio, resulta indudable que con la inclusión de este apartado en el artículo 21 constitucional, el constituyente tuvo por objetivo establecer un estándar constitucional relativo a la actuación de los policías: la legalidad, la honestidad, la eficiencia y el cumplimiento de las normas de derechos fundamentales. Este estándar de actuación necesariamente implica que las autoridades policiales y ministeriales deben respetar plenamente los derechos de los detenidos y acusados, incluyendo entre ellos a la presunción de inocencia en sus distintas vertientes."
[TA]; Décima Época; 1a. CLXXIX/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* lib. XX, t. 1; mayo de 2013, p. 565.

En la jurisprudencia interamericana, el problema que suponen las medidas cautelares, particularmente la prisión preventiva, a la luz del principio de presunción de inocencia, se ha resuelto por dos vías: por un lado, mediante la determinación de las finalidades que pueden justificar este tipo de medidas y, por otro, mediante el establecimiento del estándar probatorio para decretarlas.

En *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), la Corte Interamericana sostuvo que **"las medidas cautelares que afectan la libertad personal** y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la **presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática",** de tal manera que "para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir **indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado** y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: **peligro de fuga del imputado [...] [o] peligro de que el imputado obstaculice la investigación"** (párrafo 129).

De esta manera, puede decirse que la Corte Interamericana ha identificado dos finalidades legítimas compatibles con la presunción de inocencia para una medida cautelar que priva de la libertad a una persona: (i) asegurar que esa persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones; y (ii) garantizar que la persona no eludirá la acción de la justicia. [En sentido similar, véase también caso *Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005); párrafo 111; *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párrafo 198; y *Barreto Leyva vs. Venezuela* (2009), párrafo 121].

Una primera observación que debe hacerse respecto del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008 es que los tres fines que necesariamente se deben perseguir con el arraigo –el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos y el riesgo fundado que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia– **contrastan con los dos fines permitidos por la jurisprudencia interamericana**: (i) asegurar que esa persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones; y (ii) garantizar que la persona no eludirá la acción de la justicia.

El problema lo plantea el segundo objetivo contemplado en la Constitución, consistente en "la protección de personas o bienes jurídicos". Este segundo objetivo parece estar en la línea de una manera de entender las medidas cautelares, específicamente la prisión preventiva, como necesarias por razones vinculadas a la "peligrosidad de la persona". Al respecto, cabe recordar que la primera vez que la Corte Interamericana identificó los objetivos que legítimamente puede perseguir la medida cautelar de prisión preventiva, en *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), no solo se refirió a los

dos objetivos ya mencionados, sino también al "**peligro de que el imputado cometa un delito**", aclarando expresamente que se trataba de una finalidad "**cuestionada en la actualidad**" (párrafo 129). Por esa razón, la Corte Interamericana no volvió a hacer referencia a esta finalidad de la prisión preventiva, limitándose a identificar como objetivos legítimos de esa medida cautelar asegurar que la persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones o garantizar que no eludirá la acción de la justicia.

Pero más allá de esta incompatibilidad, lo que resulta relevante es que si bien estas finalidades han sido consideradas legítimas en la jurisprudencia interamericana para dar sustento a la prisión preventiva, se justifican en ese ámbito porque **para su aplicación se requiere satisfacer un estándar probatorio que se ha identificado con la expresión "sospecha razonable de culpabilidad",**[4] que es equivalente al de "probable responsabilidad" que nuestra Constitución exige para dictar orden de aprehensión y auto de formal prisión. Así, en *Barreto Leiva vs Venezuela* (2009) la Corte Interamericana sostuvo que "para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga" (párrafo 111).

Ahora bien, en muchas de sus decisiones la Corte Interamericana se ha referido a la prisión preventiva como "la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito" [caso *Tibi vs Ecuador* (2004), párrafo 106], lo que a mi juicio debe ser interpretado en el sentido de que **los estándares probatorios requeridos para la prisión preventiva son los mínimos que justifican una restricción a la libertad personal**.

Tales estándares no podrían aplicarse tratándose del arraigo, ya que en la fase de investigación aún no es posible considerar a una persona como "probable responsable" (estándar constitucional) o bajo una "sospecha razonable de culpabilidad" (estándar interamericano), pues si se contara desde ese momento con pruebas suficientes respecto del "cuerpo del delito" y la "probable responsabilidad", no habría razón para solicitar el arraigo, sino que se tendría que acusar a la persona ante el juez con la evidencia disponible.

En este sentido, si no se satisface el citado estándar probatorio sobre el delito y la responsabilidad de la persona, no está justificado dictar una

[4] Véanse Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C; núm. 206, párr. 111; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 103 y *Servellón García y otros vs. Honduras.* Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152, párr. 90.

medida cautelar con la que se pretenden evitar los riesgos procesales que se han identificado como justificantes de la prisión preventiva, por lo que una medida como el arraigo, que necesariamente requiere de un estándar más bajo, entra en mayor tensión con el principio de presunción de inocencia y no podría considerarse como una restricción razonable a derecho a la libertad personal.

Esto es, el estándar mínimo para que una persona pueda ser privada de la libertad como medida precautoria requiere de una cantidad de evidencia que aún no se tiene en la fase de investigación cuando se solicita el arraigo.

En tal sentido, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* (2007) claramente se estableció que: "Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que **el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.** […]" (párrafo 103).

En estas condiciones y a la luz tanto del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de los estándares de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que lo interpretan, y que nos son obligatorios en términos de la segunda jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 293/2011, me parece que estamos en un supuesto en el que **no existe una interpretación posible del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que lo haga compatible con el derecho a la libertad personal y el principio de presunción de inocencia,** por lo que estamos en el supuesto de preferir la aplicación de los estándares interamericanos más protectores.

A su vez, y dado que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se limita a reproducir el contenido de la Norma Fundamental, ello debe llevar a la conclusión de que dicho precepto es inconstiucional, por lo que considero que debió revocarse la sentencia recurrida y conceder al quejoso el amparo y protección de la Justicia Federal.

La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional
se terminó de imprimir en septiembre de 2017,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



ISBN 978-607-7822-88-2

QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO